

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO

Estudos em Comemoração aos 20 Anos da
Escola Superior do Ministério Público da União

Organizadores

Paulo Gustavo Gonet Branco
Manoel Jorge e Silva Neto
Helena Mercês Claret da Mota
Cristina Rasia Montenegro
Carlos Vinícius Alves Ribeiro



DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO

Estudos em Comemoração aos 20 Anos da
Escola Superior do Ministério Público da União



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Antônio Augusto Brandão de Aras
Procurador-Geral da República

Humberto Jacques de Medeiros
Vice-Procurador-Geral da República

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco
Diretor-Geral

Manoel Jorge e Silva Neto
Diretor-Geral Adjunto

Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação

Graziane Madureira Baptista
Secretária de Comunicação Social

Ivan de Almeida Guimarães
Secretário de Administração

Rajiv Geeverghese
Secretário de Tecnologia da Informação

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO

Estudos em Comemoração aos 20 Anos da
Escola Superior do Ministério Público da União

Organizadores

Paulo Gustavo Gonet Branco
Manoel Jorge e Silva Neto
Helena Mercês Claret da Mota
Cristina Rasia Montenegro
Carlos Vinícius Alves Ribeiro



ESMPU

Brasília-DF
2020

© Copyright 2020. Todos os direitos autorais reservados.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
SGAS Quadra 603 Lote 22 · 70200-630 · Brasília-DF
www.escola.mpu.mp.br · divep@escola.mpu.mp.br

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

NÚCLEO DE PREPARAÇÃO E REVISÃO TEXTUAL
Carolina Soares

NÚCLEO DE PRODUÇÃO GRÁFICA
Sheylise Rhoden

PREPARAÇÃO DE ORIGINAIS E REVISÃO DE PROVAS GRÁFICAS
*Carolina Soares, Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles e
Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa*

CAPA
Sheylise Rhoden

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO
Natali Andrea Gomez Valenzuela e Sheylise Rhoden

Recursos gráficos de capa e miolo: www.freepik.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União)

D598 Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos
20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União /
organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva
Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro,
Carlos Vinícius Alves Ribeiro. -- Brasília : ESMPU, 2020.
848 p.

ISBN 978-65-88299-96-8
ISBN (eletrônico) 978-85-9527-045-9

1. Direitos e garantias individuais – Brasil. 2. Violência doméstica –
Brasil. 3. Igualdade de gênero. 4. Justiça restaurativa – Brasil. 5. Acesso
à informação – Brasil. 6. Direito à saúde – Brasil. 7. Direitos humanos
– proteção. 8. Trabalho infantil – Brasil. 9. Segurança pública – Brasil. I.
Branco, Paulo Gustavo Gonet. II. Silva Neto, Manual Jorge e. III. Mota,
Helena Mercês Claret da. IV. Montenegro, Cristina Rasia. V. Ribeiro,
Carlos Vinícius Alves. VI. Título.

CDD 341.27

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade
dos autores.

SOBRE OS ORGANIZADORES

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Subprocurador-Geral da República. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direitos Humanos pela University of Essex. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional) e do curso de Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

MANOEL JORGE E SILVA NETO

Subprocurador-Geral do Trabalho. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor-adjunto da Universidade Federal da Bahia. Professor-colaborador da Universidade de Brasília. Professor visitante de Direito Constitucional Comparado na Universidade François Rabelais, na França, e na Universidade da Flórida, nos Estados Unidos. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Cadeira n. 64), da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Cadeira n. 32), do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

HELENA MERCÊS CLARET DA MOTA

Promotora de Justiça Militar. Mestre em Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos Internacionais pelo Washington College of Law. Especialista em Direito Internacional dos Conflitos Armados e em Direito Ambiental pela Universidade de Brasília. Membro do Conselho Editorial do Ministério Público Militar no biênio 2012-2014. Coordenadora do Conselho Editorial do Ministério Público Militar no biênio 2017-2019.

CRISTINA RASIA MONTENEGRO

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. Especialista em Ministério Público e Ordem Jurídica pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

Promotor de Justiça no Estado de Goiás. Doutor e mestre em Direito de Estado pela USP. Pós-doutor em Democracia pela Universidade de Coimbra. Pós-doutorando em Direito de Estado pela USP como *visiting researcher* na Universidade de Yale. Professor titular de Direito Administrativo no IDP. Membro auxiliar da Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público.

SUMÁRIO

Prefácio à obra coletiva <i>Direitos fundamentais em processo – Estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União</i>	11
A assistência judiciária às mulheres em situação de violência doméstica nas ações penais como direito fundamental <i>Alexandre Carrinho Muniz e Tammy Fortunato</i>	13
O direito fundamental à igualdade de gênero em juízo <i>Ana Paula Guimarães e Luísa Faria</i>	27
O direito fundamental do lazer na pandemia de Covid-19 <i>Andréa Marília Demétrio Gaia Vieira</i>	55
Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social <i>Andrey Borges de Mendonça, Fernão Pompêo de Camargo e Katia Herminia Martins Lazarano Roncada</i>	65
Gestão de pessoas e a garantia dos direitos fundamentais: construindo organizações saudáveis em tempos de pandemia <i>Cléria Nunes e Cynthia de Moura Orenge</i>	95
Novas tecnologias e controle social: desafios jurídicos contemporâneos <i>Douglas Camarinha Gonzales e L'Inti Ali Miranda Faiad</i>	117
Direito à saúde, princípio da precaução e a pandemia de Covid-19 <i>Duciran Van Marsen Farena</i>	131
A inversão do ônus da prova – Ferramenta de eficácia social no fornecimento de medicamentos não relacionados no SUS aos indivíduos hipervulneráveis <i>Elton Oliveira Amaral</i>	151
Direito à cidade e mobilidade urbana: reinventando o modal bicicleta <i>Fabiana de Alcantara Pacheco Coelho</i>	161
O devido processo legal e o processo administrativo tributário <i>Felipe Alexandre Abrantes Souza</i>	201

O trabalho precoce e a afronta à dignidade de crianças e adolescentes que trabalham <i>Fernanda Brito Pereira e Martha Diverio Kruse</i>	211
Dispensa coletiva – O trabalho como valor jurídico, social e econômico <i>Fernanda Daher Caram Farah</i>	221
Novos contornos do princípio da segurança jurídica aplicado ao Direito Administrativo <i>Fernanda Marinela</i>	241
A retomada das rédeas da cidadania: o direito humano fundamental à participação popular <i>Fernanda Pereira Amaro</i>	249
O Supremo Tribunal Federal e os direitos fundamentais: método reconstrutivo e as possibilidades e limites à interpretação constitucional <i>Gabriela Costa e Silva</i>	271
Os direitos das vítimas e da sociedade e os fins da pena <i>Galtiênio da Cruz Paulino</i>	295
“Aqui não tem muita coisa”: os desafios vivenciados por mulheres de Pintadas-BA no enfrentamento da violência doméstica e familiar <i>Geiziane Oliveira de Jesus e Márcia Santana Tavares</i>	303
Aspectos jurídicos da vulnerabilidade psicológica e sexual da criança à pornografia <i>Guilherme Schelb</i>	317
Acordo de colaboração premiada e direitos fundamentais: desafios da consolidação de uma justiça penal negociada <i>Iuri do Lago Nogueira Cavalcante Reis, Yuri Coelho Dias e Leandro Barbosa da Cunha</i>	331
Do direito fundamental ao meio ambiente à Constituição ambiental <i>João Carlos de Carvalho Rocha</i>	347
A defesa de direitos previstos na Constituição Federal e o mandado de injunção: a evolução jurisprudencial e legal da eficácia do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro <i>José Mauro Queiroz Rocha e Erika Conceição Gelenske Cunha</i>	367
A pirâmide de congruência dos direitos fundamentais com a linha da dignidade humana: a materialização e a concretização da dignidade humana <i>José Pedro dos Reis</i>	389
Saúde pública: evolução do modelo brasileiro e interfaces com o direito à felicidade <i>Leonardo Weber R. Araújo</i>	411

Estabilidade gestacional provisória extensiva ao homem <i>Loize Menezes dos Santos e Bruna Christiane Dantas Campos</i>	437
Direitos fundamentais em processo: a proteção constitucional à honra e à imagem da pessoa-residente e a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais <i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	453
O direito de acesso à informação com o advento das novas tecnologias e sua violação no combate à pandemia de Covid-19 <i>Maria da Glória Teles Farias, Camila Cardoso Takano e Lucas Gonçalves da Silva</i>	467
O dever fundamental de boa gestão processual no MPF <i>Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell</i>	479
Direito à educação e atuação coordenada do Ministério Público Federal (2001-2020) <i>Mario Luis Grangeia</i>	505
Cidadania e o novo normal: da justiça cosmopolita às práticas de efetividade jurisdicional <i>Matheus Muniz Guzzo</i>	519
Estado e criminalidade: a omissão estatal em relação à segurança pública no Brasil <i>Maximiliano de Oliveira Rodrigues</i>	531
<i>Homeschooling</i> (ensino domiciliar) x direito fundamental à educação: um direito dos pais? <i>Mona Lisa Duarte Aziz</i>	555
O discurso por trás da autonomia do Uber: limites e possibilidades da economia do compartilhamento sob o olhar da Justiça do Trabalho <i>Nathália Guimarães Ohofugi</i>	579
Breve nota sobre ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais <i>Paulo Gustavo Gonet Branco</i>	593
A definição de Pessoa de Boécio vista através da Suma Teológica de Tomás de Aquino: uma raiz a ser resgatada na proteção contemporânea à dignidade da pessoa <i>Paulo Vasconcelos Jacobina</i>	601
Possibilidades de influência da paisagem urbana sobre a saúde pública <i>Plinio Daniel Lins Brandão Veas</i>	617
O derramamento de óleo na costa nordestina e a responsabilização civil pelos danos existenciais causados aos povos das águas <i>Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de Almeida</i>	635

A equidade no ordenamento jurídico brasileiro	
<i>Reis Friede</i>	661
Limites à autonomia privada do empregado em acordos individuais restritivos a direitos fundamentais no ambiente de trabalho	
<i>Ricardo José das Mercês Carneiro</i>	671
A saúde e segurança do trabalho dos profissionais da saúde da rede pública durante a pandemia da Covid-19 no Brasil	
<i>Séfora Graciana Cerqueira Char</i>	685
Crimes culturalmente motivados: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do Direito brasileiro	
<i>Tainá Viana e Marcelo Beckhausen</i>	705
Contextos históricos e direitos humanos	
<i>Tarcísio Henriques</i>	721
A “disforia de gênero” infantojuvenil e o direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente: um debate necessário	
<i>Tatiana Almeida de Andrade Dornelles</i>	733
Trabalho infantil no Brasil: um olhar sobre a antítese do trabalho decente e sua relação com o trabalho escravo contemporâneo	
<i>Thalita Santos Lima</i>	751
A quebra de sigilo de dados baseada em coordenadas geográficas e o princípio da proporcionalidade	
<i>Tiago Dias Maia e Galtiênio da Cruz Paulino</i>	769
A Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa e o Inquérito n. 4.781 do Supremo Tribunal Federal	
<i>Túlio Fávaro Beggiato</i>	789
O Brasil diante do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos	
<i>Vladimir Aras</i>	819

PREFÁCIO À OBRA COLETIVA *DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO – ESTUDOS EM COMEMORAÇÃO AOS 20 ANOS DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO*

Na doutrina de Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político [...]. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca de fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado”.¹

A advertência do saudoso jusfilósofo italiano resplandece como autêntico mantra intelectual para investigar o estado da arte dos direitos fundamentais em nossos dias.

Pouco importa a geração/dimensão dos direitos fundamentais, pois viceja hesitação doutrinária e jurisprudencial, seja no que concerne à efetividade dos direitos civis e políticos constituídos a partir da Revolução Francesa de 1789 e na Independência Americana de 1776; seja com relação aos direitos sociais que surgiram como contraponto ao Liberalismo Burguês e aferrados ao manifesto de Marx e Engels de 1848; seja relativamente aos direitos transindividuais de terceira geração/dimensão, que protegem o ar que respiramos (tomando de empréstimo a expressão de Mauro Cappelletti); seja, por fim, quanto aos direitos atinentes à democracia, à informação ou ao pluralismo. O fato, perceptível a não mais poder, é a dificuldade dos juristas do nosso tempo quanto à realização dos direitos básicos da gente do nosso tempo.

Por isso é que, não obstante as dificuldades inerentes à realização de direitos fundamentais na atualidade, volto-me à alentada obra coletiva publicada em comemoração aos 20 Anos da Escola Superior do Ministério Público da União, cuja leitura preenche-nos com renovada alegria e esperança. Alegria porque o aniversário da ESMPU é cercado pela generosidade característica do ato de ensinar, materializada na própria organização de Congresso homônimo, responsável por agregar todas as instituições coirmãs, que estiveram conosco ao longo de todos esses anos; esperança porque a nossa ESMPU consegue demonstrar objetivamente que a dedicação e o compromisso com o ato de educar é tarefa de hoje, de amanhã, de sempre.

1 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 24.

Direitos Fundamentais em Processo – Estudos em Comemoração aos 20 Anos da Escola Superior do Ministério Público da União é obra que já nasce clássica. Disse-o muito bem Cora Coralina, a poetisa maior da Cidade de Goiás: “Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina”. E a felicidade brota da sublime alteridade: professor, aluno e escola são, reciprocamente, ajudantes e ajudados; informantes e informados.

Há muito a comemorar. Há muito a realizar!

Vida longa à ESMPU!

Brasília, novembro de 2020.

Antônio Augusto Brandão de Aras
Procurador-Geral da República

A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS AÇÕES PENAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

*Alexandre Carrinho Muniz¹
Tammy Fortunato²*

Sumário: 1 Introdução. 2 A igualdade de gênero enquanto direito fundamental. 3 A tutela assistencial da mulher em situação de violência doméstica para preservação de direitos fundamentais. 4 Da assistência judiciária como direito fundamental da mulher em situação de violência doméstica nas ações penais. 5 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

A violência doméstica é um tema de relevância quando se busca um tratamento igualitário entre os gêneros. O legislador, ao elaborar a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), teve a preocupação com garantir assistencialismo às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, visando o acolhimento institucional daquela que já se encontra fragilizada pela violência sofrida.

Em tempo de pandemia, não só no sentido da propagação da COVID-19 mas principalmente no que diz respeito à generalização da violência doméstica, com diversos estudos constatando o aumento da violência praticada contra as mulheres durante este período, é cada vez mais importante a garantia dos direitos fundamentais às mulheres, previstos não apenas na legislação ordinária mas especialmente na Constituição da República (CR) e leis internacionais.

A igualdade de gênero, reconhecida constitucionalmente no que tange aos direitos e obrigações, foi uma das grandes conquistas dos movimentos feministas, embora ainda haja muito a ser feito.

Neste artigo será tratada a igualdade entre homens e mulheres enquanto direito fundamental; a presença do patriarcado na sociedade de hoje; e a atual falta de assistência jurídica às mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar.

A consequência da falta de assistencialismo à mulher será amplamente discutida, abrangendo não só a omissão legal mas também o descumprimento desse direito fundamental da mulher em situação de violência doméstica.

1 Promotor de Justiça (MPSC). Professor na pós-graduação de Direito Material e Processual Penal na Escola do Ministério Público de Santa Catarina e em outros cursos de pós-graduação. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Processual Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina/UNIVALI.

2 Advogada. Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Assim, o tópico 2 tratará da igualdade de gênero enquanto direito fundamental, identificando as bases de um tratamento equitativo sob todos os aspectos, com o princípio da isonomia jurídica irradiando sobre todas as normas a ela pertinentes, a fim de que eventuais interpretações sejam todas direcionadas sempre a uma finalidade específica, que é a proteção da mulher contra violências de qualquer espécie.

No tópico 3, tratar-se-á das políticas de assistência à mulher em situação de violência doméstica como instrumentos destinados a garantir a reposição do desequilíbrio ocorrido por causa das violências que sofreram e de como tais mecanismos, pela conexão que têm com os direitos que procuram proteger, são igualmente tidos como fundamentais, até porque sua omissão implica tornar inócuo o interesse que procura preservar.

Finalmente, no quarto tópico, analisar-se-á um desses mecanismos de proteção assistencial, notadamente a assistência judiciária a que a mulher em situação de violência doméstica tem direito, não cumprido no cotidiano forense, nas ações penais em que figura como vítima.

2 · A IGUALDADE DE GÊNERO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A desigualdade de gênero faz parte da história da humanidade, na qual o homem sempre prevaleceu como o mais forte, não somente no aspecto físico mas também no psicológico e econômico, como chefe da casa e da família, o provedor, e, ainda, como proprietário da mulher.

Hegel *apud* Beauvoir (1970, p. 30) remonta ao passado e traz o pensamento patriarcal de outrora, quando diz que “os dois sexos devem ser diferentes: um será ativo e o outro passivo e naturalmente a passividade caberá à fêmea”. Trata-se de mulheres sendo objetificadas, sem direito ao livre pensamento.

Um olhar predominante no século passado sobre a desigualdade entre os gêneros é trazido por Emílio Mira y López *apud* Lima (2013, p. 38):

Se o ideal do homem adulto normal é, em primeiro lugar, aquisitivo e o impele para o trabalho, ou à conquista, como meio de assegurar sua vida e a de sua família, o máximo ideal da mulher é, sem dúvida, em condições normais, conservador no sentido de que tende ao cuidado e conservação do lar, por meio da ótima administração do poder (moral ou material) que seu companheiro lhe proporciona.

Conceitos como os acima mencionados não são mais aceitos pela sociedade atual, e os movimentos feministas, principalmente os ligados à segunda onda do feminismo, trouxeram como vértice o estudo da identidade de gênero, buscando a igualdade. O estudo da relação de gênero pode ser considerado como clássico-moderno e atual (NICKNICH, 2016).

Ao longo da história, mulheres vêm lutando pela igualdade de direitos e deveres, e somente na CR é que tais garantias lhes foram conferidas (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1996).

A igualdade entre os gêneros, tratada no princípio da isonomia, faz-se indispensável, sendo um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito (DIAS, 2011). A igualdade está prevista no art. 5º da CR, tratada como um dos direitos fundamentais.

Chimenti (2005, p. 59) apresenta o princípio da igualdade sob uma dupla análise: o da igualdade na lei e o da igualdade perante a lei. Igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador, que, na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação. Aliás, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art.5º, XLI). A igualdade perante a lei pressupõe que esta já esteja elaborada e se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação.

Justamente por ser a igualdade entre homens e mulheres um direito fundamental, é que se busca a equiparação/igualdade dos gêneros. A igualdade não deve existir somente *pró-forma*, deve existir materialmente também. Lenza (2011, p. 875) traz que “a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Todo o contexto histórico de desigualdade é trazido à tona quando homens e mulheres têm tratamento diferenciado, principalmente no que tange à violência perpetrada contra a mulher.

Quando se trata do assunto violência contra a mulher, avoca-se também o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto já no art. 1º, III, da CR. Nas palavras de Dias (2011, p. 62), “O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios”, sendo, pois, “um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

Um conceito mais amplo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana é trazido por Moraes (2003, p. 60):

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Toda mulher tem o direito de viver uma vida digna e livre de violência (Decreto n. 1.973/1996), e a desigualdade entre os gêneros protege o homem e vulnera a mulher.

Scardueli (2018, p. 17), sobre a conceituação da violência de gênero, leciona:

A violência de gênero, por sua vez, pode ser entendida como a relação de poder e de dominação do homem e de submissão da mulher, em que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem a relações violentas entre os sexos, indicando que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.

Relações violentas não são mais aceitáveis em nossa sociedade, e muitas mulheres ainda se encontram em situação de violência, seja no âmbito público, seja no privado. As violências praticadas contra as mulheres em virtude da sua condição de gênero devem ser amplamente combatidas, por meio da prevenção, da punição, até chegarmos à erradicação (Decreto n. 1.973/1996).

Ao serem expostas a situações de violência em virtude da questão de gênero, mulheres têm seus direitos fundamentais violados. E a violação dos direitos da

mulher já é, por si, uma violência, pois é obrigação do Estado garantir às mulheres que seus direitos fundamentais sejam respeitados.

Os direitos fundamentais, entendidos como aqueles indispensáveis à vida, não podem ser ignorados quando tratamos de igualdade de gênero.

Na concepção de Moraes (2003, p. 39), os direitos humanos fundamentais podem ser conceituados como

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

A CR assegurou às mulheres a igualdade de direitos e obrigações em relação aos homens, trazendo em seu art. 5º, I, de modo explícito, tal isonomia. A igualdade está garantida na lei, mas, culturalmente, ainda há uma grande diferença entre homens e mulheres, ou simplesmente, uma grande diferença entre os gêneros, quando tratamos da temática da violência.

A violência cometida contra as mulheres em razão do gênero é tão grave que temos legislações específicas para preveni-las, puni-las e erradicá-las (Decreto n. 1.973/1996), além da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW) e, por fim, a Lei n. 11.340/2006, quando a violência é cometida no âmbito privado.

A CR garante a igualdade entre os gêneros, mas, ao mesmo tempo, precisa garantir às mulheres o seu direito à vida, a viver livre de violência e a ter uma vida digna. O Estado precisa proteger as mulheres das violências a que são submetidas diariamente, perpetradas por aqueles que dizem amá-las.

A violência doméstica praticada contra as mulheres em razão do gênero foi tolerada até meados do século passado, cabendo a cada Estado legislar sobre o tema (LIMA, 2013). A violência era utilizada como forma de dominação do masculino sobre o feminino, como forma de “manutenção da propriedade”, de educar, entre outras injustificadas razões.

A busca pela igualdade de gênero trouxe uma nova visão sobre as violências sofridas pelas mulheres, principalmente no âmbito privado, ocasionando uma mudança cultural e, como consequência, uma mudança na legislação. Neste diapasão, traz-se o entendimento de Figueiredo (2018, p. 176):

O direito como fruto da sociedade e do Estado são um espelho que determinado segmento disputa para que seja visto. As mudanças recentes na legislação penal destacam a importância da manutenção da luta das mulheres. Os instrumentos oficiais como o Direito são passíveis de mudança, lenta, mas é uma mudança palpável.

Nesse sentido ainda, o movimento de mulheres conhecido por “*lobby* do batom”, com o lema “Constituição pra Valer tem que ter Direitos da Mulher” (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1996, p. 25), iniciou as principais mudanças no que tange aos direitos das mulheres, entre eles, a igualdade de gênero.

Ainda é preciso, porém, garantir às mulheres, principalmente as que se encontram em situação de violência doméstica e familiar, inviolabilidade de seus direitos, arduamente conquistados, bem como o seu efetivo acolhimento.

Portanto, o direito fundamental da mulher, em virtude do histórico desequilíbrio no tratamento equitativo de gênero, carrega em si um valor mais forte, contaminando com a mesma importância todos os direitos que possam ser dele derivados.

3 · A TUTELA ASSISTENCIAL DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PARA PRESERVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando há o estabelecimento da premissa de isonomia de gênero, significa dizer que o tratamento deverá identificar saliências e depressões que permitam distinguir quando a tutela deverá ser maior ou menor em determinadas situações.

Ante a histórica omissão do Estado no tratamento equitativo de homens e mulheres, permitindo que se criasse uma verdadeira cultura de desigualdades delas em relação a eles (sufrágio, disposição de seus bens, trabalho, guarda de filhos etc.), a procura pelo reequilíbrio visa estruturar mecanismos que possam reverter tais iniquidades, cujos efeitos não ocorrem do dia para noite.

Essa omissão estatal é constatada por tratados internacionais, algumas vezes seguidos por legislações internas, que procuram repor um *status* de equidade que permita às mulheres receber o mesmo tratamento dos homens, por meio de tutelas jurídicas que estabeleçam direitos e garantias.

E, com muito mais razão, no caso de mulheres em situação de violência doméstica, tais tutelas jurídicas enumeram uma série de instrumentos com o propósito de, além de estabelecer a equidade referida alhures, recuperar o *deficit* decorrente de violações de natureza física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, quiçá, ainda, institucional, quando o Estado não providencia tais mecanismos ou, quando o faz, age ineficientemente, pelo fato de seus agentes, por desídia ou despreparo, acabarem não atendendo essas mulheres adequadamente.

Na linha do que dispõe a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), com o trinômio prevenção-punição-erradicação, originou-se uma série de políticas assistenciais às mulheres como forma não só de evitar mas também minorar os efeitos causados pela violação de seus direitos.

Entre tais políticas, as de natureza preventiva, podem-se citar a promoção do conhecimento e observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o respeito aos seus direitos humanos, e a modificação dos padrões socioculturais que estabeleçam premissas de inferioridade ou superioridade que legitimem ou fomentem a violência contra a mulher e, além disso, o seu atendimento. No âmbito da punição, citam-se não só a responsabilização do agressor mas também a prestação de serviços adequados à mulher em situação de violência, com atendimento preparado e especializado, com abrigos e serviços de orientação familiar. E, por fim, com a finalidade de erradicar a violência contra a mulher, a pesquisa de suas causas, consequências e frequências, procurando implementar políticas que possam pôr fim a ela (Convenção de Belém do Pará).

No âmbito da legislação interna, há que se salientar o estabelecimento de uma rede de atendimento, como forma preventiva da ocorrência ou manutenção da violência, notadamente a doméstica.

A rede de atendimento abrange os serviços responsáveis pela execução dessas ações e programas, como segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, com atendimento qualificado, intersetorial e multidisciplinar, garantido a todas as mulheres em situação de violência (PASINATO, 2015).

Acerca das medidas de prevenção, Piovesan (2012, p. 70) destaca a incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar:

Para o enfrentamento da violência contra a mulher, a Lei “Maria da Penha” consagra medidas integradas de prevenção, por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e de ações não governamentais. Sob o prisma multidisciplinar, determina a integração do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, com as áreas da segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. Realça a importância da promoção e realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como da difusão da Lei e dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres. Acresce a importância de inserção nos currículos escolares de todos os níveis de ensino para os conteúdos relativos a direitos humanos, à equidade de gênero e de raça, etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. Adiciona a necessidade de capacitação permanente dos agentes policiais quanto às questões de gênero e de raça e etnia.

Especificamente nos casos de violência contra a mulher cometida no contexto doméstico, leia-se, no âmbito privado, a lei trata de coibi-la por meio de uma série de medidas – seja a natureza preventiva, seja reparadora – que tutelam, juridicamente, quem a sofre.

Algumas dessas medidas procuram dotar a mulher com mecanismos de reparação da igualdade, especialmente em face da violência sofrida, com ações integradas, além do estabelecimento de políticas públicas que resguardem os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas, com ações integradas de proteção, de assistência à mulher e as voltadas ao atendimento pela autoridade policial, incidindo em todas as etapas da violência (BIANCHINI, 2018).

Outra medida assistencial citada pela autora é o apoio financeiro à vítima em situação de violência doméstica, que tenha baixa renda, a fim de que possa romper o vínculo decorrente da dependência econômica que tem com o agressor.

A Lei Maria da Penha ainda prevê a instituição de curadorias e serviço de assistência judiciária, em acompanhamento aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a fim de a vítima acessar todos os serviços e programas que a auxiliem a evitar ou romper com o ciclo de violência (BIANCHINI, 2018).

Na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ratificada pelo Decreto n. 4.377/2002), a Recomendação Geral n. 33, sobre o acesso das mulheres à Justiça, propõe aos Estados partes, no item 17, alínea a, a remoção de impedimentos econômicos que obstem o acesso dessas à Justiça com o oferecimento de assistência jurídica, assegurando a dispensa de taxas para emissão e arquivamento de documentos, bem como a redução de custas, a mulheres de baixa renda e a dispensa àquelas que vivem na pobreza.

Ainda, na alínea f, recomenda:

Establish justice access centres, such as “one-stop centers”, which include a range of legal and social services, in order to reduce the number of steps that a woman

has to take to access justice. Such centres could provide legal advice and aid, start the legal proceedings and coordinate support services for women across such areas as violence against women, family matters, health, social security, employment, property and immigration. They must be accessible to all women including those living in poverty and/or in rural and remote areas [...].

Além disso, há uma série outras recomendações para que seja facilitado o acesso da mulher à Justiça, como a prestação de assistência, aconselhamento e representação jurídica gratuita ou a baixo custo nos processos judiciais ou extrajudiciais em todos os campos do direito, de maneira oportuna, contínua e efetiva, e que tais serviços sejam competentes e sensíveis a gênero, além de informá-la e conscientizá-la sobre tais serviços.

Portanto, nessa linha de políticas públicas a serem adotadas em favor da mulher, especialmente daquela em situação de violência doméstica, há uma gama de medidas e serviços postos à sua disposição, todos com a finalidade de rompimento do ciclo de violência, vale dizer, de preservação ou recuperação de direitos fundamentais.

É possível, assim, afirmar-se que os serviços assistenciais destinados a tutelar direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica guardam imbricada conexão com esses mesmos direitos, e a omissão dessa assistência significa negar os próprios direitos em si.

4 · DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS AÇÕES PENAIS

O sistema de justiça, composto, entre outros órgãos, pela Advocacia, Ministério Público e Magistratura, tem o dever de acolher a mulher em situação de violência, de modo a atendê-la com eficiência, demonstrando a força da Justiça e, principalmente, que a mulher está amparada pela lei, capaz de repor o desequilíbrio criado pela cultura patriarcal que ainda contamina tal sistema.

O legislador, na elaboração da Lei 11.340/06, preocupou-se com a situação de fragilidade da mulher em situação de violência doméstica e familiar, e, no art. 27 do mencionado dispositivo legal, foi enfático ao expressar: “Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei”.

Segundo o STJ (BRASIL, 2018, p. 13), “Ao inserir tais dispositivos na citada lei, o legislador objetivou tornar a mulher, vítima de violência, mais consciente sobre seus direitos, bem como das consequências de suas decisões, evitando que ceda à pressão do seu agressor”.

Ocorre que os direitos garantidos à mulher em situação de violência doméstica e familiar não estão sendo respeitados, uma vez que, raramente, advogados ou defensores públicos atuam em defesa da vítima na fase processual.

O advogado é indispensável à administração da Justiça, conforme preceitua a CR, em seu art. 133,³ e a Lei n. 8.906/1994, em seu art. 2º,⁴ não podendo, em hipótese

3 “Art. 133 O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

4 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.”

alguma, ser menosprezado pelos demais integrantes do sistema de Justiça, principalmente quando há a aplicação da Lei n. 11.340/2006, que traz a obrigatoriedade do acompanhamento de advogado.

Observa-se que, numa audiência de instrução, *v.g.*, o homem autor da violência doméstica comparecerá acompanhado de um advogado (obrigatoriamente, seja constituído, seja nomeado, ou mesmo um defensor público), o que não tem ocorrido com a mulher vítima de violência doméstica.

Nas palavras de Silva (2020), “Se ao imputado deve ser assegurada a defesa técnica, em igual condição a mulher vítima de violência doméstica deve ter assegurada para si a denominada assistência qualificada”.

A previsão legal não é para que o advogado atue como assistente de acusação do Ministério Público (instituto diverso do referido no art. 27 da Lei Maria da Penha), mas para que dê assistência jurídica à mulher em situação de violência doméstica e familiar, orientando-a em relação aos seus direitos e às consequências que os rumos da ação penal em que consta como vítima possam resultar.

Neste mesmo sentido, cita-se Almeida (2013):

intenção do legislador é que a mulher seja orientada sobre seus direitos, sobre a consequência de suas decisões, evitando-se assim qualquer tipo de pressão indevida, primando-se para um verdadeiro protagonismo da mulher em situação de violência.

Nas ações penais públicas (condicionadas ou não à representação), não cabe ao Ministério Público defender ou pleitear interesses individuais da mulher vítima de violência doméstica, como divórcio, partilha de bens, alimentos etc., pois age representando a sociedade, na satisfação da pretensão punitiva do Estado, ainda que possa haver reflexos nos direitos da vítima (como direito à indenização por danos morais ou materiais), mas sem o escopo de garantir determinados direitos que a ela cabe especificar e pleitear, em nome próprio, por meio de advogado.

No entanto, havendo violação dos direitos da mulher, no caso a falta de assistência jurídica, os atos praticados são irregulares, podendo gerar nulidade, se houver prejuízo à mulher. Nas palavras de Bianchini (2016, p. 164), “A ausência de assistência judiciária torna a mulher ainda mais vulnerável, o que dificulta o exercício de seus direitos”.

A mulher em situação de violência já se encontra fragilizada e em situação de vulnerabilidade, e a não observância e aplicação de seus direitos fundamentais a torna vítima de mais uma violência, neste caso, a violência institucional, em virtude da omissão do Estado.

Deste modo, a Lei n. 11.340/2006 visa garantir à mulher em situação de violência todo o amparo judicial de que ela necessita, garantindo que seus direitos não serão violados e que estará socialmente assistida.

E, a exemplo das demais formas de assistencialismo à mulher em situação de violência doméstica, aquela prevista no art. 27 da Lei n. 11.340/2006, qual seja, o acompanhamento de advogado, há uma ênfase legislativa expressando o comando de que a mulher deverá ser assessorada por advogado, não havendo método de interpretação diverso que faça concluir diferente.

Portanto, o propósito do dispositivo é a ampliação da tutela da mulher em situação de violência doméstica, em todos os atos processuais, excepcionando apenas a legitimidade para requerer medidas protetivas de urgência (justamente para garantir celeridade), mas incluindo, entre outros atos, por exemplo, a audiência de ratificação da renúncia ou retratação ao direito de representação, previsto no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (CUNHA; PINTO, 2020).

No mesmo sentido, colhem-se os ensinamentos de Fernandes (2015, p. 227):

Trata-se de importante medida para a defesa e reestruturação da mulher. No âmbito criminal, a assistência permite o ingresso com a queixa-crime nos delitos contra a honra e a intervenção da vítima como assistente de acusação. Sob o aspecto protetivo, defensor ou advogado pode requerer medidas de proteção, noticiar descumprimento de medida e juntar documentos, independentemente de habilitação da vítima como assistente.

Nos casos em que a mulher não possua condições financeiras de arcar com os honorários advocatícios, a assistência judiciária gratuita ser-lhe-á oferecida bem como os serviços da Defensoria Pública.⁵ A CR, em seu art. 5º, LXXIV, traz, como direito, a obrigação do Estado de prestar assistência judiciária àqueles que não tenham suficiência de fundos para arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios.

Todo o assistencialismo à mulher em situação de violência doméstica deve ser encarado como um mecanismo destinado a garantir esse direito fundamental, cujo descumprimento é grave e atinge preceitos legais, constitucionais e internacionais.

Um dos fundamentos de reequilíbrio apontado nos mais diversos instrumentos jurídicos em favor da mulher em situação de violência doméstica é, justamente, contrapor a omissão histórica do Estado em fazer valer seus direitos, com sustentação no sistema de patriarcado que desde sempre relegou a segundo plano (quando não ignorou) a proteção de seus interesses violados por terceiros, e às vezes pelo próprio Estado.

E, ao encarar a assistência jurídica como um direito fundamental, será preciso que haja o reconhecimento dos direitos fundamentais como uma exigência da dignidade da pessoa humana (Mendes, 2016), guardando a conexa relação entre um e outro, ou seja, entre a assistência a que o Estado se dispôs a oferecer e o direito à dignidade humana.

A mulher, que se encontra vulnerável e, por consequência, fragilizada em virtude de toda a violência a que foi submetida, se não estiver devidamente acompanhada de um advogado, estará novamente em desvantagem perante o seu agressor. Diz-se, novamente, uma vez que foi submetida a agressão, seja de modo psicológico, moral, sexual, patrimonial e físico, seja, agora, pelo desamparo do sistema de justiça, aquele que deveria zelar pela lei.

O direito previsto no art. 5º, inciso I, da CR, que roga que homens e mulheres sejam iguais perante a lei, não é respeitado. O homem tem uma maior proteção do Estado ao responder um processo por violência doméstica, já que o art. 27 da Lei n. 11.340/2006 não tem sido igualmente atendido. Como diz Mendes (2016, p. 74):

5 Cf. Lei n. 11.340/2006, art. 28: “É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado”.

Perder direitos é perder poder, e consequentemente, proteção. Daí o porquê de ser necessário afirmar-se direito fundamental das mulheres à proteção, por menos efetivo que algumas vezes transpareça ser, dada a cultura machista ainda existente e, não raras vezes, preponderante, no âmbito da cultura jurídica.

O Estado, ao negligenciar um direito conferido às mulheres em situação de violência, faz com que haja uma violação aos direitos fundamentais, enfraquecendo direitos amplamente garantidos e bravamente conquistados.

Lenza (2011, p. 871) diz: “Devemos pensar, também a necessidade de serem observados os deveres, pois, muitas vezes o direito de um certo indivíduo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito”. De fato, muitas vezes precisamos que o outro não viole um direito, como *v.g.* quando o já mencionado art. 27 da Lei n. 11.340/2006 é descumprido.

No caso em tela, o Estado deve observar seus deveres para que a mulher em situação de violência doméstica e familiar tenha seus direitos, entre eles o de ter um advogado acompanhando-a em todos os atos do processo, garantidos de forma plena.

Não há escusa para o descumprimento desse dever, pois há comarcas que têm a Defensoria Pública para fazer o acompanhamento e, onde não houver, pode o juiz da Unidade de Violência Doméstica nomear um assistente judiciário para acompanhar a mulher, à custa desta, se tiver condições financeiras para tanto e não houver contratado advogado, ou à custa do Estado quando sua situação financeira não lhe permitir. Exatamente como ocorre quando um acusado precisa de um advogado para o acompanhar e postular na ação penal que responda.

Além do mais, não há que se mencionar assistência jurídica integral sem a participação de um advogado. Como já referido, a CR, bem como a Lei n. 8.906/1996, trazem o advogado como indispensável à administração da Justiça.

A ideia de uma provável revitimização da mulher em situação de violência doméstica é outro fator de justificação de designação de um assistente em seu favor, pois, não raras vezes, em situações do cotidiano forense, pode se ver em situação de vulnerabilidade, criando constrangimentos e revolvendo lembranças que a fragilizem mais do que já está. Desse modo, nas palavras de Estrellita *apud* Mendes (2016, p. 113-115), após tal experiência, ainda sofre novamente na sala de audiências, na qual a maioria dos operadores do direito, “olvidando-se de que se trata de uma vítima inserida em um processo multifacetado, arguem-na com sobras de objetividade e, sob a ótica da vítima, se transformam em verdadeiros inquisidores”, submetendo-as novamente ao mesmo sofrimento.

Aliás, nesse sentido, Mendes (2016, p. 113-115) traz a assistência judiciária como mais um dos serviços postos à disposição da mulher em situação de violência doméstica, não apenas para prevenir como também para conter esses constrangimentos, criando-se uma facilitação do acesso à Justiça, finalizando, com maestria:

A assistência jurídica da vítima é legal, convencional e constitucional. Um direito que corresponde, no sistema de justiça criminal, ao dever de sua garantia pelo Estado sob pena de violação dos direitos ao disposto em nossa Carta Magna, muito especialmente quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos documentos internacionais de defesa dos direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Neste sentido, a assistência da vítima trata-se de verdadeiro sujeito

processual *sui generis*, na medida em que a ele não incumbe a condução de forma ativa do processo, com função determinante para o alcance da decisão final, caso dos considerados sujeitos processuais principais (ou essenciais ou diretos), juiz/a, acusação (Ministério Público ou querelante) e defesa (defesa e réu/ré). No entanto, por outro lado, não pode ser tido como simplesmente dispensável, posto que sua função é a de assegurar à vítima, nos autos do processo, o direito a tratamento digno pelo qual se compreendem não só condições adequadas de escuta e fala, bem como a impossibilidade de convalidação de ato processual no qual a vítima seja exposta, por exemplo, a questionamentos vexatórios, humilhantes, depreciativos e/ou quaisquer outros que perquiram sobre sua moral sem qualquer relação com o esclarecimentos dos fatos pelos quais responde o réu.

Não se encontra definição melhor do que a de que o acesso à Justiça, por meio de um dos serviços postos à disposição da mulher em situação de violência doméstica, qual seja, a assistência judiciária, garante a preservação de direitos fundamentais da vítima, contaminando essa característica de fundamentalidade o instrumento criado para tanto.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência praticada contra as mulheres é decorrente da cultura da dominação do masculino sobre o feminino, atitude que não é mais (ou não deveria ser mais) tolerada pela sociedade atual e os organismos internacionais, que recriminam toda e qualquer forma de violência, principalmente no âmbito doméstico.

Mulheres em situação de violência doméstica enfrentam um momento delicado em suas vidas e precisam se sentir protegidas e confiantes na Justiça, necessitando de acolhimento, principalmente na fase inicial da ruptura do ciclo da violência doméstica, momento em que procuram, costumeiramente, ajuda nos órgãos policiais.

A política de assistência às mulheres em situação de violência doméstica faz parte do conjunto de medidas necessárias não só à contenção dessa pandemia como também à prevenção e reposição do equilíbrio tão mencionado entre homens e mulheres, mas ainda não integralmente respeitado.

Os direitos fundamentais, para que possam ser preservados, precisam de instrumentos que permitam efetivar tal garantia, guardando intrínseca relação com o interesse defendido, tendo as políticas assistenciais esse propósito, ou seja, em situação de vulnerabilidade, assegurar que os direitos fundamentais da mulher serão resguardados, seja cessando a violência, seja prevenindo-a, seja remediando-a, com medidas reparatórias e punição ao agressor.

Nesse ponto, uma das políticas assistenciais é a designação de advogado à mulher em situação de violência doméstica que figure como vítima na ação penal, destinada a fortalecer sua participação no processo penal, inclusive quanto aos direitos que ela tenha em decorrência da violência sofrida, bem como outros que ela precise exercer.

A assistência judiciária à mulher em situação de violência doméstica que figure como vítima na ação penal, cujo objetivo é o de minimizar sua vulnerabilidade, precisa ser encarada como garantia fundamental.

Concluindo, o art. 27 da Lei n. 11.340/2006 deve ser encarado como comando obrigatório em virtude do caráter de direito fundamental que possui.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega. Da assistência judiciária: artigos 27 e 28 da Lei n. 11.340/2006. Instituto Patrícia Galvão – Mídia e Direitos, São Paulo, 16 jul. 2013. *Portal Compromisso e Atitude – Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/da-assistencia-judiciaria-artigos-27-e-28-da-lei-no-11-3402006-por-dulcielly-nobrega-de-almeida/>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.
- BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. *Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 5 de ago. de 2020.
- BRASIL. *Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 1º set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n. 827782/RJ*. Relator: ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 7 de agosto de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85824078&num_registro=201503158943&data=20180807&tipo=0. Acesso em: 5 ago. 2020.
- CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. *Guia dos direitos da mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos, 1996.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN – CEDAW. *Recomendação n. 33, de 23 de julho de 2015*. Recomendação geral para o acesso das mulheres na justiça. New York: UN Woman, 2015. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_7767_E.pdf. Acesso em: 1º set. 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Capítulo 32 – Violência doméstica: Lei n. 11.340/ 2006. In: *Leis penais especiais: comentadas*. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (Coord.). 3. ed., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1617-1720.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. Abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIGUEIREDO, Natália Sant’Anna. Violência sexual contra a mulher: uma análise criminológica. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; BENEVIDES, Laize (Org.). *Gênero, feminismos e sistemas de justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018. p. 161-180.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

- LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.
- MENDES, Soraia da Rosa. A violência de gênero e a lei dos mais fracos: a proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara penal. In: GAUDÊNCIO, Theresa Karina de Figueiredo (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS, 2016. p. 63-78.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NICKNICH, Mônica. *Direito, trabalho e mulher: diálogos como princípio da fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha: entre avanços, obstáculos e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 533-545, maio-agosto/2015.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (edição especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012.
- SCARDUELI, Márcia Cristiane Nunes. *Lei Maria da Penha e a violência conjugal: discursos, sujeitos e sentidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. Assistência qualificada da mulher vítima de violência no processo penal. *Consultor Jurídico – Conjur*, São Paulo, jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-18/franklyn-roger-assistencia-vitima-violencia-processo-penal>. Acesso em: 5 de ago. 2020.

O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE GÊNERO EM JUÍZO

Ana Paula Guimarães¹
Luísa Faria²

Sumário: 1 Introdução. 2 As gerações – ou dimensões – de direitos fundamentais. 2.1 Igualdade de gênero no contexto das gerações de direitos fundamentais: o descompasso temporal entre os direitos de homens e mulheres. 2.2 A incorporação da luta contra a discriminação à ordem jurídica brasileira. 2.3 Igualdade de gênero: dimensão individual e difusa. 3 Tutela jurídica de direitos transindividuais. 3.1 Processo coletivo na confluência das ondas de democratização da justiça. 3.2 Aspectos essenciais do processo coletivo: conceito e disciplina. 3.3 O direito à igualdade de gênero em juízo. 4 Estudo de caso: ACP n. 5014547-70.2020.4.03.6100. 5 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

O estudo proposto trata do direito fundamental à igualdade de gênero enquanto pretensão juridicamente tutelável no âmbito do processo coletivo. O artigo busca elucidar o modo como direitos fundamentais e processo coletivo relacionam-se segundo o binômio direito-garantia fundamentais, já que somente com o adequado acesso à justiça pode-se assegurar, com efetividade, a proteção do direito material de titularidade transindividual.

A justificativa para a investigação científica empreendida escora-se em pelo menos três argumentos. O primeiro, de ordem circunstancial, consiste na situação de maior fragilidade imposta às mulheres por ocasião da pandemia de Covid-19 no Brasil. Conforme dados compilados pelo Fórum de Segurança Pública no documento “Violência doméstica durante a Covid-19”, o número de feminicídios entre março e abril de 2020 experimentou um crescimento de 22,2% se comparado com o mesmo período de 2019. No mesmo contexto, o número de denúncias recebidas pelo canal Ligue-180 cresceu, apenas em abril, 37,6%.³

Sabe-se que a violência física se insere num contexto maior de discriminação de gênero que se reflete, em nossa sociedade, pelos mais diferentes meios, desde campanhas publicitárias até a composição de órgãos de cúpula do Estado, revelando

-
- 1 Assistente Técnica do Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).
 - 2 Assistente Técnica da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
 - 3 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante pandemia de Covid-19* Edição 02. 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/. Acesso em: 3 set. 2020.

estruturas que, intencionalmente ou não, relegam a mulher a uma posição de vulnerabilidade, violência e preconceito. Nesse sentido, o crescimento de dados sobre violência doméstica durante a crise sanitária chama a atenção para a necessidade de se repensar – ou de se pensar mais seriamente – as políticas e instrumentos capazes de interferir e alterar esse quadro, evitando a caminhada trágica que desemboca em agressões físicas e no feminicídio.

O segundo argumento, notadamente pedagógico, diz respeito à necessidade de pulverizar, na comunidade jurídica, iniciativas disruptivas, que apresentam novos padrões de atuação para os operadores do direito. Nesse sentido, a propositura de ação civil pública com fundamento em violação ao direito à igualdade de gênero e à proteção da mulher é evento significativo ao passo que demonstra a existência de nexos de causalidade entre condutas discriminatórias e danos sofridos por um grupo específico titular desse direito transindividual, especialmente prejudicado, além de lesão, ainda que indireta, a toda a sociedade.

A relevância de se discutirem essas iniciativas no mundo acadêmico é duplamente benéfica por democratizar o debate ora travado, que passa a ser acrescido da contribuição de outros atores do meio científico, além de contribuir para a “pavimentação” de novos caminhos a serem seguidos por operadores do Direito na proteção desse importante direito transindividual.

A terceira razão diz respeito à necessidade de se proceder a uma denúncia científica da violação sistemática que o direito fundamental à igualdade de gênero sofre na sociedade brasileira, a despeito dos diversos compromissos assumidos por nossa República no combate a esse tipo de violação.

Nesse contexto, o itinerário traçado pelo trabalho se inicia com a apresentação do direito fundamental à igualdade de gênero, suas origens históricas e transformações, desde o reconhecimento até a assunção da feição dúplida de direito individual a transindividual. Paralelamente, observa-se como foi a incorporação desse direito fundamental ao ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda seção destina-se ao estudo do processo coletivo em sua interface com o direito à igualdade de gênero, com enfoque em aspectos da técnica processual especialmente desenvolvidos para assegurar o adequado acesso à justiça nessas demandas. Neste ponto, frisa-se que identificar os conflitos de gênero com uma categoria própria de processos contribui para a construção de uma cultura jurídica capaz de reunir o binômio direito e processo, visualizando, assim, o direito à igualdade de gênero acoplado à garantia processual das ações coletivas, sem o que essa prerrogativa permanece um mero aforismo do ordenamento jurídico.

Na terceira seção, apresenta-se um breve estudo de caso da ACP 5014547-70.2020.4.03.6100, com destaque para o modo como a ação proposta costura os diversos elementos trabalhados na exposição sobre o direito à igualdade de gênero e sua tutela pelo processo coletivo.

Na conclusão, reforça-se a necessidade de leitura conjunta do direito à igualdade de gênero e do processo coletivo como elementos imprescindíveis e indissociáveis para a efetividade do direito fundamental em questão.

2 · AS GERAÇÕES – OU DIMENSÕES – DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Padrões de comportamentos são esperados de todo e qualquer ser humano desde seu nascimento. Nossa própria estrutura de raciocínio é criada de modo a estabelecer estereótipos e fazer associações, para que consigamos responder a estímulos e comportamentos de forma mais rápida, gastando menos energia para tanto (KAHNEMAN, 2012).

Para além disso, os padrões de comportamento impostos e esperados socialmente podem ser modificáveis a depender de uma série de fatores: o lugar onde se nasce, a classe social a que se pertence, a cor de pele que se possui, a orientação sexual que se entende adequada e aceitável dentro de um contexto, e, é claro, o gênero a que se pertence, característica à qual daremos enfoque ao longo deste estudo. À medida que a sociedade foi-se modernizando, no entanto, os padrões de comportamento esperados começaram a ser questionados e, junto com esse questionamento, assistimos à ruptura de limitações impostas e, consequentemente, a uma leva de conquistas de direitos sociais e civis básicos.

Como exemplo desse movimento, é possível citar os relatos que, desde a Grécia antiga, retratam que as mulheres eram proibidas de votar, uma vez que não eram consideradas cidadãs, conquanto no mundo ocidental moderno o direito de voto feminino seja a regra. Mais que isso, a sociedade moderna é calcada na busca de uma pretensa igualdade, capaz de permitir que algumas mulheres até consigam se alçar ao papel principal no âmbito político de importantes países, como é o caso de Ângela Merkel, chanceler da Alemanha.

É bem verdade que as conquistas civis relativas às mulheres e à igualdade de gênero foram alicerçadas no reconhecimento dos direitos fundamentais de modo geral, e, portanto, foram sendo construídas à medida que foram surgindo as gerações de direitos fundamentais como um todo. Nesse sentido, a fim de que seja possível entender o direito à igualdade de gênero, faz-se necessário entender o contexto de reconhecimento dos direitos fundamentais em geral nas sociedades ocidentais.

A primeira geração de direitos seria aquela relativa à liberdade, a segunda à igualdade e a terceira à fraternidade, nos moldes dos ditames da Revolução Francesa do século XVIII. Nesse momento histórico, de transição para a sociedade moderna e dos regimes absolutistas para as repúblicas (HUBERMAN, 1981), consagraram-se os direitos ligados à liberdade e à prestação negativa estatal, ou seja, os direitos relativos às limitações de intervenções estatais em demasia. Assim, reconheceram-se os homens como livres e iguais perante a lei, como detentores de legitimidade como possuidores de propriedade, privacidade e segurança.

Os direitos de segunda geração ou dimensão, no entanto, passam por momento histórico de entendimento de um papel estatal modificado, no qual entende-se que este deve ser mais ativo, além de funcionar como fiscal do cumprimento das regras jurídicas estabelecidas, se abstendo do papel de promotor de uma vida digna aos cidadãos. A partir da propagação das doutrinas socialistas, o medo de que, se o Estado tomasse um papel ativo diante dos cidadãos acabaria por minar as liberdades individuais conquistadas, cedendo espaço ao reconhecimento do fato de que a igualdade e a liberdade formais, ou seja, somente postas nos diplomas legais sem

que houvesse qualquer ação do Estado no sentido de promovê-las, não as fazia produzir resultados no mundo factual, real.

Embora os direitos de segunda geração sejam entendidos como titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado, passou-se a reconhecer que as condições materiais para a concretização destes eram dever estatal. Nessa seara, para que os direitos fundamentais reconhecidos pela primeira dimensão (especialmente aqueles ligados à igualdade) pudessem ser levados a cabo, o Estado deveria promover as condições materiais para que até mesmo as camadas mais miseráveis da população tivessem acesso a eles. Constituem esses direitos aqueles ligados ao direito à saúde, à educação, à previdência social, ao acesso à justiça, entre outros.

Como ensina Paulo Bonavides (2004, p. 572), junto com a segunda geração dos direitos fundamentais também nasceu a teoria objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual os valores e as garantias institucionais seriam o alicerce para a universalidade concreta desses direitos. Segundo essa concepção, tão importante quanto a proteção dos indivíduos é a proteção das instituições. Nessa geração, houve o reconhecimento das seguintes garantias institucionais: as destinadas a independência, estabilidade e autonomia do funcionalismo público, a independência dos juízes, a exclusão de tribunais de exceção, entre outras.

Mais tarde, especialmente no período relativo à segunda metade do Século XX, entendeu-se pelo surgimento dos direitos de terceira geração, relativos à fraternidade – ou solidariedade – entre as pessoas, e, portanto, dotados de sentido coletivo, de titularidade coletiva ou difusa. Caracterizados por elevado teor humano (BONAVIDES, 2004, p. 569), tais direitos dizem respeito à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, a um meio ambiente equilibrado, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

O ordenamento brasileiro, vale dizer, traz uma diferenciação acerca dos direitos de titularidade difusa, coletiva e individuais homogêneos. Tais definições e diferenciações foram inseridas no ordenamento brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e são importantes para que possamos entender o tipo de compensação bem como a natureza processual e a ação relativa e respectiva a cada um dos tipos de direitos violados. Nessa seara, traz o art. 81 do CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Alguns autores, no entanto, para além das três gerações de direitos fundamentais, entendem já ter havido uma quarta ou até mesmo uma quinta geração de direitos. Norberto Bobbio (2004), por exemplo, em seu livro *A era dos direitos*, entende

que os limites éticos e os avanços de pesquisas biológicas fundamentam uma quarta geração de direitos fundamentais, que impõem limites às manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Paulo Bonavides, por sua vez, entende que a quarta geração de direitos diz respeito à proteção e à positivação da democracia, que, segundo afirma, corre risco de ser corroída pelos avanços da globalização econômica e informacional. O mesmo autor também reconhece uma quinta geração de direitos, relativa ao direito à paz, indispensável à manutenção das democracias (BONAVIDES, 2008).

2.1 · IGUALDADE DE GÊNERO NO CONTEXTO DAS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESCOMPASSO TEMPORAL ENTRE OS DIREITOS DE HOMENS E MULHERES

Entendendo as vitórias atinentes a cada uma das gerações de direitos fundamentais, podemos compreender o que o direito relativo à igualdade de gênero consegue endereçar – de direitos civis e liberdades a ações afirmativas estatais e tutela jurídica de direitos transindividuais. Isso porque, infelizmente, o reconhecimento de direitos fundamentais se deu em momentos temporais bastante distintos para homens e mulheres.

Com relação aos direitos de primeira geração, por exemplo, apesar de a liberdade dos homens ter sido concretizada ainda no contexto da Revolução Francesa, no final do século XVIII, esta não foi estendida às mulheres – que, no âmbito da história inglesa, por exemplo, só conquistaram direito ao voto em 1918, após a 1ª Guerra Mundial. A Constituição americana, na mesma seara, previa o direito ao voto desde que foi promulgada, em 1787, mas o direito de voto feminino somente foi incorporado em 1919 (KARAWEJCZYK 2013). No Brasil, muito embora movimentos de mulheres tenham se iniciado desde os anos de 1850, a questão do voto feminino somente passou a um amplo debate no contexto do nosso Congresso Nacional em 1891, conquanto o direito ao voto só passasse a contar com previsão legal definitiva em 1932, por meio do Código Eleitoral decretado durante a Era Vargas (D'ALKMIN; AMARAL, 2006).

O atraso relativo à concessão de direitos iguais a ambos os gêneros demonstra a assimetria de participação nas estruturas de poder por cada um, e, portanto, reflete as bastante substanciais barreiras que ainda hoje se colocam ao pleno desenvolvimento, autonomia, liberdade, reconhecimento e sucesso feminino nos mais diversos âmbitos, sejam públicos ou privados. Nesse sentido, muito embora não só tenhamos a igualdade de gênero como direito constitucionalmente consagrado como ainda consigamos compreender se tratar de um direito difuso, individual homogêneo, do modo como é estabelecido pelo nosso ordenamento, e que – como os direitos de segunda geração – acaba por depender de ação concreta do Estado para que possa de fato ser alcançado, fato é que esse descompasso nos impede de classificar essa igualdade. Somente é possível, portanto, entender a absorção das características das diversas gerações e dimensões de direitos fundamentais como sendo atinentes aos direitos relativos à igualdade de gênero, não sendo possível, desta feita, classificar esse direito fundamental como pertencente a uma ou outra geração, visto que o contexto histórico das conquistas sociais e civis femininas não é correspondente ao alcance dessas mesmas conquistas por todos os demais cidadãos.

Faz-se necessário, contudo, entender acerca das gerações de direitos para que seja possível ilustrar a complexidade relativa ao direito à igualdade de gênero e a abrangência referente aos inúmeros âmbitos de conquistas que essa pretensa igualdade permite. No entanto, assim como existem as gerações de direitos, do ponto de vista da luta feminista tais gerações corresponderam às ondas do aludido movimento.

A conquista do sufrágio feminino – fruto da primeira onda do movimento feminista – é apenas um entre uma série de outros direitos que foram negados às mulheres ao longo tempo, e que, a depender do contexto sociocultural em que se vive, ainda permanecem distantes de muitas. Há não muitos anos atrás, a ativista paquistanesa pela educação Malala Yousafzai ficou mundialmente conhecida após tomar um tiro na cabeça, com apenas 15 anos, em consequência do exercício de uma luta pela educação feminina ante o Talibã,⁴ e ainda há setenta países em que meninas são agredidas pelo simples fato de quererem estudar.⁵ Na Índia, a ocorrência de estupros coletivos é bastante frequente,⁶ e há até mesmo países em que houve a descriminalização de agressão doméstica contra mulheres – como a Rússia, em 2017.⁷ De acordo com estudo realizado pelo Banco Mundial,⁸ em 104 países as leis apresentam alguma restrição ao exercício do trabalho feminino.

Embora a situação relativa à igualdade de gênero ao redor de todo o mundo seja absolutamente estupefacente, o enfoque escolhido pelo presente artigo diz respeito tão somente ao contexto no Brasil, que, embora conviva com diversos problemas de ordem cultural e estrutural referentes a esses direitos, os têm incorporado ao ordenamento, especialmente a partir do Século XX. É acerca dessa incorporação de direitos que trataremos adiante.

2.2 · A INCORPORAÇÃO DA LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A despeito de a igualdade de gênero ser um direito constitucionalmente reconhecido – de forma expressa por meio do art. 5º, I, e ainda por meio dos arts. 6º e 7º, que tratam do amparo à maternidade e ao aleitamento, das ações afirmativas na proteção do mercado de trabalho da mulher, da proibição da diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo, entre outros, de sexo ou estado civil –, é fato que a incorporação desse direito nos demais normativos de nosso ordenamento bem como na sociedade como um todo é quesito no qual ainda temos muito a avançar.

Como mencionado, dentro do contexto brasileiro, a conquista do voto feminino deu-se legalmente a partir do Código Eleitoral da Era Vargas, em 1932. No mesmo

4 Fonte: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/10/saiba-quem-e-malala-yousafzai-paquistanesa-que-ganhou-nobel.html>. Acesso em: 30 ago. 2020.

5 Fonte: <https://news.un.org/en/story/2015/02/490542-un-rights-report-points-increasing-regularity-attacks-girls-seeking-education#.VNjchPnF-FE>. Acesso em: 30 ago. 2020.

6 Fonte: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50656946>. Acesso em: 30 ago. 2020.

7 Fonte: <https://www.theguardian.com/world/2017/feb/07/putin-approves-change-to-law-decriminalising-domestic-violence>. Acesso em: 30 ago. 2020.

8 Fonte: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32639/9781464815324.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

sentido da primeira onda do Movimento Feminista europeu, o primeiro passo para a emancipação das mulheres foi o direito ao voto e, portanto, à participação nas decisões políticas da comunidade a que pertencem. Conforme lecionado por Deborah Duprat (2015),

A participação das mulheres no cenário político institucional é realmente indispensável para a efetiva transformação das estruturas sociais. Enquanto minoritárias no Parlamento, leis são votadas sem que, de um lado, valores, perspectivas e reivindicações das mulheres sejam levadas em consideração, e, de outro, se incorporem suas várias formas de abordar o político.

Antes disso, no entanto, as lutas feministas do Brasil, especialmente ainda durante o Império, foram centralizadas no direito à educação, com a fundação da primeira escola para meninas no Brasil pela norte-rio-grandense Nísia Floresta.

A segunda onda do movimento feminista tratou da conquista dos direitos de ordem trabalhista e previdenciária, direitos que dependiam de uma prestação positiva estatal. No Brasil, em 1979, houve a aprovação da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo, consagrando os direitos à liberdade e à igualdade femininas. Os artigos que incorporam a convenção elencam não só o direito a uma remuneração sem distinção entre homens e mulheres, mas também se referem ao recebimento de previdência social, como asseguram o direito de obter empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, bem como garantem direito à livre escolha sobre nome, profissão e ocupação, além de assegurar que os direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução fossem igualitários. A despeito de essa convenção ter sido aprovada em 1979 e assinada pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981, apenas passou a ter validade no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto n. 4.377 de 2002, que a regulamentou.

Por fim, a terceira onda do movimento feminista, surgida durante a transição para o Século XXI, trouxe para o debate o papel e a função da mulher na sociedade, bem como a forma de retratação da mulher na mídia e a linguagem usada para com o gênero feminino. Nesse sentido, para além da consolidação dos direitos formalmente conquistados e incorporados ao ordenamento, têm-se a necessidade de igualdade no tratamento entre homens e mulheres, a mudança de estereótipos e o fim da exigência a um determinado padrão comportamental que seja baseado somente no gênero.

No ano de 1996, houve a incorporação de outro tratado internacional de suma importância no avanço do direito das mulheres: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, por ter sido assinada nessa cidade em 9 de junho de 1994. Trata-se do primeiro tratado internacional legalmente vinculante que criminaliza as formas de violência contra a mulher, com especial enfoque sobre a criminalização da violência sexual. Apesar de a Declaração Universal de Direitos Humanos, assinada em 1948, reconhecer o direito à igualdade de gênero, a Convenção de Belém do Pará atribui determinados tipos de violência à condição de ser mulher e estabelece uma ampla gama de agressões possíveis, incluindo as psicológicas. Os países signatários da convenção, portanto, via seu artigo 7, se comprometeram a

tomar todos os tipos de medidas de âmbito jurídico, administrativo e legislativo para coibir a ocorrência de violência por razões de gênero. *In verbis*:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Embora o Brasil tenha se engajado e assinado o referido tratado internacional, fato é que a efetiva implementação das previsões dos artigos não foi imediata. O caso de Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica após uma tentativa de homicídio, golpe final dos trinta e dois anos que passou sofrendo agressões por parte do então marido, ganhou repercussão internacional. Maria da Penha entrou com denúncia contra o Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o País acabou sendo responsabilizado pela negligência e omissão em combater a violência doméstica, resultando na edição da Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Assim, o ordenamento brasileiro passou a contar com previsão de sanção específica para as diversas violências e agressões infligidas às mulheres, sejam de ordem física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. Com base na Lei Maria da Penha, ainda, o Código Penal foi alterado, de modo a incluir na agravante genérica da pena o cometimento do crime com violência contra a mulher, e o Código de Processo Penal passou a contar com a possibilidade de instituição de medidas protetivas de urgência, como aquelas que exigem que o agressor mantenha uma distância mínima da vítima, inéditas no ordenamento. Após a Lei Maria da Penha, outras normas foram inseridas a fim de auxiliar na criminalização da violência de gênero, como as Leis n. 13.104 e 13.142, ambas de 2015, que tipificam e tornam crime hediondo o feminicídio.

Com relação ao aborto, no Brasil, a primeira previsão de penalização a quem incorresse na prática ocorreu no Código Criminal do Império, em 1830. Nessa

ocasião, no entanto, não se condenava a gestante, mas quem houvesse realizado o procedimento. Em 1890, passou-se a também criminalizar a gestante, havendo maior detalhamento acerca dos tipos penais no Código de 1940. Esse normativo, no entanto, excetua duas ocasiões em que pode ser realizado aborto no Brasil sem que sejam criminalizados a mulher ou o médico: segundo os incisos do art. 128, a prática é permitida para salvar a vida da mulher ou na hipótese de ser a gestação uma consequência de violência sexual, ou seja, se a gravidez ocorreu como resultado de um estupro. Em 2012, o STF, por meio da DPF n. 147, ampliou os casos de não punibilidade também para a realização do aborto de bebês anencéfalos. A despeito disso, existem projetos de lei em trâmite no Congresso para criminalização do aborto também para os casos de malformação do feto⁹ – contra a decisão de 2012 do Supremo Tribunal Federal, portanto.

Além do projeto para criminalizar o aborto de fetos com malformação, tramitam no Congresso diversos outros projetos, tanto para aumentar quanto para reduzir as restrições às práticas que atualmente se encontram vigentes no País. Com relação aos projetos que preveem aumento de restrições, propostos somente no ano de 2020, tem-se, em suma:

- I. O Projeto de Lei n. 1.444, de 2020, que busca proibir, em todas as suas formas, o aborto realizado em locais que prestem serviços de acolhimento institucional às mulheres.¹⁰
- II. O Projeto de Lei n. 1.552, de 2020, que busca proibir a utilização de recursos na aquisição ou manutenção de equipamentos, em serviços ou em quaisquer outros tipos de atividade que tenham relação, direta ou indiretamente, com o aborto provocado.¹¹
- III. O Projeto de Lei n. 1.945, de 2020, que busca alterar dispositivo do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para fins de inclusão de causa de aumento de pena em caso de aborto realizado em razão de microcefalia ou qualquer outra anomalia ou malformação do feto.¹²

9 Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/30/projeto-criminaliza-aborto-nos-casos-de-malformacao-do-feto>. Acesso em: 30 ago. 2020.

10 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 1.444/2020. Altera as Leis n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e n. 13.982, de 2 de abril de 2020, para estabelecer medidas excepcionais de proteção à mulher e a seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242763>. Acesso em: 14 out. 2020.

11 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 1.552/2020. Dispõe sobre medidas de proteção à mulher em situação de violência durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, ou, transcorrida sua vigência, enquanto durarem as medidas de quarentena e de restrições de atividades no contexto da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2243066>. Acesso em: 14 out. 2020.

12 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 1.945/2020. Altera dispositivo do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para fins de inclusão de causa de aumento de pena em caso de aborto realizado em razão de microcefalia ou qualquer outra anomalia ou malformação do feto. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2249319>. Acesso em: 14 out. 2020.

IV. A Indicação n. 443/2020, que sugere ao então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Antonio Dias Toffoli, o arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581, que trata da “interrupção de gravidez nas políticas de saúde do País para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zica”.¹³

V. O Projeto de Lei n. 518, de 2020, que busca instituir o dia 22 de janeiro como dia de Homenagem à Vida Humana, desde a concepção.¹⁴

Além disso, impende ressaltar que, após enorme polêmica nacional relativa a autorização para que uma menina de 10 anos vítima de violência sexual pudesse realizar aborto,¹⁵ em 27 de agosto de 2020,¹⁶ o presidente Jair Bolsonaro editou a Portaria n. 2.282, que impõe uma série de barreiras às vítimas de violência sexual que optem por abortar. De acordo com a portaria, para conseguir realizar o procedimento, é obrigatório que a equipe médica notifique uma autoridade policial acerca do ocorrido, bem como realize a coleta de possíveis provas do crime de estupro, como fragmentos do feto ou do embrião, e ouça a narração em detalhes do crime por parte da vítima. Além disso, é exigida a assinatura, por parte da vítima, de termo de responsabilidade no qual ela reconhece que, ao realizar o procedimento, pode sofrer com sangramentos, infecções e até mesmo vir a óbito.

Exemplos de ações governamentais como a corporificada por essa portaria nos fazem lembrar da famosa frase atribuída a Simone de Beauvoir, dirigida a todas as mulheres: “Nunca se esqueça que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados. Esses direitos não são permanentes. Você terá que manter-se vigilante durante toda a sua vida”.

2.3 · IGUALDADE DE GÊNERO: DIMENSÃO INDIVIDUAL E DIFUSA

Os direitos relativos à igualdade de gênero, nessa seara, após a constatação de todas as ondas que levaram à sua conquista, devem ser entendidos como transcendentais a uma classificação simplista, no sentido de que se trata de direitos fundamentais apenas de uma dimensão individual ou de que são um direito de abrangência coletiva. Aliás, essa múltipla abrangência, no sentido de que tanto diz respeito aos indivíduos isoladamente considerados quanto a um grupo social, a uma coletividade, já encontra respaldo na doutrina.

Conforme leciona Bernardo Gonçalves, há direitos que podem ser invocados tanto de uma perspectiva individual quanto coletiva. É o caso do direito de

13 BRASIL. Câmara Legislativa. Indicação INC 443/2020. Sugere ao Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Antonio Dias Toffoli, o arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581, que trata da “interrupção de gravidez nas políticas de saúde do País para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zica”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2249951>. Acesso em: 14 out. 2020.

14 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 518/2020. Institui o dia 22 de janeiro como dia de Homenagem à Vida Humana, desde a concepção. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238404>. Acesso em: 14 out. 2020.

15 Fonte: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>. Acesso em: 3 set. 2020.

16 Fonte: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-28/cruzada-antiaborto-tem-nova-vitoria-com-portaria-que-dificulta-o-procedimento-legal-as-vitimas-de-estupro.html>. Acesso em: 3 set. 2020.

vizinhança, do o direito a um meio ambiente saudável ou até mesmo do direito atinente a toda uma categoria profissional: sua dimensão depende da perspectiva argumentativa, se individual coletiva, social ou difusa de quem o defende em juízo.

Outra questão bastante relevante diz respeito à desnecessidade de que o direito à igualdade de gênero esteja expressamente posto com tais palavras na Constituição Federal. O próprio *caput* do art. 5º, o qual estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, já enseja interpretação nesse sentido, e, ainda que não o fizesse, não seria o primeiro caso de direito fundamental que não consta do rol do art. 5º. Os direitos econômicos, ambientais, à educação e à saúde são tutelados por outros dispositivos da Carta Constitucional. Há direitos fundamentais que, inclusive, sequer constam da redação atual da Constituição Federal, embora sejam reconhecidos como tais: o direito a proteção de dados pessoais, por exemplo, é um direito fundamental que escapa a esse rol.

Desta feita, não há que se falar em discussão relativa à existência e validade do direito relativo à igualdade de gênero, que, além de ser expresso, está sedimentado em diversos outros normativos, editados justamente para garantir o seu cumprimento. Trataremos, a partir de agora, da procedimentalização necessária à assunção desse direito fundamental, ou seja, dos diversos caminhos processuais possíveis para que se possa pleitear o efetivo cumprimento do direito à igualdade de gênero.

3 · TUTELA JURÍDICA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Conforme abordado na seção anterior, o direito à igualdade de gênero caracteriza-se por sua dupla dimensão, ora individual, ora transindividual. Nesta seção, daremos enfoque a esta segunda dimensão, tratando especificamente do processo coletivo como técnica processual adequada para a tutela, em juízo, dos direitos dessa natureza.

3.1 · PROCESSO COLETIVO NA CONFLUÊNCIA DAS ONDAS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Em uma contextualização histórica e cronológica, podemos dizer o que o processo coletivo pertence à chamada segunda onda renovatória do processo civil. A teoria das ondas renovatórias é atribuída aos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, juristas que, já na década de 1970, tratavam do problema do acesso à justiça.

Para os autores, o direito à jurisdição permaneceu durante quase todo os séculos XVIII e XIX com feição excessivamente liberal, típica dos Estados burgueses então vigentes. Somente a partir do século XX, com a ascensão do chamado Estado de bem-estar social e com o início das discussões sobre direitos de segunda geração, vocacionados à garantia de igualdade material e direitos de prestação dos indivíduos contra o Poder Público, é que se passa a encarar o acesso à justiça em sua dimensão efetiva, e não meramente formal (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 9-12).

É nesse contexto que o acesso à justiça é alçado a uma posição cada vez mais central no ordenamento jurídico, por consistir em “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Ao tratar dos obstáculos que impedem a construção de um sistema processual civil democrático e apto a cumprir um papel essencial de garantia de direitos nos Estados democráticos, os autores identificam o problema dos interesses difusos. Em linha de conceituação, Cappelletti e Garth (1988, p. 26) aduzem que:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. *O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.* (Grifo nosso).

Constatados os obstáculos que impedem o efetivo acesso à justiça dos Estados modernos, os autores sistematizam a existência de posicionamentos que emergem, a partir de 1965, em sequência mais ou menos cronológica e que buscam superar os problemas identificados. Esses posicionamentos constituem o que se convencionou chamar de ondas renovatórias.

De forma sintética, essas ondas podem ser assim identificadas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31): (I) Primeira onda renovatória: assistência judiciária, superação do obstáculo de custos financeiros para acesso à justiça de grupos hipossuficientes. (II) Segunda onda renovatória: instrumentalização do processo para permitir a tutela de interesses difusos na via jurisdicional. (III) Terceira onda renovatória: tentativa de reestruturar o processo para a superação das barreiras de acesso de forma articulada e compreensiva, no que os autores chamam de “enfoque de acesso à justiça”.

O que nos interessa mais de perto, enquanto objeto de estudo desta seção, é justamente a segunda onda renovatória, que tem como ponto focal a instrumentalização do processo civil para a tutela de interesses difusos. Nesse sentido, explicam os autores:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas duas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Como visto, a discussão sobre a necessidade de se desenvolver um processo coletivo está intimamente ligada ao movimento de reconhecimento de direitos fundamentais de feição não individual protegidos pelo ordenamento jurídico, o que acentua a função instrumental do processo. Isso porque o reconhecimento dos direitos fundamentais de 3ª geração pelo Estado exige, paralelamente, a disponibilização de formas adequadas para sua tutela. É nesse contexto que se identifica uma correspondência entre direitos fundamentais transindividuais e o processo coletivo.

Quanto a essa correspondência, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) explicam que o advento da chamada “teoria das liberdades públicas” rendeu ensejo ao surgimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, inconfundíveis com os direitos de primeira geração (liberdades negativas) e de segunda geração (exigência de prestações positivas), fundando, portanto, a categoria própria dos direitos de terceira geração.

Essa terceira geração, conforme tratado em seção anterior deste trabalho, caracteriza-se pelos dogmas da solidariedade e transindividualidade, e fundamenta o reconhecimento de direitos subjetivos incorporados ao patrimônio de seus titulares (coletividade). Essa nova percepção sobre direitos fundamentais tornou necessária, na visão dos autores, uma “*reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade*”. Nesse cenário, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 378) ensinam que

[...] não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurar concretamente as novas conquistas da cidadania. E, como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* do *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes ao sistema político-jurídico de cada país. E nesse campo o Brasil foi precursor e pioneiro entre os países de *civil law*.

Em síntese, a leitura do processo coletivo à luz do problema do acesso à justiça e das ondas renovatórias do processo coloca em perspectiva duas principais questões. A primeira é a necessidade das técnicas processuais adequadas como forma de garantia de efetividade ao direito material reconhecido pelos ordenamentos jurídicos. Isso porque o mero reconhecimento de direitos – sua declaração –, desacompanhado da previsão dos poderes necessários para a efetividade – e exigibilidade – do bem da vida protegido, torna inócuo – ou com efetividade muito reduzida – um direito fundamental.

Não por acaso nosso modelo constitucional, com respaldo na doutrina constitucionalista, reconhece um sistema de direitos e garantias, ou seja, reconhece-se uma prerrogativa material e, ao seu lado, uma forma de acesso e concretização do direito assegurado. É nesse cenário que podemos identificar um binômio direito-garantia na relação entre direitos transindividuais e processo coletivo.

A segunda questão diz respeito ao caráter essencialmente instrumental do processo coletivo, do que podemos inferir que não há como pensar o processo coletivo senão com base nas peculiaridades e necessidades inerentes ao direito material que essa técnica processual visa a tutelar. Com efeito, é a partir do paradigma da instrumentalidade que se deve pensar o conceito e a disciplina jurídica do processo coletivo, temas que passaremos a abordar.

3.2 · ASPECTOS ESSENCIAIS DO PROCESSO COLETIVO: CONCEITO E DISCIPLINA

Sem a pretensão de apresentar exhaustivamente as normas de regência do processo coletivo, esta seção volta-se a responder duas questões de acentuada importância para os fins colimados neste trabalho: (I) o que se entende por processo coletivo; (II) quais contornos de sua disciplina jurídica constituem modulações voltadas a aperfeiçoar a tutela ao direito à igualdade de gênero em seu caráter transindividual.

3.2.1 · A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO POSSÍVEL

A proposta de se construir um “conceito possível” busca evitar uma abordagem excessivamente ontológica. Consequentemente, o que se busca aqui não é perscrutar uma suposta natureza própria, constante e indelével do fenômeno processual, mas a feição que ele assume em contextos de nosso interesse.

Tendo como tônica a função instrumental do processo, adotamos aqui o conceito de Didier, para quem o processo coletivo é aquele cujo objeto consiste em relação jurídica litigiosa coletiva. Por sua vez, entende o autor:

Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo. (DIDIER JR., 2016, p. 29-30).

A definição de processo coletivo a partir da relação jurídica que constitua seu objeto, e não com base em características desse tipo de processo (regime de formação da coisa julgada, legitimidade, competência etc.), deve-se à constatação de que não podemos confundir o regime próprio de garantias processuais desse tipo de ação ou mesmo sua disciplina jurídica especial com seu conceito, o que importaria uma subversão da relação de causa e consequência.

Em outras palavras, não é pela disciplina especial do processo que se chega ao seu conceito, mas sim a partir do conceito que se justifica a aplicação de um regime próprio. Nessa ordem de ideias, tendo em vista o caráter instrumental do processo, que se volta a permitir uma tutela jurisdicional de determinados direitos materiais, o objeto próprio do processo coletivo (relações coletivas) é que exigirá do legislador e do operador do direito o desenvolvimento de estratégias e regras peculiares, que contribuam para a garantia de tutela efetiva.

É daí que podemos inferir a seguinte relação de causa-consequência: o reconhecimento de direitos de terceira geração, de titularidade transindividual, é causa para o desenvolvimento de uma técnica processual adequada a tutela desses interesses, o chamado “processo coletivo”, que se particulariza, justamente, em razão da relação jurídica especial cuja proteção busca-se assegurar na via jurisdicional. Vocacionado a atender esses direitos de feição não individual, o processo coletivo conta com características singulares quanto a aspectos como legitimidade, coisa julgada e competência, que se configuram como consequência do imperativo da instrumentalidade da matéria processual.

Em suma, o direito material tutelado, o conceito de processo coletivo e as características jurídico-processuais são fenômenos que se relacionam segundo o binômio função/forma, ou seja, o conceito de processo coletivo não extrai características especiais dessa relação jurídica, na verdade, são estas últimas que decorrem do objeto próprio do processo coletivo, a partir do qual chegamos a seu conceito.

Em síntese, a existência de direitos com feição própria é a causa para o desenvolvimento de uma técnica processual diferenciada, que terá como consequência características próprias de elementos do processo (partes, legitimidade, competência, coisa julgada etc.).

3.2.2 · A DISCIPLINA DO PROCESSO COLETIVO

Conforme buscou-se frisar na seção anterior, o desenvolvimento do processo coletivo como categoria própria, com disciplina especial, justifica-se pela necessidade de se criarem formas adequadas à proteção de direitos transindividuais. Nesse sentido, Didier ensina (2016, p. 53):

A tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, forçando o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos e das situações em que os direitos seriam mais bem atendidos se compreendidos como coletivos para fins de tutela [...].

Quanto a esse regramento próprio, importa dizer que, no Brasil, não existe uma disciplina específica – lei ou código – acerca do processo coletivo. Houve uma tentativa de inserção dessa matéria no Código de Processo Civil de 2015, no art. 333 – Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), Título I (Do procedimento comum), Capítulo IV (Da conversão da ação individual em coletiva)¹⁷ – que, no entanto, foi integralmente vetado.¹⁸

Diante da ausência de disciplina legal específica, as regras do processo coletivo são extraídas de um conjunto de leis que conformam o chamado “microssistema de tutela coletiva”. Conforme aduz Didier (2016, p. 52), o microssistema é formado por um núcleo composto pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil

17 “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

18 Razões do veto: da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Pública e Lei da Ação Popular, que, portanto, são os diplomas que tratam de forma mais ampla e mais completa da disciplina desses processos; perifericamente, regras complementares do microsistema poderiam ser extraídas da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei do Mandado de Segurança Coletivo e de outros diplomas avulsos (podemos exemplificar com a Lei de Defesa da Concorrência, Estatuto da Igualdade Racial etc.).

A existência do microsistema de tutela coletiva goza, outrossim, de reconhecimento na jurisprudência, o que se confirma pelo seguinte julgado de lavra do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (REsp 510.150/MA, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.2.2004, DJ 29 mar. 2004, p. 173).

Com efeito, as normas que tratam de temas do processo coletivo como legitimidade, competência, coisa julgada, execução, litisconsórcio, desistência, entre outras, encontram-se dispersas entre diversas leis, bem como no próprio CPC e na Constituição Federal, conformando, portanto, o sobredito microsistema. A relação que se estabelece entre cada um desses diplomas legais quanto à incidência no processo coletivo explica-se pela chamada “teoria do diálogo das fontes”.

Trata-se de teoria introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques e que defende uma interpretação voltada ao “diálogo sistemático de coerência” entre normas de aplicação simultânea que regulam o processo coletivo (DIDIER JR., 2016, p. 109). Nesse cenário, Didier propõe a seguinte sistematização:

Assim, pensando na aplicabilidade e operabilidade destas teorias e considerações, adota-se a seguinte diretriz: para solucionar um problema de processo coletivo o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico (Ex.: sendo uma ação popular na Lei nº 4. 717 /1965). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no núcleo do microsistema, soma da Lei da Ação Civil Pública com o Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão em coordenação com as normas do CPC-2015 que não conflitem com a lógica e os princípios próprios do microsistema e com a Constituição.

3.3 • O DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO EM JUÍZO

Muito embora a pretensão deste trabalho não seja perscrutar a disciplina de regência do processo coletivo, de forma geral, mostra-se pertinente o estudo de determinados aspectos processuais que assumem feição particular nas ações envolvendo o direito à igualdade de gênero. Nessa esteira, a presente seção destina-se a elucidar determinados elementos presentes nessas ações, com enfoque sobre o modo como o direito material em litígio reflete-se na conformação das regras processuais.

3.3.1 · INTERESSE VS. DIREITO SUBJETIVO

Uma primeira discussão importante é saber se as situações jurídicas coletivas, difusas e individuais homogêneas consubstanciam, em nosso ordenamento, direitos subjetivos ou interesses. O imbróglcio resulta da opção legislativa que, na redação do art. 81 do CDC, referiu-se a “interesses ou direitos dos consumidores” e “interesses ou direitos” difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A distinção entre interesse e direito subjetivo jaz na doutrina estrangeira, notadamente no direito italiano, em que a dualidade de jurisdição justifica a existência de direitos subjetivos e interesses legítimos como categorias distintas, cuja tutela deve ser provocada em vias jurisdicionais diversas. Isso porque, conforme ensina Fredie Didier (2016, p. 66), “[o]s primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); já os interesses legítimos são julgados perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante)”.

Com base na terminologia legal, parte da doutrina passou a defender que sua utilização proposital denotaria a intenção do legislador de conferir a essas posições jurídicas uma estrutura diferente daquela pertinente aos direitos subjetivos, de feição marcadamente individualista e, portanto, supostamente inadequada para subsidiar a tutela, em juízo, de prerrogativas de titularidade transindividual.

Em oposição a essa corrente, Didier (2016, p. 63-69), adotando entendimento ao qual nos filiamos, explica que os direitos transindividuais são direitos subjetivos, tendo como única particularidade o fato de que sua titularidade pertence a um grupo – determinado ou indeterminado de indivíduos –, e não a um único sujeito.

Advogar pelo contrário seria forma de limitar a possibilidade de proteção dessas prerrogativas pela via jurisdicional, já que, não sendo direitos subjetivos, parte da doutrina acredita que os direitos transindividuais não poderiam, por exemplo, ser objeto do mandado de segurança coletivo, o que parece ir de encontro à intenção do ordenamento brasileiro de conferir a proteção mais ampla possível para tais direitos.

É como ensina o autor:

A melhor solução passa, não por admitir a categoria dos “interesses” tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar as diversas “posições jurídicas judicializáveis” que decorrem do direito subjetivo *prima facie* (portanto, não expressas) e que merecem igualmente guarda pelo Judiciário. (DIDIER, 2016, p. 68).

Essa visão do direito transindividual como direito subjetivo é especialmente importante quando tratamos do direito à igualdade de gênero. Isso porque, muito embora esse direito tenha inclusive assento constitucional, sua exigibilidade em juízo ainda parece ideia pouco difundida no meio jurídico. Com efeito, se as últimas décadas testemunharam um aumento exponencial na propositura de ações civis públicas tratando de temas ambientais, proteção do patrimônio histórico e cultural, direito do consumidor, proibidade administrativa, etc., o mesmo não se pode dizer de ações que tutelam questões relacionadas à igualdade de gênero. A proteção jurídica à mulher, em nosso ordenamento, tem um caráter marcadamente penal, sendo raras e pontuais as ações, na esfera cível, que buscam em juízo a proteção a determinado direito nessa seara.

Entender o direito à igualdade de gênero como direito subjetivo, e não como mero interesse – ou mera promessa de índole constitucional, despida de verdadeira força normativa e eficácia –, é passo necessário para a construção lógico-jurídica de que a lesão a esse direito – como a qualquer outro direito subjetivo em nosso ordenamento – autoriza o socorro na via jurisdicional, havendo aqui também a estrutura obrigacional de credor-devedor que determina a coercibilidade da pretensão.

3.3.2 · A CLASSIFICAÇÃO DO LITÍGIO COMO TRANSINDIVIDUAL DE INTERESSE LOCAL

Ainda tratando da feição processual da proteção ao direito à igualdade de gênero, pertinente apresentar a visão de Edilson Vitorelli (2019) sobre o tema. O autor inseriu na doutrina brasileira, em matéria de processo coletivo, a classificação desses litígios de acordo com os critérios de conflituosidade e complexidade. Trata-se de concepção inovadora, já que parte de um paradigma diverso daquele proposto pelo art. 81 do CDC, que classifica os litígios de acordo com a natureza do direito transindividual envolvido (coletivo, difuso ou individual homogêneo).

Didier (2016, p. 83), ao comentar a classificação proposta por Vitorelli, sustenta que sua principal virtude é corrigir uma lacuna do CDC, que, embora tenha previsto as diferentes espécies de direito transindividuais, não logrou conferir-lhes disciplina processual própria, mais bem adaptada à natureza de cada um deles. Nesse toar, ao propor uma classificação fundada no tipo de conflito, Vitorelli oferece a possibilidade de diferenciar o tipo de procedimento mais apto à abordagem de cada espécie de direito.

A importância da categorização ora apresentada repousa em seu potencial de resgatar o “referencial humano” associado às violações do direito à igualdade de gênero. Isso significa dizer que ficam mais perceptíveis o bem jurídico lesado e o titular afetado, tornando mais fáceis e claros o acesso ao judiciário e ao processo, bem como a definição de aspectos essenciais da ação como legitimidade e pedidos.

Na sistematização proposta por Vitorelli (2020, p. 77-78), parte-se de dois elementos básicos dos litígios coletivos: (a) complexidade: atributo do conflito relativo à lesão com variadas possibilidades de tutela, sendo possível obter a recomposição ou a proteção ao bem violado por diferentes formas, com resultado prático equivalente. Nas palavras do autor, “[q]uanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio” (VITORELLI, 2019, p. 77); (b) conflituosidade: atributo endógeno ao grupo que titulariza o direito violado e relaciona-se com a heterogeneidade de posições de seus integrantes em relação ao litígio. Conforme aduz o autor, “[...] quanto menor for a uniformidade do impacto da lesão sobre as pessoas, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade” (VITORELLI, 2019, p. 77).

Com bases nesses dois aspectos, o autor identifica as ações coletivas pela igualdade de gênero na categoria de litígios transindividuais de difusão local. Isso porque, segundo destaca Vitorelli (2019, p. 85-88), as mulheres compõem uma minoria social distinguível e especialmente afetada por determinadas violações que, portanto, não afetam igualmente todos os membros da sociedade (homens e mulheres).

Para o autor, litígios transindividuais de difusão local decorrem de violações que atingem, de forma específica e grave, uma comunidade determinada, sendo,

portanto, peculiares a um grupo. Vitorelli identifica que o grau de vinculação entre os membros desse grupo determinado poderá ser mais ou menos tênue, constataando, nesse segundo caso, uma subespécie dos litígios locais. Essa subespécie é marcada pelo fato de que a comunidade especialmente afetada se define a partir da posição social de dadas pessoas na sociedade, e não propriamente de um laço especial de natureza histórica, cultural, territorial etc.

Nesse sentido,

O segundo círculo dos litígios locais engloba pelo menos quatro níveis distintos de solidariedade, que podem ser expressos na seguinte ordem, do maior para o menor grau: 1) litígios coletivos relativos ao direito do trabalho; 2) litígios coletivos atinentes a vítimas de um mesmo acidente; 3) litígios coletivos relativos aos tratamentos de saúde disponíveis para pessoas portadoras da mesma doença; 4) litígios coletivos que envolvem minorias sociais em geral, tal como as minorias raciais, de gênero, de orientação sexual etc. (VITORELLI, 2020, p. 85).

É nessa categoria que se localizam os litígios pela garantia do direito à igualdade de gênero:

Finalmente, a perspectiva social mais tênue, mas ainda pertencente aos litígios locais, refere-se aos integrantes de uma minoria. Não parece difícil sustentar, por exemplo, que os direitos relativos à igualdade de gênero pertencem às mulheres. Ainda que homens se interessem em viver em uma sociedade em que não haja tal desigualdade, o interesse feminino nos conflitos transindividuais a ela relacionados é tão mais pronunciado que torna o masculino irrelevante. [...]

Conquanto se reconheça que esse grupo é o que exibe o vínculo mais tênue, quando se assume o ponto de vista do litígio, não se pode imaginar que os homens tenham tanto a dizer quanto as mulheres na definição dos rumos da tutela do direito à igualdade de gênero. Não cabe ao grupo majoritário impor ao grupo minoritário sua visão sobre o litígio ou sobre o melhor caminho para a obtenção da tutela do direito. Do contrário, o grupo minoritário seria vítima de autoritarismo ou paternalismo (que nada mais é que um “autoritarismo adocicado”), por parte da maioria. Dessa maneira, o interesse das mulheres em que a igualdade de gênero seja tutelada de acordo com suas visões é tão mais pronunciado que o dos homens que, por comparação, torna as posições masculinas irrelevantes. É por essa razão que as mulheres, assim como as demais minorias, podem ser consideradas titulares dos direitos relativos à condição que lhes faz minoritários. (VITORELLI, 2019, p. 87-88).

Nessa perspectiva, nota-se como a teoria proposta pelo autor representa um avanço significativo na tutela de direitos transindividuais, ao permitir identificar em minorias sociais um sujeito titular de determinados direitos, conferindo-lhe posição própria e adequada para levar às vias competentes as pretensões geradas por sua violação.

Um bom exercício para se entender a relevância da classificação ora proposta pode ser encontrado no trabalho de dissertação de Deice Teixeira (2014), em que, abordando a questão da reprodução de estereótipos de gênero discriminatórios contra mulheres, a autora enxerga nos produtos publicitários uma violação ao direito, previsto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a uma educação livre de “padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de

inferioridade ou subordinação”.¹⁹ Essa liberdade, no entanto, é desrespeitada diante de uma publicidade que “reproduz pensamentos e atitudes machistas e patriarcais” (TEIXEIRA, 2014, p. 131).

A denúncia feita no trabalho científico ganha consistência jurídica quando subsumida à categoria dos conflitos transindividuais de difusão local, permitindo, portanto, sua visualização enquanto pretensão juridicamente tutelável por meio do processo. Localizar os conflitos de gênero em uma categoria própria de processos contribui para a construção de uma cultura jurídica capaz de reunir o binômio direito e processo, visualizando, assim, o direito à igualdade de gênero acoplado à garantia processual das ações coletivas, sem o que essa prerrogativa permanece um mero aforismo do ordenamento jurídico.

3.3.3 · OS TIPOS DE TUTELA CONFERIDAS

De acordo com os ensinamentos clássicos de Teoria Geral do Processo, as ações de conhecimento, de acordo com a natureza da tutela requerida pela parte, podem dar origem a sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias. Correntes mais modernas apontam ainda mais dois tipos de provimentos possíveis nas ações de conhecimentos, resultando em classificação quinária dessas ações que passariam a contar com as modalidades de tutela mandamental e executiva em sentido amplo (DIDIER, 2016, p. 346-354).

Em síntese, as sentenças declaratórias são aquelas que se limitam a afirmar a “existência, inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica”, dicção prevista no art.19, I, do CPC, servindo também para declarar a falsidade ou a autenticidade de um documento (art. 19, II, do CPC). Os provimentos constitutivos, por sua vez, são vocacionados a criar nova situação jurídica ou modificar e/ou extinguir situação já existente.

As tutelas condenatórias, mandamentais e executivas merecem tratamento conjunto, já que todas implicam a imposição, ao requerido, do cumprimento de determinada prestação. Nesse cenário, as ações condenatórias são aquelas que buscam a efetivação de uma prestação de fazer, de não fazer ou de dar.

O cumprimento da prestação, por sua vez, poderá ser realizado de forma direta – hipótese em que há a sub-rogação na posição do devedor pelo Poder Judiciário, que efetiva a prestação independentemente da colaboração do requerido –, caracterizando, assim, uma ação executiva em sentido amplo. Há casos, no entanto, em que essa sub-rogação não é possível, exigindo a atuação do devedor para a satisfação da prestação. Vê-se, dessa forma, que o Poder Judiciário dispõe apenas de meios indiretos para forçar o cumprimento da prestação, caracterizando a tutela mandamental (DIDIER, 2016, p. 354-356).

Entender os diferentes provimentos possíveis em uma ação de conhecimento é importante para identificar as potencialidades do processo coletivo enquanto instrumento reparatório e preventivo de lesões contra o direito à igualdade de gênero. Nessa perspectiva, é possível vislumbrar situações em que o mero provimento

¹⁹ Artigo 6 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 9 de junho de 1994.

declaratório é suficiente para a afirmação desse direito – caso da declaração de constitucionalidade de uma lei que promova uma ação afirmativa de gênero, como é a Lei Maria da Penha. Em outros casos, no entanto, é necessário associar as determinações judiciais condenatórias, sendo que apenas sua aplicação combinada poderá oferecer resposta idônea para a tutela do direito material.

A título de exemplo podemos pensar na situação em que determinado empregador adota critérios discriminatórios, com base no gênero, para a admissão de seus empregados e para a promoção interna desses obreiros. Nesse caso, uma tutela efetiva do direito pode condutar com a condenação em obrigação de não fazer – não adotar critérios discriminatórios com base no gênero na seleção e promoção de empregados –, de fazer – promover ações de capacitação para evitar ou coibir discriminação de gênero no espaço de trabalho – e de dar – pagar quantia indenizatória em razão de prática ilícita violadora do direito à igualdade de gênero.

Importante ainda dizer que o entendimento mais recente e pacífico no âmbito do STJ é que as ações coletivas podem cumular pedido condenatório com prestações de dar e fazer. O precedente paradigmático diz respeito a ação civil pública em matéria ambiental e enfrenta especificamente a redação do art. 3º da LACP, que, ao falar sobre o objeto da condenação nessas ações, utiliza-se da expressão “ou”, o que poderia levar a uma interpretação equivocada de exclusão entre os dois tipos de prestação referidos.

As conclusões firmadas no precedente em apreço são de todo válidas para qualquer ação coletiva, já que em tudo compatíveis com a noção do microsistema de processo coletivo, além de materialmente adequadas a promover a “integral reparação” dos bens coletivos lesados.

Por fim, quanto à obrigação de dar nas ações coletivas, é oportuno discorrer sobre a “teoria do dano social”, que oferece suporte a pretensões indenizatórias em pecúnia relacionadas a lesões ao bem-estar coletivo e ao patrimônio moral de dada sociedade, afetada por tais atos ilícitos.

A teoria do dano social, no Brasil, tem como fundamento os estudos de Antônio Junqueira de Azevedo. Em síntese, o autor propõe que, ao lado das formas tradicionais de dano – material, moral, estético –, há uma modalidade que se volta às “lesões à sociedade no seu nível de vida”, reprimindo condutas que importem o rebaixamento do patrimônio moral da sociedade (TARTUCE, 2018, p. 488). Cuida-se de teoria recente, mas que já ganha espaço no ambiente forense, a exemplo do enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil²⁰ e de precedentes dos Tribunais de Justiça de São Paulo²¹ e do Rio Grande do Sul.²²

20 A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

21 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. Apelação Cível n. 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 3ª Vara Cível. Data do julgamento: 18.7.2013. Data de registro: 19.7.2013.

22 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça Estadual. Recurso Cível n. 71001281054, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, julgado em 12.7.2007.

Para Tartuce (2018, p. 496-500), a possibilidade de dano social já teria sido reconhecida inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, embora sob a alcunha equivocada de “*dano moral coletivo*”, caso dos Recursos Especiais n. 1.101.949/DF,²³ n. 1.487.046/MT²⁴ e n. 1.517.973/PE.²⁵

Diversos autores já se pronunciaram sobre a teoria de Junqueira de Azevedo. Ana Frazão (2016, p. 284) traz o tema do dano social na perspectiva do direito do trabalho, situando-o nos casos de violação de normas e direitos trabalhistas que “transcendem situações individuais, ofendendo interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos”. Para a autora, o dano social localiza-se ao lado do dano moral e estético pela natureza extrapatrimonial, os quais “exigem respostas eficazes do Poder Judiciário, normalmente traduzidas em indenizações que, diante do seu forte componente preventivo-pedagógico e punitivo, tornam-se verdadeiros instrumentos para assegurar a legislação trabalhista”.

Nessa esteira, Frazão (2016, p. 284-285) aduz que o reconhecimento dessa nova categoria de dano é fruto da concepção de “dano injusto” como noção fundamental da responsabilidade civil. Por tratar-se de espécie de cláusula geral, o “dano injusto” é uma noção dotada de plasticidade que permite “a criação de novos direitos, interesses e situações subjetivas”. Para Frazão, a noção de “dano moral coletivo”, hoje admitida pelo STJ, coincide com a definição de dano social proposta por Antônio Junqueira de Azevedo.

Outros autores situam ainda o surgimento dessa teoria diante da inadequação do paradigma dos “danos morais coletivos” como fundamento para a reparação de danos transindividuais. Nessa ordem de ideias, aduzem Friede e Aragão (2016, p. 15) que, ao afastar a incidência de dano moral coletivo na tutela de interesses transindividuais, o STJ teria aberto a porta para a aplicação da teoria do dano social. Com efeito, os autores defendem que, sempre que houver lesão ao bem-estar coletivo, entendido como “interesse difuso tutelado pela ordem jurídico-constitucional”, restará configurado o dano social.

A importância dessa teoria para a tutela processual do direito à igualdade de gênero é a possibilidade de permitir a quantificação – apreciação pecuniária – dos danos causados pela lesão a esse bem. Certamente, a indenização financeira é incapaz de recompor o dano causado, servindo de mera reparação compensatória. No entanto, a possibilidade de sua utilização serve de dissuasão à prática ilícita nessa seara, além de tornar mais atrativo o ajuizamento de ações de reparação por violações à igualdade de gênero, o que faz supor maior fortalecimento na tutela dessa prerrogativa.

Ademais, o dano social foi usado como fundamento da Ação Civil Pública n. 5014547-70.2020.4.03.6100, de autoria do Ministério Público Federal, que será tratada na próxima seção.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1101949/DF, Relator: Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.5.2016, *DJe* 30 maio 2016.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1487046/MT, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.3.2017, *DJe* 16 maio 2017.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1517973/PE, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2017, *DJe* 1º fev. 2018.

4 • ESTUDO DE CASO: ACP N. 5014547-70.2020.4.03.6100

A ação, protocolada em 5 de agosto 2020, tem por objeto a

condenação da União (pessoa jurídica de direito público) à reparação e também o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, ou ainda, danos sociais, conforme prevê o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, em razão de atos praticados, dolosa e culposamente, por agentes públicos, mais especificamente declarações públicas carregadas de preconceito e discriminação contra as mulheres, bem como ações administrativas que afrontam o ordenamento jurídico em razão dessa condição (de mulher), declarações essas levadas a efeito no exercício e na representação das funções públicas.

Por tratar-se de iniciativa bastante recente, não parece possível traçar, por ora, quais serão seus reais efeitos, seja na perspectiva jurídica – análise dos aspectos relacionados à admissibilidade e ao mérito da demanda – ou na social – a visão com a qual ações dessa natureza são recebidas pelo corpo social, sobretudo pelo grupo que titulariza o direito invocado. No entanto, alguns elementos da ação reforçam os argumentos até o momento trabalhados acerca da importância da relação entre direito material e direito processual na proteção de direitos transindividuais, bem como da importância da técnica do processo coletivo como meio essencial à efetivação desses direitos.

Iniciando pela análise dos pedidos, interessa notar que a abrangência da pretensão levada a juízo – que incluía a reparação pecuniária destinada ao cumprimento de obrigações de fazer relativas a divulgação de campanhas publicitárias e estruturação de políticas públicas – foi delimitada à luz dos preceitos de direito material albergados no núcleo dos direitos fundamentais, a saber, os postulados da vedação à proteção insuficiente, da vedação ao retrocesso e à dignidade humana. Essa correlação confirma o pressuposto apresentado de que a relação entre processo coletivo e direito à igualdade de gênero se dá numa perspectiva direito-garantias fundamentais.

Ganha destaque também na ação o fato de que o direito transindividual à igualdade de gênero consubstancia verdadeiro direito subjetivo, porquanto previsto não só na Constituição mas em diversos documentos normativos com os quais se obrigou a República Federativa do Brasil – caso da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, recepcionada pelo Decreto n. 4.377/2002, e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) – Decreto n. 1973/1996.

Tais diplomas normativos representam a face material da proteção a esse direito, que se soma ao arcabouço legal do microsistema de tutela coletiva, já apresentado, permitindo, portanto, uma tutela efetiva por meio do acesso ao processo. É assim que se destaca como grande contribuição dessa ACP a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta de discriminação de gênero e as lesões suportadas pelos titulares coletivos:

Mas o problema não é só de simples infidelidade ao compromisso assumido (o que aliás já é gravíssimo), já que no tocante ao tema aqui tratado as consequências são funestas, pois mensagens que compactuam (com) e incentivam esse ambiente adverso às mulheres, esse vezo machista e misógino, colaboram para que não se avance, ou para que seja prejudicado o avanço, no combate à violência e discriminação em relação a elas. [...] Ora, parece indiscutível que a discriminação das

mulheres – seja pela objetificação, pelo assédio, pelo menosprezo, pela subvalorização ou pela convivência (direta e indireta) com a violência contra elas praticada – atinge de modo superlativo a dignidade humana dessa parcela da população.

Em síntese, a ação proposta pelo Ministério Público Federal tem a grande vantagem de amarrar diversos conceitos que já vinham sendo trabalhados na doutrina processualista, oferecendo, assim, sua visualização em situação concreta de aplicação. Dessa forma, parece seguro afirmar que, independentemente do desfecho da ação, os avanços por ela obtidos já compõem nosso patrimônio jurídico e social.

A utilização da teoria do dano social como fundamento do dever de indenizar também merece destaque, visto que reconhece a possibilidade de existência de lesões fora da dicotomia de danos morais e danos materiais. Muito embora atualmente, em matéria de responsabilidade civil, já haja uma visão mais ampliada do tema, com a grande aceitação dos chamados danos estéticos e, em menor medida, do dano moral coletivo, a discussão ainda é incipiente quando se fala em danos sofridos de forma difusa por uma coletividade.

Ainda nesse ponto, importante lembrar a ressalva feita por Frazão (2016, p. 286) quanto às conclusões de Joseph Stiglitz, laureado com o Prêmio Nobel, para quem o empoderamento de minorias sociais – no caso, tratava-se dos trabalhadores – inclui não só recursos para assegurar a repressão pelo descumprimento de normas protetivas como também a imposição de penalidades financeiras como forma de punição em caso de violação.

Nesse sentido, a utilização da teoria do dano social permite a visualização de que determinadas condutas, muito embora não interfiram explicitamente na esfera individual de cada sujeito de direito, importam prejuízo a todos – na dicção de Junqueira de Azevedo, um rebaixamento moral –, promovendo um dano perceptível e potencialmente letal e reforçando estruturas que, em última análise, conduzem à violência física contra determinadas minorias sociais.

Ainda nesse ensejo, a ação, ao elencar diversos indicadores de aumento da violência – física ou simbólica, mas sobretudo a primeira – relacionada a questões de gênero, deixa importante lição para os estudos jurídicos no sentido de enxergar, de forma ampliada, o nexo de causalidade entre conduta e ação nas lesões a direitos transindividuais. Com efeito, nessas ações, a percepção do dano frequentemente não será imediata e diretamente imputável a determinados sujeitos passivo e ativo. Isso, no entanto, não deve representar barreira ao acesso à justiça para demandar reparação contra violações dessa natureza. Vejamos:

É preciso ainda não olvidar o poder da comunicação dessas manifestações intolleráveis (considerado o marco legal vigente) e seus efeitos sobre a realidade social e a persuasão do público, com potencial para reforçar estereótipos e posturas misóginas e discriminatórias, notadamente quando advindas de pessoas com poder de influência, que têm, *ipso facto*, efeitos para gerar danos concretos, conforme reconheceu o Relator Ministro Luiz Fux, em passagem de seu relatório/voto, quando do recebimento da denúncia em face do então parlamentar, atual Presidente Jair Messias Bolsonaro [...].

A questão da liberdade de expressão é também fortemente tratada na ação, sob a ótica de que determinadas condutas não se encontram abrigadas dentro do escopo de proteção ao direito fundamental de cada indivíduo manifestar-se livremente.

Nesse sentido, quando se fala em discriminação de gênero, não merece acolhida esse argumento frequentemente levantado como forma de obstar a ilicitude da conduta e o consequente dever de indenizar.

Ademais, a ação em comento chama a atenção para o fato de que, não raro, violações ao direito de igualdade de gênero estarão acompanhadas de lesões a outros bens jurídicos – como moralidade administrativa, dignidade humana, apologia ao preconceito e à desigualdade social etc. –, que poderão incrementar os fundamentos da ação coletiva.

Por fim, a ACP torna-se paradigma, ainda, por fornecer um panorama amplo e atualizado sobre os dados de violência e discriminação contra a mulher no Brasil, o que, sem dúvida, poderá servir de subsídio tanto à propositura de novas demandas no âmbito do processo coletivo – principalmente orientando os pedidos em cada ação – quanto à estruturação de políticas públicas que, ao lado da tutela judicial, promovam o enfretamento desse problema.

5 · CONCLUSÃO

Em um quadro de violação sistemática de direitos fundamentais, pensar estratégias para atribuir-lhes maior proteção e efetividade é não só uma contribuição científica, mas verdadeiro dever dos operadores de qualquer ciência, sobretudo do Direito, em relação à sociedade em que atuam. É nesse contexto que, em linha de conclusão, este artigo reafirma a necessidade de se pensar o direito à igualdade de gênero ao lado de sua necessária garantia, a saber, o processo coletivo.

Enxergar nas violações ao gênero feminino uma pretensão juridicamente tutelável por meio de ações coletivas é concretizar a evolução histórica dos direitos fundamentais em sua vertente transindividual da solidariedade. Ademais, reconhecer a titularidade metaindividual desses direitos e sua possibilidade de garantia em juízo serve de instrumento ao empoderamento de minorias sociais, além de contribuir para o reconhecimento da legitimidade na persecução desses interesses aos sujeitos particularmente afetados.

Em síntese, o artigo é concluído confirmando (I) a existência de um relação necessária entre direito transindividual à igualdade de gênero e sua garantia materializada no processo coletivo; (II) essa relação quase simbiótica é o que explica aspectos próprios da técnica processual coletiva voltados a imprimir maior proteção e efetividade ao direito material tutelado; (III) o acesso à justiça, pressuposto para qualquer outro direito reconhecimento pelo ordenamento, é especialmente importante na proteção à minoria de gênero, considerando o quadro sistemático de violação que o Brasil vive; (IV) a existência de iniciativas como a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal confirma a possibilidade e as potencialidades associadas à utilização da via jurisdicional como meio de reparação a lesões provocadas ao direito de igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560-572.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. 3, p. 82-92, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- D'ALKMIN, S. M. A conquista do voto feminino no Brasil. *Encontro de Iniciação Científica (ETIC)*, Presidente Prudente, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1219>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- D'ALKMIN, Sônia Maria; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A conquista do voto feminino no Brasil. *Encontro de Iniciação Científica (ETIC)*, Presidente Prudente, v. 2, n. 2, 2006.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm: 2019. v. 1.
- DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRANÇA, Karoline Veiga; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Interfaces entre bioética e direito acerca da regulamentação e descriminalização do aborto em defesa da consolidação dos direitos femininos no Brasil. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 3, n. 2, p. 100-119, 2017.
- FRAZÃO, Ana. Dano social e dumping no direito do trabalho: perspectivas e limitações. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 284-300, mar. 2016.
- FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. Dos danos sociais. *Revista da Esmesc*, v. 23, n. 29, p. 13-44, 2016.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, p. 571-572, maio 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KARAJCZYK, M. As suffragettes e a luta pelo voto feminino. *História: imagem e narrativas*, Rio de Janeiro, n. 17, out. 2013. Disponível em: <https://docplayer.com.br/4887448-As-suffragettes-e-a-luta-pelo-voto-feminino.html>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista Estudos Feministas*, v. 12, n. 2, p. 35-50, 2004.

SILVA, Saete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. *Interfaces Científicas – Direito*, v. 1, n. 1, p. 59-69, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, Jaíse Marien Fraxe *et al.* Evolução dos direitos das mulheres e desafios para alcançar a igualdade de gênero no século XXI. *Revista de Direito da Amazônia*, v. 1, n. 2, 2020.

TEIXEIRA, Deice da Silva. *A propaganda é a alma (arbitrária) do negócio: violência simbólica e discriminação contra as mulheres na publicidade brasileira*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF. 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16863>. Acesso em: 3 set. 2020.

TILLY, Louise A. Gênero, história das mulheres e história social. *Cadernos Pagu*, n. 3, p. 28-62, 1994.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuter, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NA PANDEMIA DE COVID-19

Andréa Marília Demetrio Gaia Vieira¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre o lazer. 3 Algumas positivações do direito ao lazer. 4 Direitos fundamentais. 4.1 O direito fundamental ao lazer. 5 Distanciamento social na pandemia de COVID-19. 6 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

O Brasil atualmente padece das consequências de uma pandemia que, por sua magnitude, impôs ao seu povo o distanciamento social. Nesse período, este afastou daquele o gozo de alguns direitos fundamentais para sua vivência, entre os quais o lazer.

O lazer normalmente é considerado apenas um direito destinado ao trabalhador; porém, o presente estudo visa demonstrar a sua importância enquanto direito fundamental e a sua universalidade, que visa dignificar a vida humana e tem como destinatários todas as pessoas.

Assim, a análise será acerca do lazer enquanto direito fundamental e as consequências da não prática do lazer no contexto da pandemia, ressaltando-se a importância desse direito intrínseco ao ser humano.

2 • CONSIDERAÇÕES SOBRE O LAZER

Historicamente o lazer é tratado apenas como um tempo de não trabalho, relacionado à recreação e destinado ao trabalhador; porém, ele é um fenômeno muito mais amplo: um fenômeno social. Não à toa existe um campo de estudo específico voltado para sua compreensão.

Não há uma definição fechada acerca do que é lazer, os conceitos se diferem de acordo com os estudiosos da área, seja pelas mudanças de significações ao longo do tempo, seja pelo enfoque ao defini-lo, podendo ser pela função, pelo objetivo, pela composição ou pela finalidade.

A origem da palavra lazer vem do latim *licere*, que significa o que é lícito, permitido. Nos dicionários, temos em Bueno (2007, p. 466) que “lazer” significa “descanso, ócio, passatempo”; no Priberam (2020) é “1. tempo de que se dispõe livremente para repouso ou distração; 2. atividade que se realiza nesse tempo”; e no Michaelis (2020) é definido como “1. descanso ou pausa no trabalho ou em uma atividade; folga, ócio,

1 Servidora Pública (MPPA). Especialista em Planejamento e Gestão do Turismo e do Lazer.

repouso; 2. diversão ou ocupação que se escolhe para os momentos de tempo livre; distração, entretenimento, recreação”.

É importante salientar que lazer e recreação não possuem o mesmo significado, embora, outrora tenham sido considerados como sinônimos. A palavra recreação vem do latim *recreare*, que significa restaurar, renovar, recuperar.

De acordo com Marcellino (2007, p. 2 e 3), devem-se considerar alguns fatores quando se fala em lazer, são eles: a cultura vivenciada nos seus vários aspectos, a relação dialética entre lazer e sociedade, o tempo de vivência de valores morais e culturais e o duplo aspecto educativo (veículo e objeto de educação), ou seja, é o que se vive no seu tempo disponível de forma desinteressada, apenas em busca da satisfação. Portanto, para Marcellino, a conceituação de lazer é a cultura – em seu sentido amplo – vivenciada no seu tempo disponível.

Ainda, para Gomes (2003, p. 6), são aspectos fundamentais para a compreensão do lazer a inter-relação entre o tempo, a ação, o espaço e o conteúdo cultural; ou seja, ele é desfrutado durante o tempo livre da pessoa e várias são as ações que podem ser realizadas em um espaço correspondente à atividade escolhida e com significação para a satisfação pessoal, tais como: recreativa, artística, política, assistencial, religiosa, contemplativa, familiar, turística, esportiva, gastronômica etc. Assim, o lazer é dinâmico e se constitui de uma diversidade de identidades e grupos sociais.

Todas essas atividades são humanizadoras, são necessidades humanas, envolvem relações sociais e sentimentos, contribuem com a formação e o engrandecimento pessoal e comunitário dentro da sociedade. Por essa razão o lazer é um direito fundamental, inerente ao ser humano.

Nota-se o aumento de grupos de estudos no campo do lazer de forma transversal e multidisciplinar, o que desperta a sua relevância para a população.

O lazer representa condições de melhoria de vida através do desenvolvimento humano e social, reconhecendo a necessidade de tempo livre, longe de obrigações cotidianas, com vistas ao alcance máximo da evolução das aptidões humanas.

Assim, é mister que o Estado desenvolva políticas públicas que visem a construção, revitalização e manutenção de áreas verdes, espaços e equipamentos de lazer, além de outras formas de promoção deste direito fundamental, com vistas a garantir à população o acesso ao entretenimento.

3 · ALGUMAS POSITIVAÇÕES DO DIREITO AO LAZER

É importante salientar que o lazer está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que estabelece no artigo 24: “toda a pessoa tem direito ao repouso e ao lazer, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948). Portanto, no âmbito internacional, trata-se de direito elencado no rol dos Direitos Humanos, os quais foram criados com intuito de proteção à dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou o lazer como um direito e garantia fundamental expressamente no seu art. 6º, que rege: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ainda na CRFB/88, o art. 217, § 3º, institui que “o Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social”, e o art. 227 que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Seguem algumas legislações que remetem aos direitos fundamentais previstos na Lei Maior brasileira, elencando nelas o lazer, e assim demonstram a importância desse direito para o ser humano, independente de raça, credo, cor, gênero, idade, profissão, orientação sexual etc.

A Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), prevê o direito ao lazer em quatro artigos, esses abordam a obrigação da família em assegurá-lo; indicam que o idoso é sujeito de direitos, entre eles o lazer; garantem a participação dos idosos em atividades culturais e de lazer, mediante política de descontos em ingressos; e promovem a realização de atividades de lazer em entidades de atendimento específico para idosos.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também prevê o direito ao lazer, em cinco de seus artigos rege sobre o dever da família, da sociedade e do Poder Público em assegurar a efetivação do direito em comento; incumbe aos municípios o estímulo e a facilitação de recursos e espaços para esse fim; determina que os menores são destinatários desse direito pela condição de pessoa em desenvolvimento; obriga as entidades com programas de internação a propiciar o lazer; e ressalta que os adolescentes privados de liberdade devem realizar atividades de lazer.

A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, chamada Estatuto da Cidade, regulamenta os arts. 182 e 183 da CRFB/88, dispendo:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

[...]

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

[...]

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes.

A Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010, o Estatuto da Igualdade Racial, diz:

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

[...]

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer,

saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

[...]

Art. 9º A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Art. 10. Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipais adotarão as seguintes providências:

I - promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer;

[...]

Art. 56. Na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 4º desta Lei e outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra, especialmente no que tange a:

[...]

§ 1º O Poder Executivo federal é autorizado a adotar medidas que garantam, em cada exercício, a transparência na alocação e na execução dos recursos necessários ao financiamento das ações previstas neste Estatuto, explicitando, entre outros, a proporção dos recursos orçamentários destinados aos programas de promoção da igualdade, especialmente nas áreas de educação, saúde, emprego e renda, desenvolvimento agrário, habitação popular, desenvolvimento regional, cultura, esporte e lazer.

A Lei n. 12.852, de 5 de agosto de 2013, o Estatuto da Juventude, assegura o direito em questão aos jovens de até 29 anos pertencentes a famílias de baixa renda e aos estudantes, dando acesso aos eventos e equipamentos de lazer através do pagamento de metade do valor do ingresso.

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), expressamente preceitua que os direitos nela contidos são oriundos da CRFB/88, além de Convenção Internacional, e o lazer é um dos direitos elencados:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

[...]

Art. 17. Os serviços do SUS e do Suas deverão promover ações articuladas para garantir à pessoa com deficiência e sua família a aquisição de informações, orientações e formas de acesso às políticas públicas disponíveis, com a finalidade de propiciar sua plena participação social.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o *caput* deste artigo podem fornecer informações e orientações nas áreas de saúde, de educação, de cultura, de esporte, de lazer, de transporte, de previdência social, de assistência social, de habitação, de trabalho, de empreendedorismo, de acesso ao crédito, de promoção, proteção e defesa de direitos e nas demais áreas que possibilitem à pessoa com deficiência exercer sua cidadania.

[...]

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

[...]

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

[...]

Art. 42. A pessoa com deficiência tem direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo-lhe garantido o acesso:

I - a bens culturais em formato acessível;

II - a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais e desportivas em formato acessível; e

III - a monumentos e locais de importância cultural e a espaços que ofereçam serviços ou eventos culturais e esportivos.

Art. 43. O poder público deve promover a participação da pessoa com deficiência em atividades artísticas, intelectuais, culturais, esportivas e recreativas, com vistas ao seu protagonismo, devendo:

[...]

III - assegurar a participação da pessoa com deficiência em jogos e atividades recreativas, esportivas, de lazer, culturais e artísticas, inclusive no sistema escolar, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Após esse rol de normas, percebe-se que os legisladores começam a atinar para a importância do lazer na vida das pessoas, e principalmente para o impacto causado pela sua ausência nos diversos nichos historicamente destituídos de direitos e oportunidades.

Tais legislações evidenciam o caráter fundamental do lazer na dignidade da pessoa humana, a universalidade desse direito, além da sua função social e cidadã.

Nos ensinamentos de Silva (2014, p. 123), o Estado Democrático de Direito não deve se limitar a um conceito de lei, e, sim, ter condições de realizar intervenções que produzam mudanças na situação da comunidade através da lei, ou seja, deve sair da esfera puramente normativa para influenciar a realidade social.

4 · DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Mendes (2018, p. 199), a consolidação dos direitos fundamentais se deve a um acúmulo histórico, sendo importante as ideias oriundas do cristianismo e das teorias contratualistas acerca da natureza humana, visto que influíram sobremaneira na Declaração de Direitos da Virgínia e na Declaração Francesa.

A evolução dos direitos fundamentais é marcada por três dimensões. As revoluções americana e francesa simbolizam a luta pelos direitos individuais referentes à liberdade; e a Declaração de Direitos da Virgínia juntamente com a Declaração Francesa marcam a primeira dimensão desses direitos positivados.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais eclodiu durante a Revolução Industrial, representando a busca pela igualdade e pelos direitos sociais, exigindo uma prestação positiva do Estado a fim de alcançar a justiça social.

A terceira dimensão surge no contexto pós-guerras mundiais, período marcado pelas atrocidades ocorridas nas guerras e pela instituição de regimes autoritários. Assim, emerge a busca da universalização da fraternidade no plano do direito internacional, tendo como marco a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A partir desse momento é instituído que os direitos fundamentais são aqueles inerentes ao ser humano e visam a garantia de igualdade, liberdade, justiça e paz a todo ser humano, dignificando sua existência, com caráter universalista, inalienável, indivisível, cabendo ao Estado o dever de garanti-los.

4.1 · O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER

A Constituição oportuniza à sociedade brasileira que as mudanças políticas, econômicas e sociais desejadas se realizem através da fundamental expressão do direito positivo que ela representa, exercendo função social e democrática transformadora da coletividade, segundo Silva (2014, p. 123).

O lazer, como já visto, é um direito fundamental previsto na Lei Maior brasileira e na DUDH, embora historicamente seja relacionado basicamente aos direitos trabalhistas. Percebe-se a importância desse nos mais variados campos do direito como, por exemplo, o trabalhista, o ambiental e o urbanístico, além de ser notório que os seus destinatários são variados conforme explicitado nas legislações citadas no item 3.

Para Silva (2014, p. 319 e 320), o lazer é um direito social que depende de melhor definição em leis ordinárias, além de possuir função urbanística. Não à toa há manifestações do direito urbanístico acerca do tema. Sua natureza social decorre de prestações públicas em função da interferência das condições de trabalho imputadas ao trabalhador, pois estes necessitam de repouso e de qualidade de vida, relacionando-se ainda com o direito ambiental, uma vez que para isso o meio ambiente deve ser sadio e equilibrado.

Farias (2005, p. 86) também defende que o lazer é um direito urbanístico, e mais, que, quando se desrespeita o direito ao lazer, este interfere nos índices de violência. Instituir políticas públicas urbanas, inclusive o lazer, significa garantir a função social da cidade na prevenção e diminuição da violência urbana.

Há alguns anos subsiste o discurso de que a promoção do lazer, especialmente a jovens e adolescentes, é solução para a diminuição da criminalidade, sempre se colocando esse direito como solução para a questão da segurança pública, porém o seu gozo é muito mais amplo e deve-se respeitá-lo também por sua função de alcance da dignidade humana, pessoal e coletiva, perpassando por outros direitos fundamentais.

Diariamente várias pessoas têm seus direitos fundamentais violados, pois o Estado não consegue materializar tais direitos para todos, o que dificulta, inclusive, a identificação por parte da sociedade da universalização desses direitos, demonstrando que para muitos estão no campo imaterial e (ou) teórico.

Mendes (2018, p. 209 e 210) leciona que, embora sejam direitos universais e absolutos, estes devem ser compreendidos em termos, pois é pacífico que podem sofrer limitações ao enfrentar valores de ordem constitucional e outros direitos fundamentais.

A importância do lazer na vida humana, pela ótica do direito, verifica-se no crescente número de normas referentes a ele, e essas sempre afirmam que cabe ao Poder Público o dever de proporcioná-lo. Esse aumento de leis demonstra que as pessoas estão mudando o entendimento acerca do tema e lutando pelo acesso democratizado a esse direito.

Então, é fundamental que o Estado defenda, respeite, proteja e promova o direito ao lazer, no mínimo, cumprindo as legislações já existentes.

5 · DISTANCIAMENTO SOCIAL NA PANDEMIA DE COVID-19

O mundo vive um período de pandemia pela transmissão da doença COVID-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2. A doença foi detectada pela primeira vez em Wuhan, na China, em dezembro de 2019, desde então ela se espalhou pelo mundo, e em março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o surto como pandemia, a disseminação mundial de uma doença (OPAS, 2020).

No Brasil, de acordo com informações do Ministério da Saúde (OLIVEIRA, 2020), foi confirmado que a primeira morte pela doença ocorreu em março. O consórcio de veículos de imprensa, através do G1 (2020), divulgou que, até 3 de setembro de 2020, já se somavam 124.729 mortos pela doença e 4.046.150 infectados.

Nessa conjuntura de pandemia pela COVID-19, vários direitos fundamentais estão sendo “violados” por causa do distanciamento social aplicado em nome do direito à vida e à saúde, ambos também direitos fundamentais.

Ressalte-se que tal “violação” corresponde às medidas restritivas de convívio social impostas em função da pandemia e, neste contexto, o Brasil seguiu as diretrizes de organismos internacionais, conforme o item C, 3, “f”² e “g”³ da Resolução 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que impõe às medidas adotadas que resultem em restrições de direitos ou garantias o respeito aos princípios da proporcionalidade e da temporalidade com a finalidade estrita de

2 “f. As medidas que os Estados adotem, em particular aquelas que resultem em restrições de direitos ou garantias, devem ajustar-se aos princípios *pro persona*, de proporcionalidade e temporalidade e devem ter como finalidade legítima o estrito cumprimento dos objetivos de saúde pública e proteção integral, como o devido e oportuno cuidado da população, sobre qualquer outra consideração ou interesse de natureza pública ou privada.” (OEA/CIDH, 2020).

3 “g. Mesmo nos casos mais extremos e excepcionais, em que possa ser necessária a suspensão de determinados direitos, o direito internacional impõe uma série de requisitos – tais como o de legalidade, necessidade, proporcionalidade e temporalidade – dirigidos a evitar que medidas como o estado de exceção ou emergência sejam utilizadas de maneira ilegal, abusiva e desproporcional, provocando violações dos direitos humanos ou do sistema democrático de governo.” (OEA/CIDH, 2020).

cumprir os objetivos de proteção integral e saúde pública, evitando que o estado de emergência seja usado de forma ilegal, abusiva e desproporcional, a fim de que não provoque violações dos direitos humanos ou do sistema democrático de governo.

Destarte, as medidas limitantes de direitos humanos, aí incluído o direito ao lazer de forma comunitária, foram estabelecidas em um quadro de excepcional anormalidade, como também prevê o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 4:

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

O exposto vai ao encontro da afirmação de Mendes (2018, p. 210 e 211), de que os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que possuem limitações conforme alguns casos, principalmente quando se trata de outros direitos fundamentais.

Diante desse quadro, cabe enfatizar que os Ministérios Públicos, das esferas federal e estadual, atuaram incansavelmente a fim de preservar os núcleos fundamentais.

Ainda nesse sentido, direitos como o de liberdade de locomoção, de lazer, de liberdade de culto, por exemplo, estão sendo objeto de mitigação pelo Poder Público.

Tal situação tem como consequência o adoecimento psicológico, cujo aumento de ocorrências tem sido registrado em todos os países afetados, principalmente casos de depressão, visto que o ser humano é essencialmente um ser social e, portanto, necessita vivenciar suas relações sociais com os diversos grupos (familiar, profissional, religioso, recreativo etc.).

Por sorte, vive-se um período altamente tecnológico, e este apresenta soluções para se sobreviver ao isolamento; a maioria se relaciona às atividades de cunho artístico e cultural, ou seja, aquelas que remetem ao direito ao lazer.

Nesse período houve um aumento significativo de acesso a *lives* em redes sociais. Segundo Agrela, Cury e Vitorio (2020), “as buscas por conteúdo ao vivo cresceram 4.900% no Brasil” e isso se deve a uma sensação de vida em comunidade.

Conforme Fiore (2020), a rede social Instagram teve crescimento de 70% no uso de *lives* só em março, e psicólogo afirma que isso se deve à tentativa de suprir, através da tecnologia, as necessidades do mundo real, uma vez que o ser humano não é projetado para ficar em casa.

Diversas reportagens e estudos apontam para o crescimento do uso de aplicativos, redes sociais, *streaming*, assinaturas de TV, da compra de livros etc. como nunca visto. O que isso deixa nítido é a necessidade humana de manter relações sociais, bem como a inevitabilidade humana quanto à necessidade do gozo do lazer.

Deve-se lembrar, porém, que existe uma grande parcela populacional que não tem acesso à internet e nesse momento crucial está ainda mais privada do lazer, uma população que em épocas de normalidade também não goza de tal direito por falta de políticas públicas específicas na área, visto que há espaços de lazer privados e, em regra, em áreas centrais, mas só uma minoria tem acesso a eles.

A partir desses dados sobre os eventos virtuais, nota-se que, durante o isolamento social, o meio tecnológico tornou-se também um equipamento de lazer e que, infelizmente, apenas uma parcela da população tem acesso a ele.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O lazer é direito fundamental social inerente ao ser humano, com papel transformador num contexto de desenvolvimento social, político e cultural, de engrandecimento pessoal e coletivo. E num Estado Democrático cabe ressaltar o papel do cidadão a ser exercido no seu tempo livre, bem como das atividades de lazer com vistas à satisfação de sua condição humana.

Enquanto campo de estudo, tem aumentado significativamente o interesse pelo lazer e, no âmbito das leis, houve uma ampliação da quantidade de normas que protegem esse direito.

É necessário que o Estado promova políticas públicas de lazer, visto que é um direito fundamental e com previsão constitucional e infraconstitucional, de forma que o Poder Público faça cumprir tais previsões e garanta esse direito inerente ao ser humano.

No atual cenário de pandemia, em que muitos estão em isolamento social, a busca por atividades de lazer, ainda que através da tecnologia, tem-se agigantado. Deve-se lembrar que essa busca não é apenas virtual, visto que muitas pessoas têm descumprido o isolamento social e, como exemplo, assistimos diariamente a noticiários que mostram praias lotadas e realização de festas clandestinas.

Ressalta-se a importância da democratização do acesso ao lazer, visto que os bairros marginalizados não são contemplados com espaços e equipamentos, nem públicos, nem privados.

Portanto, é inequívoco que o direito ao lazer é muito mais do que um direito apenas do trabalhador, ele é universal, é uma ferramenta que permite o alcance da cidadania plena, destinado a todos sem distinção e sem preconceitos, atribuindo dignidade à vida.

REFERÊNCIAS

AGRELA, Lucas; CURY, Maria Eduarda; VITORIO, Tamires. Na quarentena, o mundo virou uma *live*. *Revista Exame*, [S. l.], abr./2020. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/o-mundo-e-uma-live/>. Acesso em: 1º set. 2020.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

FARIAS, Paulo José Leite. Respeito às funções urbanísticas e a prevenção da criminalidade urbana: uma visão integrada à luz da Escola de Chicago. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 4, n. 16, p. 79-109, jul./set. 2005.

FIORE, Matheus. Com pandemia, Instagram vê uso de *lives* crescer 70% durante mês de março. *B9*, [S. l.], abr./2020. Disponível em: <https://www.b9.com.br/124805/com-pandemia-instagram-ve-uso-de-lives-crescer-70-durante-mes-de-marco/>. Acesso em: 1º set. 2020.

G1. Brasil tem mais de 124 mil mortes por COVID-19, segundo consórcio de veículos de imprensa. *G1*, 3 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/>

noticia/2020/09/03/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-3-de-setembro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml. Acesso em: 3 set. 2020.

GOMES, Christianne Luce; MELO, Victor Andrade. Lazer no Brasil: trajetória de estudos, possibilidades de pesquisa. *Movimento*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 23-44, jan./abr. 2003.

LAZER. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/lazer>. Acesso em: 1º set. 2020.

LAZER. In: PRIBERAM, Dicionário. 2020. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/lazer>. Acesso em: 1º set. 2020.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. Algumas aproximações entre lazer e sociedade. *Animador Sociocultural: Revista Iberoamericana*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 1-20, maio/set. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Pandemia e direitos humanos nas Américas. *Resolução 1/2020*. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

OLIVEIRA, Marina. Ministério da Saúde corrige data da primeira morte por covid-19 no Brasil. *Congresso em Foco*, 27 jun. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/saude/ministerio-da-saude-corrige-data-da-primeira-morte-por-covid-no-brasil/>. Acesso em: 1º set. 2020.

OPAS - Organização Pan-Americana de Saúde. *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia*. Brasília, 11 mar. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 1º set. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Mais um passo no caminho da transformação social

Andrey Borges de Mendonça¹

Fernão Pompêo de Camargo²

Katia Herminia Martins Lazarano Roncada³

Sumário: 1 Introdução. 2 O ANPP e seu delineamento básico. 3 Justiça Restaurativa. 3.1 O que propõe a Justiça Restaurativa. 3.2 Princípios da Justiça Restaurativa. 3.3 Vantagens da derivação para a Justiça Restaurativa. 3.4 Garantias de um procedimento justo. 3.5 Procedimento restaurativo. 4 O ANPP como oportunidade de derivação para a Justiça Restaurativa. 5 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é analisar se o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), particularmente à luz da sua regulamentação prevista na Lei n. 13.694/2019, pode se relacionar com a Justiça Restaurativa (JR) e, em caso positivo, de que forma. Em especial, buscar-se-á apurar se é possível que o ANPP possa representar uma “porta de entrada” para a aplicação da JR e de que forma isso pode ocorrer. A grande preocupação é não desfigurar nem descaracterizar a principiologia aplicável aos dois institutos, sobretudo em relação à JR, evitando que sua essência seja desvirtuada, transformando-a em uma modalidade de “tribunal” restaurativo, com lógica assemelhada ao sistema punitivo tradicional. Para tanto, o estudo será dividido nas seguintes partes: (I) o ANPP e o seu delineamento básico; (II) a análise do que propõe a JR, seus princípios básicos, valores e dimensões estruturais; (III) como operacionalizar o ANPP como caminho para a JR.

2 • O ANPP E SEU DELINEAMENTO BÁSICO

O ANPP, originalmente previsto no art. 18 da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e agora disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), inegavelmente é instituto que reforça o consenso no processo penal. Por muito tempo avesso a qualquer solução negocial, o

1 Procurador da República. Doutor e Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, na Espanha.

2 Juiz Federal. Membro do Centro de Justiça Restaurativa da Seção Judiciária de São Paulo (Cejure).

3 Juíza Federal. Coordenadora do Centro de Justiça Restaurativa da Seção Judiciária de São Paulo (Cejure).

Brasil, nos últimos 25 anos, vem ampliando gradativamente os espaços de consenso no processo penal, alinhando-se à maioria dos países do mundo, em que o devido processo consensual já é uma realidade, com tendência expansiva evidente. É certo que o ANPP irá revolucionar a persecução penal nacional, ao permitir a filtragem de uma ampla gama de persecuções, de baixa e média gravidade, considerando que é cabível, entre outros requisitos, para crimes com pena mínima inferior a quatro anos.

Para os fins do presente artigo, vejamos os elementos básicos do ANPP.⁴ Trata-se de um *negócio jurídico processual* formulado entre o Ministério Público e a pessoa do investigado, acompanhado de seu defensor, por meio do qual, com o objetivo de evitar o início do processo penal, o investigado se compromete a cumprir, de imediato, determinadas condições cujo eventual cumprimento levará à extinção da punibilidade, sem que haja o reconhecimento de culpa. Trata-se de situação em que a defesa deixa de apresentar resistência à imputação, tampouco admite sua culpa ou assevera sua inocência (GRINOVER *et al.*, 1996), embora tenha que confessar a prática do ato e preencher outros requisitos. Trata-se de um nítido filtro para persecuções penais de pequena e média gravidade. O fato de se tratar de negócio jurídico traz diversas consequências. Dentre elas, é relevante destacar que não pode ser imposto por uma parte à outra nem pode ser infligido pelo Poder Judiciário a uma das partes. É dizer, a falta de assentimento de uma das partes não pode ser suprida por decisão judicial. Por sua vez, seu conteúdo deve ser estabelecido no caso concreto e não pode ser padronizado, mas sim deve ser objeto de cessões recíprocas. Não deve ser tratado como um contrato de adesão, mas deve ser fixado a partir de cedências recíprocas, adaptando-se ao caso concreto. Em outras palavras, deve ser uma construção própria para as circunstâncias de cada caso concreto.

O art. 28-A do CPP prevê diversos requisitos para que seja possível o acordo, alguns *positivos* – que devem estar presentes – e outros *negativos* – que devem estar ausentes. Vejamos primeiro os requisitos positivos. Deve haver *justa causa* – ou seja, que *não se trate de hipótese de arquivamento do feito*, conforme se extrai da frase inicial do art. 28-A: “Não sendo o caso de arquivamento”. Isso significa que se deve obter um lastro probatório mínimo previamente ao ANPP. Ademais, o crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Há também um requisito objetivo, que impõe que a pena mínima seja inferior a quatro anos (devendo-se, para tanto, considerar as causas de aumento e diminuição). Exige a lei, ainda, que o investigado confesse, formal e circunstancialmente, a prática do delito, ou seja, para fazer jus ao acordo, a pessoa investigada deve reconhecer que praticou a conduta delitiva. Segundo nos parece, embora não de forma exclusiva, a inovação legal busca evitar a realização de acordos com pessoas inocentes. Dito de outra forma, a confissão representa uma garantia mínima de que não se está a fazer acordo com um inocente. Embora haja controvérsia sobre outros temas envolvendo a confissão no ANPP, é de relevo destacar que para a aplicação da JR também se faz necessário o reconhecimento da prática da conduta ilícita pelo autor do fato. Isso porque uma das premissas da JR é que o agente reconheça como verdadeiros os fatos essenciais. Outro requisito para o ANPP é que o *acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*, permitindo que o membro do MP faça uma *análise clínica* do cabimento do ANPP, à luz de todas as circunstâncias do caso concreto.

4 Para aprofundamento em relação ao ANPP, cf. Mendonça (2020).

Trata-se de cláusula de controle. Deve-se analisar se o ANPP servirá para retribuir a conduta delitiva e, ainda, impedir que o agente volte a realizá-la no futuro. Enfim, que o acordo não seja instrumento de fomento da impunidade. O ANPP não se aplica, em tese, para delitos em que as circunstâncias do caso concreto demonstrem especial gravidade, periculosidade do agente ou outras circunstâncias especiais, que desviem o caso do padrão. A Orientação Conjunta n. 3/2018⁵ das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), revisada e ampliada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, assevera que o presente requisito deve ser analisado “tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (artigo 44, inciso III, do Código Penal)” (item 2, h).

Além dos requisitos positivos, previstos no *caput* do art. 28-A do CPP, há requisitos *negativos* – que devem estar ausentes para que seja possível o acordo. O primeiro é *não ser cabível transação penal*. Aqui o legislador estabeleceu, em verdade, uma ordem de prioridade entre os institutos. A transação penal certamente é menos gravosa que o ANPP, pois aquela não exige confissão, e as condições são menos rigorosas. Assim, cabível a transação penal, deve-se dar prioridade para tal instituto. Outro requisito negativo é que não será aplicável o benefício para agentes reincidentes ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do CPP. Assim, essencial que as *circunstâncias pessoais do agente sejam favoráveis*, a indicar que o ANPP se mostre adequado à pessoa do investigado. É dizer, além da adequação objetiva, exige-se adequação subjetiva. Outro requisito negativo é que o agente *não pode ter se beneficiado nos últimos cinco anos anteriores à prática da infração com institutos de consenso* (transação penal, suspensão condicional do processo e ANPP), evitando o risco de fomento à impunidade se fosse permitido ao agente se valer dos instrumentos consensuais em sequência, em curto espaço de tempo. Outro requisito é que *não se trate de crime de violência doméstica ou em razão da condição feminina*. Em virtude do grave problema e dos altos índices de violência doméstica na realidade brasileira, especialmente contra a mulher, o legislador excluiu da esfera de cabimento do ANPP, prévia e abstratamente, os delitos praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do art. 28-A, § 2º, IV, do CPP.

Uma vez preenchidos os requisitos legais, é atribuição do Ministério Público a proposta das condições a serem cumpridas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. A escolha das condições e a necessidade ou não de cumulação deverão estar adequadas à pessoa do investigado (adequação subjetiva) e ao caso concreto (adequação objetiva), sempre à luz da necessidade de prevenir e reprimir a infração. Ademais, a proposta deve estar orientada pelo princípio da proporcionalidade, seja em sua extensão ou gravidade, evitando a padronização ou formato de adesão. A primeira condição que a lei previu foi a *reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo*. Aqui já se demonstra a intenção de prestigiar a vítima – também uma das prioridades da JR. Outra condição é *renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito*

5 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-conjunta-no-3-2018-assinada-pgr-006676712018.pdf>.

do crime. Previu-se, ainda, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução. Essa prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, segundo o art. 46, § 1º, do CP. Também se previu a condição da prestação pecuniária, que é o pagamento de valor a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução. Por fim, há uma cláusula aberta conferida pelo legislador, que permite às partes acordarem outras condições, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. O objetivo dessa cláusula é possibilitar que as partes construam o acordo mais adequado ao caso concreto e à pessoa do investigado. Essa previsão é essencial ao escopo do presente estudo, pois é a porta de entrada para a JR, prevista pela Resolução CNJ n. 225/2016. À frente trataremos de como pode ser estipulada essa cláusula, em especial para atender a voluntariedade, que é um dos princípios basilares da JR.

Por fim, para delinear, ainda que brevemente, o ANPP, é muito importante analisar o seu procedimento, que pode ser desmembrado, para fins didáticos, nas seguintes etapas ou fases: (I) tratativas e negociação do acordo; (II) assinatura; (III) controle judicial do acordo; (IV) fiscalização e decisão final sobre o ANPP.

É possível, nesse trajeto, que surjam incidentes que desviem o procedimento de seu curso normal. Para os fins deste artigo, será analisado apenas o procedimento normal.

Na fase de tratativas, em caso de ação penal pública, as negociações são feitas pelo MP com o investigado, devidamente acompanhado por defensor (público, dativo ou constituído). O magistrado, além de não participar do ANPP, em hipótese alguma pode propor o acordo de ofício ou sem concordância do MP ou, ainda, alterar o conteúdo do acordo estipulado. O ANPP, como negócio processual, “demanda acordo de vontades que não pode ser suprido pelo juiz” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

Sobre a participação da vítima nas tratativas, o art. 28-A do CPP previu a sua intimação em caso de homologação do acordo e em seu descumprimento (§ 9º). Contudo, à luz de todo o contexto de redescoberta da vítima no processo penal, estimulada de maneira uníssona pela normativa internacional e pela jurisprudência das Cortes internacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1996), deve haver preocupação efetiva, global e permanente com a vítima desde o início das tratativas até o final do procedimento. A Recomendação n. 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros da Europa, inclusive, já recomendava que os interesses da vítima deveriam ser levados em consideração em *todas as fases* do processo de justiça criminal, devendo “ser questionada de maneira que se dê devida consideração à sua situação pessoal, seus direitos e sua dignidade”. Por isso a vítima deve ser cientificada e convidada a participar das tratativas do ANPP, assegurando-se direito de ciência, em tempo útil, a respeito das tratativas, direito de fornecimento de informações às autoridades para auxiliar na tomada de decisão e direito de manifestação sobre o cabimento do benefício, sobre as propostas e contrapropostas, e de ter seus interesses globalmente considerados – não apenas patrimoniais – nas tratativas e no próprio conteúdo do acordo. Tanto assim que o art. 28-A do CPP apontou a reparação do dano como condição do ANPP. Na mesma linha, a Resolução n. 181/2017 do

CNMP prevê, no art. 17, que o membro do Ministério Público deve tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos direitos das vítimas, bem como para a reparação dos eventuais danos por ela sofridos. Portanto, deve o MP zelar para que os direitos da vítima, inclusive informacionais, sejam respeitados, trazendo-a para a mesa de negociações sempre que possível. Em conclusão, quanto antes e quanto mais ampla for a participação da vítima no ANPP, melhor.

Outro ponto sensível é a definição do local *onde* devem ocorrer as tratativas do ANPP. Deve-se evitar, salvo quando absolutamente imprescindível, que a negociação ocorra em ambiência do Poder Judiciário. Como se trata de instituto anterior à persecução penal em juízo e, primordialmente, por se basear no consenso, a exigir negociação em nível horizontal entre as partes, deve-se afastar o ambiente judicial, que, além da carga estigmatizante inerente ao processo, traz uma verticalidade pouco compatível com o consenso e com o instituto. Por isso a negociação do acordo deve ocorrer preferencialmente na sede do MP (item 1.4 da Orientação Conjunta n. 3/2018).

Entendendo ser cabível, em tese, o ANPP, o membro do MP deve intimar o investigado, por qualquer meio de comunicação admissível, para que compareça em dia e hora designados, acompanhado de advogado ou defensor público, na sede do MP, caso tenha interesse no acordo de não persecução penal. Veremos, adiante, que no âmbito da JR é vedada a intimação das partes, devendo-se valer de formas não coercitivas de comunicação, tal como o convite. Na data agendada, a reunião somente deve iniciar se presentes o investigado e o defensor, sendo inviável a realização de qualquer tratativa sem a presença deste. Por sua vez, o membro do MP deve ter especial preocupação em informar o interessado: (I) de seus direitos; (II) da voluntariedade do ANPP; (III) de que a não celebração do acordo não significará tratamento mais gravoso ao investigado; (IV) da base fática que indica a justa causa para o oferecimento da ação penal; (V) do funcionamento do instituto, dos requisitos necessários, dentre eles a confissão formal e circunstanciada, das condições em geral cabíveis, da necessidade de homologação judicial, das hipóteses de rescisão e da possibilidade de extinção da punibilidade em caso de cumprimento de eventual acordo; (VI) das cláusulas do acordo, verificando se a defesa e especialmente o investigado compreenderam seus termos e implicações; (VII) além de esclarecer dúvidas do investigado e de seu defensor.

O membro do MP tem, assim, um nítido dever de informar (item 11 da Orientação Conjunta n. 3/2018), visando permitir que haja uma decisão consciente e informada por parte do investigado e de seu advogado.

Chegado ao acordo, as partes devem formalizá-lo por escrito. Referido acordo deve conter: (I) a qualificação completa do investigado e do defensor e o nome do membro do MP; (II) a tipificação da conduta; (III) as condições que o investigado se comprometeu a cumprir; (IV) a forma e o prazo de cumprimento; (V) outras obrigações acessórias do investigado, consensualmente estabelecidas (por exemplo, a necessidade de comunicar eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e a necessidade de comprovar o cumprimento das obrigações, independentemente de notificação ou aviso prévio); (VI) as hipóteses de rescisão do acordo e as suas consequências; (VII) o reconhecimento da prática da conduta ilícita (confissão), em termo próprio e anexo ao acordo; (VIII) além de ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Assinado o acordo, o membro do MP deve submetê-lo à homologação do Poder Judiciário, por meio de petição.

Ao analisar se é o caso ou não de homologação, o Judiciário deve exercer nítida atividade fiscalizatória, no tocante: (a) à *base fática*, para analisar se há justa causa para a denúncia (função cognitiva do Judiciário) (HOPPE, 2018); (b) à *voluntariedade*, isto é, verificar se o acordo foi feito livre de coações e com consentimento informado pelo investigado; ou seja, é atribuição do juiz aferir se o investigado está devidamente ciente dos termos do acordo, das condições que assumiu e, ainda, das consequências em caso de descumprimento do acordo; inclusive, para tanto, designa-se uma audiência em que o juiz irá ouvir pessoalmente o investigado, na presença de seu defensor; (c) à *legalidade* do acordo, o que inclui a análise sobre o cabimento (se preenche os requisitos positivos e negativos) e sobre as condições acordadas.

A homologação judicial é verdadeira condição de eficácia do acordo. A decisão de homologação leva à suspensão da prescrição durante o tempo de cumprimento do acordo, nos termos do art. 116, IV, do CP.

Homologado o acordo, o juiz responsável pela fiscalização será o da vara de execuções penais (art. 28-A, § 6º, do CPP). Há, assim, uma cisão funcional da competência entre os juízes responsáveis pela homologação e pela fiscalização. Cumprido devidamente o acordo, conforme estipulado, será o caso de extinção da punibilidade. Se houver descumprimento doloso do acordado, será possível a rescisão do acordo, com o posterior oferecimento de denúncia.

3 · JUSTIÇA RESTAURATIVA

A JR apresenta uma nova abordagem para examinar e tratar o fenômeno da violência e os desvios de conduta social, possibilitando olhar com novas lentes para o alcance do valor Justiça, que vai muito além do sistema de justiça penal constituído. Passa-se do paradigma retributivo-punitivo para o modelo restaurativo, com foco central nos “danos e consequentes necessidades, tanto da vítima como também do ofensor e da comunidade” (SALMASO, 2016). É uma nova leitura da aplicação da Justiça, com a adoção de uma nova linguagem no tocante à noção de crime (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

3.1 · O QUE PROPÕE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A concepção tradicional de Justiça punitiva-retributiva visualiza o crime como a violação a uma norma estatal por um agente culpável, razão pela qual o Estado se utiliza da imposição de sanções penais como forma de retribuir a conduta delitiva e preveni-la. Há centralidade no Estado, na atribuição de culpa e na aplicação de uma pena, relegando a vítima para papel secundário, assim como as necessidades dos envolvidos. Por outro lado, para a JR a concepção de crime não se baseia na ofensa de uma norma legal, mas sim na violação dos valores sociais e das relações interpessoais envolvidas no conflito. Muda-se o enfoque. O relevante não é a subsunção do fato típico, mas a identificação do autor da conduta e dos motivos que o levaram a assim agir, a identificação das pessoas atingidas pela conduta lesiva (vítimas diretas e indiretas), quais valores foram violados, quais necessidades foram geradas, e como se pode desenhar um novo contorno de convivência para todos os envolvidos, incluindo aqueles que compõem as redes de relacionamentos, tratando do trauma social com um olhar para o futuro das relações, como uma oportunidade de conscientização e crescimento para todos, trabalhando por uma pacificação social efetiva e substancial, prevenindo novos conflitos.

Em outras palavras, o objetivo da JR é contribuir com a harmonização social por meio de uma nova abordagem dos conflitos, possibilitando a transformação anímica das relações por meio da construção de ambientes seguros nos quais as pessoas afetadas, direta ou indiretamente (vítimas, ofensores, comunidade), possam compartilhar seus sentimentos e suas histórias de maneira sincera e destemida, apontando para as necessidades que tenham surgido em razão da conduta danosa. Buscam-se, no enfoque restaurativo,

novas abordagens, compreensão e resposta às infrações, conflitos e situações-problema, bem como ao redesenho de abordagens pedagógicas, psicossociais, socioeducativas e penais, baseadas em elementos restaurativos, tais como: (a) a participação dos envolvidos, (b) a participação das comunidades, (c) o foco na reparação dos danos e (d) o foco na (co)responsabilização. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Por isso,

as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (art. 1º, III, da Resolução n. 225 do CNJ).

Necessário, ainda, reforçar outros pontos de diferença entre a Justiça Punitiva e a JR. Ao contrário do tradicional sistema punitivo (retributivo), ao qual estamos acostumados e que aprendemos a aplicar, a JR não se baseia na lógica de responsabilidade individual *passiva*, em que o indivíduo se limita a cumprir a pena que lhe foi aplicada ao final do processo e se considera quite com a sociedade. Na JR há uma participação *ativa* do autor do fato, que passa a se responsabilizar e, assim, se engajar, por meio de um processo dialógico e estruturado, na construção da melhor solução para a harmonização do caso, conjuntamente com a vítima e com a comunidade, visando restaurar os laços rompidos com a prática do crime.

Ademais, diferentemente do sistema penal tradicional, que foca no crime cometido e na violação da norma (portanto, com enfoque *no passado*), a JR tem seus olhos voltados para o *futuro*, visando transformar a sociedade por meio da reconstrução dos laços rompidos com a conduta, edificando caminhos de convivência que sejam bons para os envolvidos e para a comunidade. Outro ponto é que a vítima e suas necessidades possuem papel central na JR, enquanto no sistema tradicional é colocada à margem dos debates processuais e não participa da solução dada ao conflito, ficando relegada, na imensa maioria das vezes, a mero meio de prova.

Para a aplicação da JR, impõe-se que o autor do fato danoso assuma a responsabilidade pela sua conduta, com uma postura ativa no sentido de olhar para os malefícios causados com o seu agir, tanto com relação à vítima como para a comunidade. Da mesma forma, é necessário que seja apontada a corresponsabilidade social da conduta. Por isso, a Resolução CNJ n. 225/2016 assevera que as práticas restaurativas devem focar “a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso” (art. 1º, III). A JR tem um viés que preza por “envolvimento ativo, a participação e a responsabilidade (individual e coletiva), por meio de dinâmicas dialógicas, e não punitivas, não calcadas no poder sobre o outro, mas sim com o outro” (PENIDO; MUMME, 2014). Por isso, a JR

não é uma forma de aplicação de justiça baseada no modelo processual tradicional, com enfoque punitivo. Trata-se de “outra forma paradigmática e fundante de se fazer justiça”, insatisfeita com o modelo punitivo tradicional, “que não lida de modo efetivo com as causas e com as consequências da ação que ocasiona dano a outrem, e dessa forma não tem se mostrado uma estratégia eficaz para lidar com a violência” (PENIDO; MUMME, 2014). Assim, a JR busca se afastar da vetusta fórmula, seguida há séculos, de “responder à violência do delito com uma violência estatal, aquela da pena prevista na lei” (SALMASO, 2016).

Com essa abordagem, conforme consta na introdução da Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal*, propicia-se uma oportunidade para que as vítimas obtenham reparação, sintam-se empoderadas e possam superar o problema, ao mesmo tempo que permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento, com assunção de responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilitando à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, promovendo o bem-estar comunitário e, por consequência, a prevenção da criminalidade.

Com base na lição de Howard Zehr (2012), os quadros a seguir apontam algumas das diferenças entre a Justiça Criminal tradicional e a JR:

Quadro 1 · Algumas diferenças entre Justiça Criminal tradicional e JR

Duas visões diferentes	
Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
O crime é uma violação da lei e do Estado	O crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos
As violações geram culpa	As violações geram obrigações
A Justiça exige que o Estado determine a culpa e imponha uma punição (sofrimento)	A Justiça envolve vítimas, ofensores e membros da comunidade num esforço comum para corrigir a situação
Foco central: os ofensores devem receber o que merecem	Foco central: as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor de reparar o dano cometido

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 96).

Quadro 2 · Três perguntas diferentes

Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
Que leis foram infringidas?	Quem sofreu danos e quais valores foram violados?
Quem fez isso?	Quais são suas necessidades?
O que o ofensor merece?	De quem é a obrigação de suprir essas necessidades?

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 97).

Embora seja inviável neste estudo uma análise de todas as dimensões, eixos, valores e principiologia da JR, é necessário estabelecer, em rápida síntese, algumas balizas iniciais, para que a essência dessa política pública não seja desvirtuada. Em especial, importante delimitar *o que não é* a JR, afastando alguns preconceitos que decorrem do desconhecimento do tema. Conforme exposto acima, a JR não significa, em hipótese alguma, impunidade ou “passar a mão na cabeça” do autor do fato. Embora não signifique “bater na cabeça do autor do fato”, a JR se fundamenta sobre a lógica mais ampla de responsabilidade individual-ativa e corresponsabilidade da família, da comunidade e das instituições. Outro ponto importante é que a JR não se confunde com uma técnica de solução de conflitos ou se limita a ser apenas isso. Vê-la assim seria reduzir e limitar demasiadamente seu escopo e conteúdo, além de esvaziar sua potência transformadora, ensejando um grande risco de desvirtuamento (PENIDO; MUMME, 2014). A JR deve ser vista como um verdadeiro e legítimo instrumento de transformação social, que “busca lançar luz nas estruturas e dinâmicas sociais e institucionais violentas e desumanas” (SALMASO, 2016). As medidas despenalizadoras em si, como as penas restritivas de direito, também não são JR, pois não são voluntárias nem representam formas genuínas de autorresponsabilização na busca de reparação do dano. A JR tem sido considerada uma *alternativa ao processo penal* – pois fora do sistema punitivo e de sua lógica –, e não uma *alternativa penal*, sem perder de vista “que as suas práticas qualificam, de forma mais humana, o penal e as alternativas penais” (SALMASO, 2016). Observa-se que a JR não tem como objetivo principal o perdão ou a reconciliação, uma vez que, embora tais resultados sejam possíveis, não é imprescindível que ocorram (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A Justiça Restaurativa busca “a reparação do dano e a recomposição do tecido social rompido pelo conflito” (art. 1º, III, da Resolução CNJ n. 225/2016), de modo que não é imprescindível a existência de vítima determinada. Assim, a JR, embora se preocupe ativamente com a vítima concreta, pode se aplicar para qualquer conduta em que o tecido social foi rompido, ainda que não haja uma vítima individualizável, como, por exemplo, nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, de lesão ao meio ambiente e de dano ao patrimônio público. Nesse caso, emerge a necessidade de reflexão, pelo ofensor e pela comunidade, de suas responsabilidades (SALMASO, 2016).

Feitos esses esclarecimentos iniciais, a JR pode ser definida, nos termos do art. 1º da Resolução n. 225 do CNJ, como

um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.⁶

Essa definição mais ampla e de força expansiva visa afastar o engessamento da JR e permitir que toda sua potência transformadora se desenvolva como política pública. A definição sugere de forma clara que a implementação deve abranger ações

6 O Conselho Econômico e Social da ONU, por meio da Resolução n. 2002/12, define o processo restaurativo como “qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”.

que abarquem as três dimensões do conflito e da violência, que são interligadas: (I) *relacional*, que considera a forma como o conflito atinge o relacionamento entre as pessoas afetadas direta ou indiretamente, abrangendo um conjunto de técnicas de solução de conflitos;⁷ (II) *institucional*, com foco nas instituições e suas ambiências, para que suas estruturas e culturas reinantes – hierárquicas, punitivas e excludentes – não retroalimentem a situação de violência; (III) *social*, ao analisar a responsabilidade individual e coletiva pela violência e buscando transformar a comunidade a partir de suas necessidades (PENIDO; MUMME, 2014).⁸ Essa dimensão social aponta para a corresponsabilidade da sociedade e dos poderes públicos para resolução do problema da violência, sendo, portanto, uma construção coletiva, apta a espriar os valores da JR por toda a sociedade. Deve haver, assim, a participação de toda a comunidade, incluindo as instituições públicas e privadas, bem como a sociedade civil, para disseminação das práticas restaurativas, criando uma nova lógica de diálogo social e comunitário. A JR traz todos os envolvidos para o diálogo, estimulando a interdisciplinaridade, com a participação ativa de todas as instituições afetadas ou com algum poder de ação no caso concreto, razão pela qual todos participam da própria elaboração do plano de ação. A JR, portanto, vai além da lógica vítima-ofensor, devendo estar aberta à participação social e trazendo a comunidade para o debate. Se a JR não tiver a sua base fundada *na* comunidade e *para* a comunidade, ela perderá sua essência. Em razão da importância dessa dimensão, são fundamentais a constituição e o fortalecimento de uma rede de contatos dentro da estrutura social, que serão parceiros do projeto de Justiça Restaurativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). É o que Penido e Mumme chamam de “Rede de Apoio”, ou seja, a articulação entre as entidades de atendimento, com o estabelecimento de fluxos e procedimentos, que sejam efetivos em dar conta das necessidades desveladas nos referidos procedimentos (PENIDO; MUMME, 2014). Assim, essa Rede de Apoio ou de Garantia de Direitos visa “dar suporte às necessidades das mais variadas ordens, que aparecem nos procedimentos restaurativos”, seja de ofensores, de vítimas, das famílias ou da própria comunidade (SALMASO, 2016). Enfim, essas três dimensões – relacional, institucional e social – devem ser pensadas e trabalhadas conjuntamente e de maneira integrada, para não se perder a própria condição de efetividade da JR.

3.2 · PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Sobre os princípios que orientam a Justiça Restaurativa, o art. 2º da Resolução n. 225 do CNJ dispõe que são os seguintes: os princípios da corresponsabilidade, da reparação dos danos, do atendimento às necessidades de todos os envolvidos, da

7 Segundo a Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal*, os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (item I.2). Segundo o CNJ, no Brasil algumas metodologias desenvolvidas por instituições são os Círculos, as Conferências de grupos familiares e a Mediação Vítima Ofensor Comunidade (MVO), sendo possível a sua mescla em um mesmo caso, à luz das necessidades deste (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Destaque-se que “o processo circular tem sido aquele mais utilizado no Brasil” (SALMASO, 2016).

8 Por comunidade entende-se: “i) a rede de afeto (familiares, pessoas de confiança) das pessoas envolvidas em cada caso; ii) pessoas representantes de instituições públicas e/ou privada” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

informalidade, da voluntariedade, da imparcialidade, da participação, do empoderamento, da consensualidade, da confidencialidade, da celeridade e da urbanidade.

Segundo o CNJ (2020), a *corresponsabilidade* pressupõe “a assunção da responsabilidade por todas as pessoas que integram uma prática restaurativa”. A *reparação dos danos* significa a “busca por restaurar os danos afetados no conflito e pode ser de ordem material (como indenização, conserto, devolução, etc.) ou emocional (como escuta ativa sobre os danos causados e pedido de desculpas)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). O *atendimento à necessidade dos envolvidos* “requer a atenção para que todos os sujeitos envolvidos sejam igualmente considerados em suas individualidades, autonomia e necessidades frente ao caso trazido à esfera restaurativa” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *informalidade* “se contrapõe ao extremo rigor dos processos judiciais, atendo-se à liberdade de ação e palavra dos seus protagonistas e por um estilo consensuado com o qual as pessoas buscam se relacionar em prol de uma solução para os seus dilemas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *voluntariedade* pressupõe “participação espontânea de todas as pessoas, bem como a possibilidade de que interrompam o procedimento a qualquer tempo, cientes da responsabilidade dos seus atos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *imparcialidade* se refere à “atitude que deve ter o facilitador quanto a não favorecer nenhuma das pessoas. O facilitador deve se eximir de dar respostas ou sugerir soluções, que possa ser interpretado como a beneficiar uma das partes” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Para tanto, devem ser adequadamente capacitados. O princípio da *participação* ressalta a “importância de que todas as pessoas que integram uma prática restaurativa tenham igual condição de participar do procedimento, respeitados em suas manifestações” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). O *empoderamento* indica que todas as pessoas envolvidas devem se sentir igualmente importantes, tendo autonomia para expressar livremente seus sentimentos e a sua visão da história, “da sua maneira e com os sentidos que considere necessários, além de que pressupõe também o direito de aceitar ou não participar de uma prática restaurativa, aceitar ou não o pedido de desculpas ou acordo proposto pela outra parte” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *consensualidade* significa que se deve buscar “por uma negociação pacífica e abertura dos envolvidos para se chegar a uma solução justa e harmônica” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *confidencialidade* pressupõe que os assuntos tratados no procedimento restaurativo sejam considerados privados e sigilosos, não podendo ser utilizados em processos posteriores. A *celeridade* busca a solução do conflito dentro de um prazo razoável, evitando que a demora impeça a resolução do conflito ou mesmo o potencialize. Por fim, o princípio da *urbanidade* impõe o respeito ao outro no curso do procedimento restaurativo, com a promoção da escuta ativa, da cordialidade e da dignidade de todos os envolvidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Segundo os *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal* da ONU, os “processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor”.⁹

9 Item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal*.

Portanto, somente se houver justa causa e consentimento da vítima e do ofensor é que é admissível derivar o caso ao processo restaurativo. Inclusive, a qualquer momento a vítima e o ofensor podem revogar o consentimento dado para participar do processo restaurativo (voluntariedade).¹⁰ Ademais, para que o conflito possa ser trabalhado no âmbito da JR, é necessário que as partes “reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial”, conforme art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ. Esse dispositivo é inspirado no item 8 dos *Princípios da ONU*, que afirma que a “vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo”. Ademais, o § 3º do art. 2º da Resolução n. 225 do CNJ prevê que os participantes “devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento”. Ainda, o § 4º do art. 2º da Resolução n. 225 prevê que “todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro”. Por fim, o “acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos” (art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ).

3.3 · VANTAGENS DA DERIVAÇÃO PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Há diversas vantagens na utilização da Justiça Restaurativa. Há aquelas que são inerentes aos métodos consensuais de solução de conflitos, tais como a flexibilidade sobre o procedimento, a maior privacidade, o cumprimento espontâneo das combinações ajustadas e a maior satisfação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Ademais, há aquelas próprias da JR, que são: (I) olhar para as necessidades dos envolvidos; (II) centralidade do papel da vítima, evitando a sua revitimização; (III) atenção aos interesses da coletividade, que se reapropria do conflito e da resolução do conflito; (IV) solução do caso a partir do diálogo; (V) reconstrução dos laços sociais rompidos; (VI) responsabilidade ativa do autor da ofensa; (VII) compreensão estrutural e análise da violência a partir de suas raízes, permitindo modificações nas dimensões relacional, institucional e social; (VIII) olhar para o futuro, permitindo melhor relação entre os envolvidos; (IX) formação de sujeitos de direitos, como uma forma de favorecer a educação para a cidadania (BOONEN, 2011); (X) diminuição da probabilidade de ofensas futuras. Estudos mostram que círculos restaurativos no Canadá reduziram em mais de 70% a reincidência (WILSON; CORTONI; MCWHINNIE, 2009); (XI) alto índice de satisfação dos envolvidos (tanto ofensores quanto vítima), chegando a mais de 90% em Porto Alegre (BOONEN, 2011).

¹⁰ Art. 2º, § 2º, da Resolução n. 225 do CNJ e item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal*.

3.4 · GARANTIAS DE UM PROCEDIMENTO JUSTO

A aplicação da JR também deve observar as garantias processuais fundamentais que assegurem um tratamento justo – *fair trial* – ao ofensor e à vítima, nos termos do art. 13 da Resolução n. 2002/12 da ONU e da Resolução n. 225 do CNJ. Essas garantias, embora possam ser inspiradas na tradição do devido processo legal, certamente precisam ser moldadas e adaptadas para a JR. Podem ser apontadas as seguintes garantias básicas desse modelo, aplicáveis às partes do processo restaurativo, em especial ao autor da conduta e à vítima: (I) a voluntariedade e o prévio consentimento, livre e espontâneo, na participação, sendo assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo, e sendo vedado qualquer meio de coação ou indução por meios desleais a sua participação e aceitação dos resultados do processo (item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ); (II) antes de concordarem em participar de um processo restaurativo, o direito de serem integralmente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão (item 13, *b*, e item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (III) direito de receberem aconselhamento jurídico a qualquer momento durante qualquer estágio do processo restaurativo (item 13, *a*, da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 2º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ); (IV) quando necessário, as partes devem ter direito à tradução ou ao uso de intérpretes (item 13, *a*, e item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (V) que o resultado do processo restaurativo seja pactuado de maneira voluntária e contenha somente obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU, item 31 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ); (VI) direito de serem acompanhados por pessoas de sua confiança e, em caso de menores, ter assistência de seus pais ou responsáveis legais (item 13, *a*, da Resolução n. 2002/12 da ONU); (VII) que os resultados dos processos restaurativos sejam supervisionados judicialmente, quando apropriado, e que o resultado tenha o mesmo valor de uma decisão ou julgamento, extinguindo o processo em relação aos mesmos fatos (item 15 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (VIII) que as questões tratadas no bojo do processo restaurativo, não conduzidas publicamente, sejam confidenciais e não sejam divulgadas, exceto se consentirem as partes (item 14 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (IX) em qualquer caso, as manifestações das partes e as questões tratadas no bojo do processo restaurativo estão garantidas pela confidencialidade e não poderão ser usadas no processo penal, seja para majoração da pena ou como elemento de prova (art. 8º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ e item 14 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa); assim, o que for tratado nos procedimentos restaurativos não se comunica com o feito criminal, a não ser a solução do caso dado pelas partes, de maneira consensual, por meio de um acordo; (X) a participação do infrator não pode ser usada como prova de admissão da culpa em processos legais subsequentes (item 8 da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ); (XI) o insucesso do processo restaurativo não poderá ser usado, por si, no processo penal subsequente, inclusive sendo vedada a sua utilização como justificativa para uma pena mais severa (itens 16 e 17 da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 8º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ); (XII) os facilitadores devem ser qualificados e

capacitados e possuir um bom entendimento das culturas e comunidades locais (item 19 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (XIII) os facilitadores devem atuar de forma imparcial, respeitando a dignidade das partes e criando um ambiente seguro e confortável para todos; nessa função, os facilitadores devem garantir que as partes atuem com respeito mútuo e que possam chegar a uma solução relevante ao caso (item 18 da Resolução n. 2002/12 da ONU e itens 26 e 27 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa); as partes devem ser “auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro” (art. 2º, § 4º, da Resolução n. 225 do CNJ); o mais importante, entretanto, não é o acordo, mas sim toda a dinâmica construída no encontro e nos diálogos vivenciados, as experiências trocadas, com o que o acordo pode ser uma decorrência de todo esse processo; (XIV) as partes têm o direito à segurança, seja na decisão de derivar o caso ao processo restaurativo, seja durante sua condução (item 10 da Resolução n. 2002/12 da ONU), bem como de serem tratadas de forma justa e digna, com mútuo respeito.

É importante destacar que os responsáveis pela observância de todas essas garantias e de um procedimento justo são os facilitadores e a equipe de apoio, assim como o magistrado, ao fiscalizar eventual acordo restaurativo.

3.5 · PROCEDIMENTO RESTAURATIVO

Lancemos, nesse passo, um olhar sobre como o procedimento restaurativo foi disciplinado pela Resolução n. 225 do CNJ, à luz dos princípios, dos métodos, das técnicas e das atividades próprias da JR. Buscaremos responder às perguntas básicas: o que é um procedimento restaurativo? Quem deve participar? Onde deve ocorrer? Quem deve conduzi-lo? Como deve ser conduzido? Qual o seu resultado?

O que é um procedimento restaurativo? Não há um único procedimento restaurativo possível, havendo grande flexibilidade no tema. O art. 8º da Resolução n. 225 do CNJ esclarece:

Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direitos local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.

No Brasil, em geral, é bastante utilizada a metodologia do Processo Circular.

Quem deve participar do procedimento restaurativo? Podem fazer parte o ofensor, a vítima, seus familiares e apoiadores (ou seja, aqueles que podem apoiar os envolvidos e contribuir para que não haja recidiva), além de representantes da comunidade atingidos direta ou indiretamente pelo fato, e um ou mais facilitadores restaurativos (art. 1º, I, da Resolução n. 225 do CNJ). Não se mostra aconselhável a participação de agentes estatais encarregados da persecução penal nem de qualquer autoridade do sistema de justiça, a não ser se atingidos pela conduta delitiva e nessa qualidade (vítima), ou como membro da comunidade.

A participação da vítima é de grande centralidade, porém tem natureza facultativa, em razão da voluntariedade e, também, da preocupação em preservá-la, o que não obsta que ocorra o procedimento restaurativo. A vítima pode, inclusive,

participar de maneira indireta, fazendo-se representar por um familiar ou amigo próximo, bem como através de outras formas de comunicação, tais como uma carta ou um vídeo gravado. Também é possível a presença de uma vítima emprestada, ou seja, alguém que tenha sido vítima em hipótese semelhante ou que ocupe um lugar de fala na estrutura de um ente jurídico lesado pela conduta. Ademais, conforme dito, o fato de não haver uma vítima determinada, como ocorre em alguns crimes (contra o meio ambiente, envolvendo drogas, etc.), tampouco é fator impeditivo para as práticas restaurativas.

Sobre o local *onde deve* ocorrer, a JR não deve, na medida do possível, ser conduzida em ambiências hierárquicas e verticais. Ao contrário, deve ocorrer em locais próprios, em espaços “adequados e seguros” (arts. 6º e 11 da Resolução n. 225 do CNJ), ou seja, em verdadeiros “polos irradiadores” que possam efetivar “uma mudança de paradigma que sustente as ações em curso e dê condições para a sua expansão”. Tais polos irradiadores – com participação direta ou indireta do Judiciário – são locais “que recebem a proposta, inovando a prática de resolução de conflito, que visa, em última instância, à harmonização justa dos conflitos nas três dimensões – relacional, institucional e social –, por meio da implementação da Justiça Restaurativa” (PENIDO; MUMME, 2014). Esses polos irradiadores são as unidades de JR, que visam dar segurança física e jurídica aos envolvidos. Inclusive, a Resolução n. 225 do CNJ determina que os tribunais devam destinar “espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, que deve ser estruturado de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade” (art. 6º da Resolução n. 225 do CNJ). Nesses espaços deve haver um magistrado responsável pela coordenação dos serviços e da estrutura, que deve contar, ainda, com pessoal de apoio administrativo.

Quem deverá conduzir o procedimento restaurativo é o facilitador restaurativo, que é uma “pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002). Esse facilitador deve ser devidamente qualificado e capacitado em cursos de formação teórica e prática em JR (nos termos dos arts. 13, 16 e 17 da Resolução n. 225 do CNJ), e atuar de maneira imparcial. Suas relevantes atribuições na condução do procedimento estão indicadas no art. 14 da Resolução n. 225 do CNJ – dentre elas, criar um ambiente seguro para o diálogo e para a compreensão do conflito em toda sua dimensão, redigir o termo de acordo, quando obtido, ou atestar o insucesso, entre outras. As vedações impostas ao facilitador estão indicadas no art. 15 – dentre elas, prestar depoimento em juízo sobre as informações obtidas no procedimento restaurativo bem como relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do sistema de justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob pena de praticar o delito previsto no art. 154 do Código Penal. Sempre que possível, o facilitador deve ser auxiliado por equipes técnicas de apoio interdisciplinar. Não pode o membro do Ministério Público ou o juiz, enquanto agentes estatais envolvidos na persecução, conduzir as práticas restaurativas ou delas participar. Os facilitadores e a sua equipe de apoio devem possuir suficiente autonomia para conduzir as práticas restaurativas, embora devam

ser monitorados pelos órgãos competentes (itens 20 e 21 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa).

Como deve ser esse procedimento restaurativo? O ponto comum em todos os procedimentos é “o encontro ordenado e espontâneo entre a vítima e o ofensor e pessoas direta e indiretamente afetadas (da família e da comunidade) que podem apoiá-los e se corresponsabilizarem pela não recidiva na situação conflitiva” (PENIDO; MUMME, 2014), sempre sob a coordenação de um ou mais facilitadores. Nesse encontro, os envolvidos poderão contar suas histórias de vida e também com relação ao fato ocorrido, revelar sentimentos e necessidades, conectando-se em suas humanidades dentro de uma dinâmica de construção coletiva de um ambiente seguro e propício para o reconhecimento de ânimos e intenções. É um espaço em que as pessoas, em comunidade, narram e contam sua experiência e depois começam a pensar no impacto daquele fato em suas vidas. A função desse procedimento não é julgar ou “apontar o dedo” – transformando-se em um “tribunal circular” (SALMASO, 2016) –, mas sim permitir que os envolvidos dialoguem a partir de seus sentimentos e indiquem as suas necessidades, sem prejudgamentos, construindo coletivamente a solução do caso. Permite-se que o agente possa ter contato com o mal (físico e/ou anímico) que causou à(s) vítima(s), e esta(s) possa(m) compreender o contexto com que aquele se deparava quando praticou o ato danoso. A ideia é ajudar a pessoa que cometeu o ato a entender o mal que causou a outras pessoas, para que, a partir de então, de um movimento interno e voluntário, possa escolher ser protagonista da reconstrução de sua história. Nesse sentido, o art. 8º, §§ 1º e 2º, da Resolução n. 225 do CNJ afirma que o “facilitador restaurativo coordenará os trabalhos de escuta e diálogo entre os envolvidos, por meio da utilização de métodos consensuais na forma autocompositiva de resolução de conflitos, próprias da Justiça Restaurativa”. O facilitador deve ressaltar durante os procedimentos restaurativos, nos termos do art. 8º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ: (I) o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão; (II) o entendimento das causas que contribuíram para o conflito; (III) as consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar; (IV) o valor social da norma violada pelo conflito.

Ademais, o facilitador restaurativo atua buscando criar “ambiente propício para que os envolvidos promovam a pactuação da reparação do dano e das medidas necessárias para que não haja recidiva do conflito, mediante atendimento das necessidades dos participantes das sessões restaurativas” (art. 8º, § 2º, da Resolução n. 225 do CNJ).

Sobre o *resultado* do procedimento restaurativo, é possível que as partes firmem um acordo em que todos, voluntariamente, pactuem a reparação do dano e as medidas necessárias para a transformação das relações sociais rompidas. Esse acordo, conforme visto, deve prever obrigações razoáveis e proporcionais e, ainda, observar a dignidade de todos os envolvidos. Uma vez assinado o acordo, será colhido o parecer do Ministério Público, e o procedimento será encaminhado para homologação pelo magistrado responsável, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 8º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ). Ademais, o art. 8º, § 4º, da Resolução n. 225 prevê que se junte aos autos do processo uma breve memória da sessão, que consiste na anotação dos nomes das pessoas que estiveram presentes e do plano de ação

com os acordos estabelecidos. Devem ser preservados os princípios do sigilo e da confidencialidade, com exceção feita a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes, exigida por lei, ou a situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes. Em caso de insucesso, veda-se a utilização do conteúdo do procedimento restaurativo como causa de majoração de eventual pena ou, ainda, a utilização das informações como meio de prova.

Destaque-se, por oportuno, que a Resolução CNJ n. 300, de 29 de novembro de 2019, além de criar o Fórum Nacional de Justiça Restaurativa, alterou a Resolução n. 225 para impor a todos os tribunais do País (Justiça Estadual e Justiça Federal) a apresentação ao CNJ, no prazo de 180 dias, de um plano de implantação, difusão e expansão da JR, contendo, entre outros pontos, a implementação e/ou estruturação de um Órgão Central de Macrogestão e Coordenação, com estrutura e pessoal para a adequada consecução dos trabalhos de fomento da política pública.

4 · O ANPP COMO OPORTUNIDADE DE DERIVAÇÃO PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Relevante ressaltar, mais uma vez, que há mais diferenças do que semelhanças entre os institutos. A primordial diferença é de essência: o ANPP se insere de maneira mais próxima na lógica tradicional do paradigma punitivo, em que se impõe a punição como forma de resposta a um comportamento indesejado, de responsabilização individual passiva (SALMASO, 2016) e atribuição de culpa, a partir da ideia de que o crime é uma lesão às normas estatais, sendo a função da pena retributiva e preventiva. Por sua vez, a JR se baseia na premissa de responsabilização individual ativa e corresponsabilidade coletiva, centrada na ideia de que o crime, ou ato danoso, viola os valores e cinde os laços sociais, de sorte que é necessária a reconstrução desse tecido, visando lidar com os vários fatores da violência. A genética de ambos é distinta, portanto. No âmbito da JR, aquele fato e todas as pessoas envolvidas naquela teia de relações são vistos com um olhar diferenciado. Não se trata de mais um processo a ser resolvido, mas sim de relações que merecem uma atenção própria, atenta e cuidadosa, *o processo* a ser resolvido.

Feito o delineamento básico do ANPP e da JR, é o momento de se verificar se é possível ao ANPP ser uma “porta de entrada” para a JR e, em caso positivo, como isso pode ocorrer.

A primeira resposta é positiva. O ANPP é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, que abre uma grande janela de oportunidade para aplicação da JR,¹¹ em especial pela enorme gama de infrações penais que podem ser objeto do acordo. Isso não significa que essa seja a “única porta de entrada” para a utilização da JR no âmbito penal, mas representa uma alvissareira hipótese de autorização do ordenamento jurídico para a derivação de casos para esse novo

11 A princípio, a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal não se mostram impeditivos da derivação em qualquer hipótese, podendo a Justiça Restaurativa ter lugar para qualquer crime, uma vez que a experiência revela que quanto maior o dano, maior é o potencial da transformação. Sabe-se, entretanto, que essa visão não é unânime, e para fins do alcance prática e efetivo ora pretendido, o ANPP revela uma grande janela de oportunidade para a aplicação da Justiça Restaurativa.

modelo de aplicação de Justiça.¹² Isso foi reconhecido, inclusive, recentemente, na I Jornada de Direito e Processo Penal, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) entre 10 e 14 de agosto de 2020, oportunidade em que foi aprovado o Enunciado n. 28, com o seguinte teor: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP”.¹³

Também se deve estar sempre atento ao “canto da sereia”, representado pela ameaça de que a JR seja cooptada pelo modelo tradicional de persecução, reforçando padrões de violência e suas causas. Deve-se, assim, evitar caminhos que possibilitem riscos de desvirtuamento, engessamento, personificação e monopólio que podem incidir sobre a prática (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Por isso, nesse ponto, quatro advertências são necessárias. Primeira, que, em tema de JR, deve-se sempre manter o compromisso com essa potência transformadora “e não fazer concessões para a busca de resultados fáceis”. Com isso se evita que ocorra o desvirtuamento da essência da JR (PENIDO; MUMME, 2014). Segunda, que no campo da violência não há soluções baseadas em *fast food* ou analgésicas, mas sim por meio da implementação de uma cultura de paz consubstanciada nas dimensões relacionais, institucionais e sociais (PENIDO; MUMME, 2014). Terceira, os operadores devem evitar se transformar em “rábulas da JR”, aplicando-a apenas como mero procedimento de resolução de conflitos, sem consideração de sua principiologia, seus valores e suas dimensões. A JR é uma política pública transformadora, com princípios, valores e metodologia próprios, indo muito além da finalidade de solucionar um conflito. E a quarta advertência, para que não se percam as características essenciais da JR, deve haver um “exercício contínuo e sistemático de reflexão e ação” (PENIDO; MUMME, 2014). Portanto, as propostas que serão feitas, no tocante à aplicação da JR, não significam um caminho fechado e terminado, mas, ao contrário, algo aberto e em construção, que merece sempre reflexão contínua, visando a seu aperfeiçoamento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Como, então, fazer essa adaptação e essa operacionalização? Aqui estamos diante de um dos pontos mais sensíveis, que se consubstancia em como fazer a derivação do caso concreto para a JR. Toda atenção é necessária sobre tais etapas e sobre o fluxo a ser desenvolvido.

Tendo em vista que o ANPP é negociado pelo Ministério Público, o primeiro ponto é o promotor ou o procurador da República verificar, durante as tratativas,

12 Os considerandos da Resolução n. 225 do CNJ permitem outras “portas de entrada”, como a Lei n. 9.099/1995 e a Lei n. 12.594/2013. Veja: “CONSIDERANDO que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais; CONSIDERANDO que o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 estabelece, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas; [...]”.

13 Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a.

três pontos preliminares: (I) preenchidos os requisitos legais do ANPP, se o caso se mostra adequado a ser derivado para a JR; (II) se já existem projetos de JR implantados na comarca ou subseção judiciária; (III) se o autor do fato e a vítima têm interesse em participar do procedimento restaurativo.

Vejamos separadamente.

Sobre a adequação do caso à JR, é importante destacar que a questão diz menos respeito à natureza do crime e mais às questões pertinentes aos envolvidos no conflito. Em tese, praticamente todos os crimes passíveis de ANPP autorizam a derivação para a JR, não existindo uma seleção apriorística das condutas que podem ser trabalhadas. Há, no entanto, alguns tipos de crimes em que a JR poderá ter um potencial transformador mais efetivo do que em outros. Na análise da adequação da derivação do caso à JR podem ser apontados alguns parâmetros. O sucesso da derivação depende mais de considerações pessoais, como atitudes das partes, sentimentos, motivações e situações sociais, do que propriamente as características formais do tipo de crime (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Respeitados os requisitos legais para o ANPP, é possível a aplicação da JR para os mais variados casos. Conforme já foi dito, mesmo nas hipóteses em que não há vítima determinada, como nos crimes praticados contra o meio ambiente, o caso pode ser derivado para a JR. Alguns critérios podem auxiliar o membro do MP a fazer o juízo de adequação da derivação. Boonen afirma que, em geral, os autores que estudam o tema entendem quatro condições necessárias para que o ofensor possa acessar o procedimento restaurativo (BOONEN, 2011): (I) confrontar-se com o ato e com suas consequências, a partir de sua perspectiva e do outro; (II) assumir a responsabilidade pelo fato; (III) assumir as consequências do dano causado; (IV) adotar mecanismos de restauração.

Interessante que nada impede que o magistrado provoque o MP sobre a adequação da JR ao caso concreto. O magistrado, embora não possa interferir no mérito do ANPP, exerce o poder de fiscalização do acordo e – relevante para o presente caso – o de estímulo à atividade das partes em firmar acordos. Como lembra Antonio do Passo Cabral, a partir dessa atividade de incentivo e de sua função de fomento aos acordos, incidem também os deveres de diálogo (ou engajamento no debate), esclarecimento e consulta (CABRAL, 2018). Justamente com base nesse poder de estímulo é que o magistrado pode intimar o MP para que se manifeste sobre a possibilidade de se valer da JR no âmbito do ANPP. Da mesma forma, a vítima e o autor do fato também podem solicitar ao MP que derive o caso à JR. Portanto, embora a decisão final de derivação para a JR no âmbito do ANPP seja do membro do MP, nada impede que seja estimulado a tanto pelo juiz ou pelos interessados.

Respondida positivamente a primeira indagação – sobre a adequação da JR –, urge, então, verificar se há núcleos de JR na localidade. Esses núcleos funcionam como os “polos irradiadores”, ou seja, espaços que implementam os programas de JR à luz das três dimensões já mencionadas (relacional, institucional e social) (PENIDO; MUMME, 2014). Em geral, são vinculados, direta ou indiretamente, ao Poder Judiciário e à equipe técnico-científica e coordenados por magistrados, nos termos do art. 5º da Resolução n. 225 do CNJ. Nesse sentido, no âmbito da Justiça Federal foi criado, em dezembro de 2019, o Centro de Justiça Restaurativa (Cejure), órgão vinculado à Diretoria do Foro com atuação em primeiro grau em toda a Seção Judiciária de São Paulo.

Em seguida, deve-se indagar se o autor do fato, voluntária e conscientemente, quer participar do procedimento restaurativo.¹⁴ Essa decisão, conforme repisado em várias oportunidades, deve ser voluntária e plenamente informada. Isso significa que as partes e seus advogados devem ser informados adequadamente sobre seus direitos, a natureza do procedimento e as possíveis consequências das decisões e dos acordos ali firmados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Por isso, se uma das partes envolvidas não for capaz de compreender o significado do processo restaurativo, não se deve derivar o caso à JR, conforme o item 13 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Não se pode impor, direta ou indiretamente, ao autor do fato que se submeta ao procedimento restaurativo, sob pena de haver um vício de origem e o desvirtuamento da JR. A presença da vítima, como já mencionado, é opcional, porém com papel central.

Aqui é importante refletir sobre a melhor forma de derivação e o momento mais indicado para contatar o autor do fato e seu defensor. Identificamos duas opções possíveis: a derivação *sem contato* e a derivação *com contato*.

Na primeira – derivação *sem contato* –, o membro do MP, ao analisar que o caso é adequado à JR, faz a derivação sem qualquer contato prévio com a vítima, com o autor do fato e seu defensor, ficando a cargo dos núcleos de JR a atribuição do contato inicial. Nesse caso, a derivação permitirá a confecção do convite oficial, a partir do próprio núcleo de JR, com o intuito de sensibilizar as partes envolvidas. Em tais núcleos há profissionais capacitados e bem treinados para iniciar o processo de apresentação da proposta restaurativa. Essa opção tem uma clara vantagem, pois evita que nessa primeira conversa o membro do Ministério Público, por falta de capacitação adequada, possa “queimar uma etapa decisiva”, desestimulando a continuidade. Mesmo com excelente capacidade técnica e com toda a boa vontade, o membro do Ministério Público, geralmente, ainda não é capacitado e treinado para as práticas restaurativas, e sua fala pode incutir uma resistência inicial à aceitação do procedimento proposto, trazendo prejuízo, muitas vezes incontornável, para o desfecho do trabalho. No entanto, a derivação “sem contato” traz um potencial risco: há a probabilidade de o autor do fato, ao receber o convite para a JR, consultar seu advogado e este desestimular a participação, caso não esteja esclarecido acerca do procedimento, ainda mais se formulado no bojo de uma negociação de ANPP. Dito de outra forma, a ausência de consulta prévia ao advogado pode amplificar a resistência à adoção da JR, em especial por desconhecimento do que representa a referida e inovadora política pública, e, ainda, por não ter o advogado participado do encaminhamento da construção da solução.

Uma segunda opção é a derivação “com contato”. Nessa, o membro do Ministério Público, entendendo que o caso é adequado à JR, faz um contato preliminar com o advogado, esclarecendo que irá encaminhar o caso para a via restaurativa. Esse contato preliminar pode ser por telefone, por e-mail ou por qualquer meio de comunicação legítimo, certificando-se nos autos. Caso o membro do MP entenda

14 Boonen, citando pesquisa feita na Justiça Restaurativa no contexto alemão, assevera que 84% dos ofensores aceitou ou desejou buscar a Justiça Restaurativa pelos seguintes motivos: (I) alcançar posição mais confortável dentro dos procedimentos processuais, (II) encerrar o processo mais rapidamente, (III) pedir desculpas para a vítima e (IV) restaurar as consequências de seus atos (BOONEN, 2011).

necessário, pode fazer uma reunião prévia, convidando o defensor e/ou o autor do fato. Nesse caso *não deve ser feita intimação formal*.¹⁵ Basta um convite, que será suficiente para atingir a formalidade mínima necessária para registro do ato. Nesse contato, o objetivo deve ser duplo. Primeiro, que o membro do MP esclareça sobre o ANPP e se desincumba de seus deveres informacionais nesse tema, conforme visto.¹⁶ O segundo – e o mais relevante para o presente estudo – é uma apresentação *superficial* do que é a JR, esclarecendo que será encaminhado o convite pelo Centro de Justiça Restaurativa e que, caso aceitem participar do procedimento restaurativo, o plano de ação firmado em tal procedimento será colocado como a *única condição* do ANPP. Não é o momento para questionar se o autor do fato possui ou não interesse em participar do procedimento de Justiça Restaurativa, pois isso será tratado pelos profissionais do Centro de Justiça Restaurativa, devidamente capacitados para oferecer a melhor abordagem possível. O objetivo do ato é informar a intenção ministerial de proceder à derivação do caso e esclarecer eventuais dúvidas. A derivação “com contato” pode se mostrar mais adequada se o autor do fato já tiver advogado durante a investigação, seja para sensibilização quanto às vantagens do procedimento, evitando uma resistência fruto do desconhecimento, seja porque, nesse caso, não haverá as dificuldades naturais de nomear um advogado para o investigado. Segundo nos parece, sempre que possível é melhor o caminho da derivação *sem contato*, pois potencializa a eficiência da JR. De qualquer sorte, o membro do MP é que deve optar pela derivação, com ou sem contato, à luz do caso concreto.

A vítima, ao nosso ver, pode ser contatada diretamente pelo Centro de Justiça Restaurativa, sendo desnecessário prévio contato pelo MP. Com isso não se quer menosprezar o papel da vítima no ANPP, mas sim permitir que ela tenha um acolhimento ainda mais adequado do que seria feito pelo membro do MP.

Em prosseguimento, o membro do MP formaliza a derivação do caso à JR, de onde sairão os convites iniciais ao autor do fato e à vítima. Nesse ponto, deve-se ter cuidado com a linguagem utilizada no envio do caso, evitando prejulgamentos ou expressões que indiquem culpabilidade. A melhor expressão para se fazer referência ao autor da conduta é “autor do fato”, nos mesmos moldes da Lei n. 9.099/1995. Ainda sobre o encaminhamento, a solicitação deve estar instruída com as principais peças procedimentais ou de cópia integral da investigação, de modo a permitir que o facilitador e a equipe técnica possam tomar contato com as peculiaridades do caso e decidir o melhor procedimento a ser tomado. Por fim, importante que a decisão de derivar o caso para a JR seja acompanhada de um razoável tempo limite dentro do qual as autoridades de justiça devem ser informadas sobre o estado do procedimento, nos termos do item 16 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

Feita a derivação, nos núcleos ou centros de JR é possível que ocorram, inclusive, os chamados “pré-círculos”, na hipótese do processo circular (que, conforme visto, tem maior incidência em âmbito nacional). Trata-se de sessões prévias, em que os

15 Diante do caráter voluntário, nem a vítima nem o autor do fato devem ser intimados para participar da Justiça Restaurativa. Nesse sentido, é expressa a vedação prevista na parte final do *caput* do art. 8º da Resolução n. 225 do CNJ: “[...] vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões”. Devem, portanto, ser *convidadas*.

16 Sobre o tema, cf. *Item 2*.

profissionais especializados e capacitados poderão esclarecer previamente as dúvidas dos envolvidos para que possam tomar uma decisão plenamente informada. Esses encontros são realizados de maneira separada com as pessoas diretamente envolvidas em cada caso (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Segundo Boonen, os pré-círculos “permitem aos facilitadores criar um quadro de condições para a vítima e o agressor participarem voluntariamente do círculo” (BOONEN, 2011). E apenas se chegará à realização do círculo quando se perceber que todos que o integrarão já estão prontos para o encontro.

Sendo positivo o resultado dos pré-círculos e havendo possibilidade de continuidade, segue-se o procedimento restaurativo rumo à realização do círculo.

Importante salientar, uma vez mais, que no decorrer da prática restaurativa não há participação ou interferência do órgão ministerial ou do juiz natural da causa na condução do procedimento restaurativo ou nos encontros circulares. Isso se deve ao fato de que a participação de tais autoridades tem alto potencial de inibir a construção do ambiente seguro para que as pessoas partilhem suas histórias e seus sentimentos mais profundos, diante de um justificado receio de utilização posterior das informações externamente, inclusive no âmbito do processo penal (SALMASO, 2016). Sobre a participação de advogados no círculo, é importante reforçar que o autor do fato tem o direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento (art. 2º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ). Assim, o autor do fato pode consultar seu advogado a qualquer momento, inclusive antes de assinar o plano de ação, construído em consenso pelas partes, bem como pode se retratar a qualquer momento, até a homologação do acordo restaurativo. No entanto, o diferencial da JR é que esta se baseia em lógica diversa da do sistema tradicional de justiça, empoderando as partes para que participem diretamente da solução do conflito e sejam os verdadeiros protagonistas, com escuta e voz ativas, e não por meio de representantes. Por essa razão, a condução é feita pelo facilitador, imparcial e qualificado para tal fim. Nas práticas restaurativas não há acusação, instrução, julgamento e muito menos aplicação de qualquer forma de sanção. Ao contrário, a solução é construída voluntária e coletivamente, de maneira dialógica e horizontal, com a participação ativa do autor do fato na construção do consenso, com suas necessidades consideradas. Em conclusão, por estarem resguardadas as prerrogativas da defesa técnica no decorrer de toda a prática restaurativa, inexistindo prejuízos aos interesses do autor do fato, a participação do advogado no pré-círculo, e no círculo em si, não é recomendável, mas, caso se mostre inevitável, deve ocorrer na condição de membro da comunidade (SALMASO, 2016).

Por sua vez, é a equipe técnica quem verificará o procedimento restaurativo mais adequado para o caso concreto (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Serão realizadas sessões restaurativas e, ao final, poderá ser obtido ou não um acordo. Segundo a Resolução n. 2002/12 da ONU,

resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo que inclui respostas e programas, tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor.

O acordo estabelecido pelos participantes da prática restaurativa conterá um plano de ação com os pactos estabelecidos, nos termos do art. 8º, § 4º, da Resolução n. 225 do CNJ. As obrigações estabelecidas não estão limitadas às penas previstas no

Código Penal ou no modelo tradicional. Pode-se, por exemplo, prever que o autor do fato reconstrua o muro que derrubou. Nesse âmbito, deve-se respeitar a autonomia das partes e a centralidade das decisões pactuadas no procedimento restaurativo, sob pena de se descaracterizar a JR. O acordo pode incluir pedidos de desculpas, plano de acompanhamento da conduta do ofensor, prestação de serviço em benefício da vítima e/ou da comunidade, reparação financeira ou qualquer outra providência acordada durante o encontro restaurativo que possa reparar o dano causado pelo autor do fato (SICA, 2007). É importante que o ofensor, de maneira ativa e consensual, responsabilize-se por reparar os danos causados à vítima e à coletividade, bem como assuma novos comportamentos e atitudes. Também a vítima pode assumir obrigações, caso ostente responsabilidade pelo ocorrido. Por vezes, a comunidade pode se comprometer a sanar falhas e omissões e também a garantir apoio ao ofensor e à vítima, por meio da Rede de Garantia de Direitos, presente no procedimento restaurativo (SALMASO, 2016).

No entanto, há alguns limites a tais acordos. Pelo que se depreende da normativa internacional e da Resolução n. 225 do CNJ, o primeiro limite é que as obrigações devam ser razoáveis e proporcionais. Não podem ter, portanto, duração excessiva. O segundo é que respeitem a dignidade de todos os envolvidos – vedando-se, assim, medidas degradantes ou humilhantes. Esses dois limites decorrem do art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ. Por fim, um terceiro limite é que os acordos não podem afrontar a lei.

Quem redige o acordo final, com suas condições e prazos, é o facilitador. Nesse documento devem constar os pontos acordados, de maneira clara e precisa, com as condutas restaurativas a serem praticadas por cada um dos participantes, garantias e consequências ante o descumprimento, a forma de acompanhamento do cumprimento, inclusive com marcação de encontros e/ou contatos telefônicos entre os envolvidos. Caso não haja acordo, o documento deverá conter apenas os dados dos participantes e a informação de que o procedimento não chegou a um acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Em razão do princípio da confidencialidade, não deve constar do documento o que se discutiu nas sessões, os motivos pelos quais não se chegou a um acordo, nem se expressar qualquer julgamento sobre o comportamento das partes durante o procedimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

O documento com o resultado do procedimento deve ser encaminhado ao Ministério Público. Não havendo acordo, o caso é devolvido para o MP, para negociação tradicional. Na hipótese de acordo restaurativo, o MP assinará o ANPP com o autor do fato e seu defensor e, eventualmente, a vítima, tendo como condição, nos termos do art. 28-A, V, do CPP, o cumprimento do plano de ação firmado. Alguns pontos se colocam nessa etapa.

Primeiro, a necessidade de o membro do Ministério Público observar estritamente o princípio da confidencialidade. Não deve se imiscuir em temas discutidos no procedimento restaurativo ou questionar acerca destes. Deve se basear no plano de ação e em eventual documentação enviada pela equipe técnica.

Segundo ponto é que o plano de ação pode envolver a corresponsabilidade de várias pessoas diversas do autor do fato. Nesse caso, somente serão objeto do ANPP as obrigações assumidas pelo autor do fato, embora isso não afaste a possibilidade de que

os corresponsáveis cumpram, no procedimento restaurativo, as condições assumidas e que o plano de ação global seja encaminhado ao juízo, juntamente com o ANPP.

Terceiro ponto é que não é possível cumular o cumprimento do plano de ação com outras condições não provenientes do procedimento restaurativo, por mais que isso se mostre tentador para o Ministério Público. A premissa da JR é que haja uma construção da solução pelos próprios envolvidos, não se podendo admitir a imposição de condições por terceiros que não participaram do procedimento, sob pena de cooptação e desvirtuamento dos princípios da JR. Ao se admitir a imposição de outras condições, diversas das pactuadas no procedimento restaurativo, estaria havendo uma mescla indevida da principiologia do sistema punitivo tradicional com a da JR, criando um *tertium genus* indevido. Ademais, haveria possível violação ao princípio do *ne bis in idem*, pela imposição de medidas de JR com medidas do sistema tradicional. Assim, somente condições acessórias e que não digam respeito ao mérito devem ser previstas, como eventual comunicação da alteração de endereço, por exemplo. É interessante e recomendável que, dentre as cláusulas do ANPP envolvendo JR, seja prevista a possibilidade de que, em caso de eventual descumprimento, as partes sejam reencaminhadas para a JR, com o intuito de buscar uma nova solução para o caso, a partir do diálogo entre os próprios interessados.

Quarto ponto é que o art. 28-A do CPP exige, como requisito legal do ANPP, que haja confissão da infração penal, em que o autor do fato reconheça a prática delitiva. É importante verificar como compatibilizar esse ponto com a JR, em especial para que a principiologia desta não seja prejudicada. Conforme dito, embora haja controvérsia no tema, a doutrina vem apontando que a finalidade maior e mais importante da confissão no ANPP é evitar que acordos sejam firmados com pessoas inocentes. Por sua vez, já foi visto que uma das premissas da JR é que o agente reconheça como verdadeiros os fatos essenciais, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, conforme se extrai do art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ. Pode-se afirmar que, em princípio, o reconhecimento dos fatos como verdadeiros e a participação no procedimento restaurativo, inclusive com a assinatura do plano de ação, são garantias mais consistentes no sentido de que não se está fazendo um acordo com um inocente do que a mera confissão. Esta, inclusive, pode ser mendaz e elaborada, em uma análise de riscos, com o único propósito de firmar o ANPP. À luz dessa interpretação teleológica, o reconhecimento dos fatos e a participação no procedimento restaurativo são, por si sós, suficientes para atingir o objetivo da confissão, tornando esse requisito preenchido. Ademais, a participação voluntária do autor do fato na construção da solução do caso, que atenda as suas necessidades e os seus interesses, assim como os de todos os envolvidos, indica que a chance de rescisão do plano de ação é bem menor do que a rescisão de um acordo entabulado de maneira negocial e com uma autoridade pública. Por isso, a controvérsia doutrinária sobre eventual utilização ou não da confissão em juízo, em caso de rescisão do acordo, tem menor relevância no campo da JR. De qualquer sorte, caso o membro do MP entenda que a confissão, detalhada e circunstanciada, seja relevante e imprescindível por algum motivo (por exemplo, para utilização em eventual ação penal futura ou em outra esfera, como na seara da improbidade), talvez a JR não seja o caminho mais adequado para o caso. Isso porque tal confissão, formal e circunstanciada, compromete a principiologia essencial da JR, já que a Resolução n. 225/2016 do CNJ, em seu art. 2º, § 1º, dispõe que o reconhecimento dos

fatos como verdadeiros, no âmbito da JR, deve ocorrer em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal e não pode implicar admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Assinado o ANPP, deve ser submetido à homologação judicial, para permitir que haja controle sobre seu conteúdo, nos termos do art. 28-A do CPP e à luz do disposto no art. 8º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ. Nesse momento, é relevante que o membro ministerial, na petição de submissão do caso à homologação ou mesmo pessoalmente, esclareça, ainda que brevemente, em que consiste a JR, visando afastar preconceitos e, especialmente, sensibilizar os magistrados sobre os potenciais de sua aplicação.

Para a homologação, a lei prevê a designação da audiência na qual o juiz deverá verificar a voluntariedade, por meio da oitiva do autor do fato, na presença do seu defensor, nos termos do art. 28-A, § 4º, do CPP. No entanto, no caso de prévio procedimento restaurativo, em que os pré-círculos e círculos tenham sido realizados dentro do próprio Poder Judiciário, no Centro ou Núcleo de Justiça Restaurativa, coordenado por um juiz, por exigência da própria Resolução n. 225/2016 do CNJ, a finalidade da audiência de homologação pode se mostrar desnecessária, visto que a condução do acordo restaurativo perante o próprio Poder Judiciário assegura a voluntariedade. De qualquer forma, caso ocorra a audiência, o magistrado deve resguardar o princípio da confidencialidade do procedimento restaurativo, focando sua atenção no plano de ação.

É relevante destacar que a atividade do Judiciário é fiscalizatória. O magistrado não pode alterar o conteúdo do acordo, seja para impor outras condições ou alterar as condições impostas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Repita-se: o juiz tem duas opções: recusar a homologação do acordo ou devolver para adequações pelas partes. A Corte Europeia de Direitos Humanos já asseverou que, em princípio, em casos envolvendo o consenso, o Judiciário tem o poder de aprovar ou rejeitar, mas não de modificar seus termos (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2014). Isso é reforçado pelo teor do art. 28-A do CPP, em especial pelo seu § 7º,¹⁷ e pelo item 18.1 da Orientação Conjunta n. 3/2018 das Câmaras do MPF. O magistrado tem poder para determinar que as partes possam realizar adequações ao acordo, caso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no ANPP, nos termos do art. 28-A, § 5º, do CPP. No entanto – e isso é crucial –, o magistrado somente deve determinar adequações em situações absolutamente

17 Inclusive, essa impossibilidade de o juiz alterar as condições do acordo é reforçada pelas alterações incluídas pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019). O art. 28-A, § 7º, do CPP assevera que o “juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo”. Por sua vez, o art. 28-A, § 5º, do CPP dispõe: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”. Assim, há ao juiz duas alternativas: recusar homologação ou determinar que o MP faça a adequação. Não pode ele mesmo alterar o acordo. Inclusive, é interessante que o Pacote Anticrime também vedou essa possibilidade ao juiz na colaboração premiada. A antiga redação do art. 4º, § 8º, da Lei n. 12.850/2013 previa que o juiz poderia recusar homologação à proposta de acordo que não atender aos requisitos legais, “ou adequá-la ao caso concreto”. No entanto, a nova redação dada a esse dispositivo pelo Pacote Anticrime excluiu a possibilidade de o juiz fazer a adequação. Passou a prever o seguinte: “O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”.

excepcionais, respeitando a centralidade dos envolvidos, a voluntariedade do procedimento restaurativo e a sua condução por um facilitador restaurativo capacitado e imparcial. Desde que as obrigações sejam razoáveis e proporcionais, respeitem a dignidade de todos os envolvidos, conforme deflui do art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ, e não afrontem a lei, o acordo deve ser homologado. De qualquer forma, em situações excepcionais, caso entenda que devam ocorrer adequações, deve apenas devolver o acordo para que essas sejam feitas pelos próprios envolvidos, de maneira dialógica, assegurando-se, assim, a própria centralidade das partes na resolução do conflito. Tais adequações, inclusive, devem ocorrer no bojo de um procedimento restaurativo. Por isso, em caso de necessidade de adequações, o ideal é que o MP encaminhe o procedimento para o Centro de Justiça Restaurativa, para que haja eventual reformulação do acordo.

Uma vez homologado o acordo, a fiscalização pode se dar de duas formas, a depender do quanto acordado no plano de ação. Se o cumprimento for imediato, o acompanhamento das condições poderá ser feito pelo Centro de Justiça Restaurativa, por meio, entre outros, do pós-círculo, que tem “como função observar e zelar pela realização do acordo estabelecido durante o círculo restaurativo” (BOONEN, 2011). É possível que a rede de apoio auxilie no acompanhamento das condições. Por sua vez, se o cumprimento previsto no plano de ação for postergado no tempo (como prestação de serviços por determinado período), a fiscalização pode se dar pelas Varas de Execuções Penais ou pelas Centrais de Penas Alternativas (Cepema).

Havendo descumprimento do acordo, o ideal é que as partes sejam reencaminhadas para a JR, com o intuito de que sejam realizados novos encontros entre as pessoas, separada ou conjuntamente, visando reafirmar o acordo e restabelecer o prazo, caso haja interesse dos envolvidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Sempre que possível, isso deve ocorrer dentro da esfera e das ambiências da JR, sendo recomendável, conforme dito, que conste no ANPP cláusula nesse sentido (realização de pós-círculo para acompanhamento). No entanto, caso haja descumprimento definitivo do acordo, a informação deve ser remetida para o MP ou para o Judiciário, para as providências cabíveis. Segundo nos parece, nesse caso, como já houve acordo homologado, o descumprimento das condições acordadas permite que o MP ofereça denúncia, não sendo o caso de reabrir negociações para novo ANPP.

Em síntese, portanto, o fluxo pode ser representado pelas seguintes etapas: (I) o membro do MP entende que já há justa causa (em geral, com o inquérito relatado); (II) avalia se é cabível o ANPP e, ainda, se a JR é adequada para o caso; (III) em caso positivo, avalia se é o caso de derivar com ou sem contato – ou seja, se contata previamente ou não o advogado e/ou o autor do fato; (IV) em seguida, formaliza a derivação do procedimento para a JR; (V) o Centro de Justiça Restaurativa providenciará os convites para os pré-círculos, direcionados para a vítima e para o autor do fato, para informação e esclarecimentos, com a possibilidade de continuidade do procedimento restaurativo de maneira voluntária; (VI) caso não haja acordo no procedimento restaurativo, o caso é devolvido para o MP, para negociação tradicional; (VII) se houver um acordo e for firmado o plano de ação, este é encaminhado ao MP; (VIII) o membro do MP assinará o ANPP, juntamente com o autor do fato, seu advogado e, eventualmente, a vítima, tendo como única condição principal o cumprimento do estabelecido no procedimento restaurativo; (IX) assinado o acordo, este é submetido

à homologação judicial, mediante petição fundamentada; (X) o magistrado poderá designar audiência para ouvir o autor do fato e seu defensor, especialmente para aferir a voluntariedade; no entanto, caso o acordo restaurativo tenha sido realizado dentro da estrutura do próprio Poder Judiciário (Centro de Justiça Restaurativa), referida audiência pode se mostrar desnecessária, uma vez que garantida a sua voluntariedade; (XI) caso o magistrado identifique algum óbice legal à homologação, pode excepcionalmente devolver os autos para que as partes realizem adequações, o que deve ser feito no bojo do procedimento restaurativo; (XII) homologado o acordo, o cumprimento do plano de ação poderá ser feito no Centro de Justiça Restaurativa, se for passível de cumprimento imediato (em geral no pós-círculo), ou perante a Vara de Execuções Penais, se as condições forem postergadas no tempo; (XIII) cumprido o plano de ação e, assim, por via de consequência, o ANPP, será declarada extinta a punibilidade; (XIV) em caso de descumprimento do plano de ação, o ideal é que as partes sejam reencaminhadas para a JR, visando reafirmar o acordo e restabelecer o prazo, caso haja interesse dos envolvidos; se não houver possibilidade, o caso retorna ao MP para oferecimento de denúncia.

5 • CONCLUSÃO

Tanto o ANPP como a JR são temas novos no contexto jurídico e social do País. A introdução de cada um no cenário nacional merece profundo zelo e reflexão. A questão se torna ainda mais relevante quando se busca verificar a confluência de ambos, especialmente porque pautados em premissas bastante diversas.

O ANPP representa um grande avanço para revolucionar a persecução penal no Brasil, diante de suas características e amplitude. Poderá permitir que o sistema punitivo seja reservado para situações de maior gravidade, assegurando, também, uma prestação jurisdicional mais célere e a diminuição da estigmatização do investigado pelo processo.

Por sua vez, a JR, muito além de apenas um método de resolução de conflitos, traz uma verdadeira transformação social, intencionando a construção efetiva da cultura de paz, buscando uma mudança de paradigmas em todas as dimensões da convivência e do conflito – relacional, institucional e social (SALMASO, 2016). Por isso, buscou-se demonstrar as potencialidades desse novo olhar e a razão pela qual se deve, sempre que possível, estimular o uso da JR, com a observância dos seus princípios e valores.

Quando se instruem processos no sistema tradicional de justiça penal (retributivo-punitivo), os atores da relação processual atuam olhando pelo “buraco da fechadura” (em um limitadíssimo recorte da realidade). Por sua vez, a JR tem a “chave que abre a porta”, acessando o conflito em suas múltiplas dimensões, identificando suas raízes e gatilhos, e adentrando nas águas profundas da assunção coletiva de responsabilidades pelo fenômeno da violência. Esse despertar de saberes e olhares trazido pela JR viabiliza a construção consciente de solução adequada e duradoura para o dano causado ao corpo social, nascendo um espaço para a transformação de todos os participantes do processo restaurativo, plantando-se em terreno fértil a semente da paz, do respeito e da união (fraternidade). E o plantio dessa semente no âmago de cada indivíduo que compõe o corpo social previne novos danos (a reiteração da conduta).

Verificou-se que a JR pode fazer parte da revolução trazida pelo ANPP, permitindo, assim, que uma “dupla revolução” ocorra: uma revolução jurídica e uma revolução social. Para tanto, o presente artigo buscou visibilizar a JR e sensibilizar os operadores do sistema de justiça para a utilização do ANPP como “porta de entrada” para a aplicação da JR na seara penal. O ANPP pode configurar, portanto, um importante instrumento de transição do paradigma punitivo para o paradigma restaurativo, respeitando-se os princípios e valores estruturais de cada um dos institutos.

O que se acredita é que aquele que tiver a oportunidade da derivação do seu conflito para a JR estará tendo uma nova oportunidade de vida – não apenas a chance de evitar o processo criminal – pela possibilidade de mudar a condução da sua própria existência, conhecendo a si mesmo e ao outro, entendendo as razões de seus atos e a possibilidade concreta de mudança de comportamentos, em um caminho de transformação individual e coletiva, um verdadeiro convite para o bem e para o valor Justiça!

REFERÊNCIAS

BOONEN, Petronella Maria. *A justiça restaurativa, um desafio para a educação*. 2011. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação e mediação: perguntas e respostas*. Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de gestão para as alternativas penais*. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico propositivo mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Aksoy v. Turkey*. Application n. 21987/93. Julgamento em 18.12.1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-58003%22>].

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*. Application n. 9043/05. Julgamento em 8.9.2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-122692%22>].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24.11.2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: RT, 1996.

HOPPE, Harold. *O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal: perspectivas e possibilidades no processo penal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei n. 13.694/2019). In: GONÇALVES, Antonio Baptista. *Lei Anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial*. São Paulo: RT, 2020. No prelo.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002*. Regulamenta os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>.

PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Monica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras. Como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 123, p. 75-82, ago. 2014.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: CRUZ, Fabricio Bittencourt da (coord.). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016. p. 15-64.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Habeas Corpus Criminal 2070494-55.2020.8.26.0000*. Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890689261/habeas-corpus-criminal-hc-20704945520208260000-sp-2070494-5520208260000/inteiro-teor-890689375?ref=juris-tabs>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Programa Justiça Restaurativa para o Século 21*. Porto Alegre: TJRS, 2015.

WILSON, Robin J.; CORTONI, Franca; MCWHINNIE Andrew J. Circles of support & accountability: a canadian national replication of outcome findings. *Sexual Abuse*, New York, v. 21, n. 4, p. 412-430, 2009.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

GESTÃO DE PESSOAS E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Construindo organizações saudáveis em tempos de pandemia

Cléria Nunes¹

Cynthia de Moura Orengo²

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Programa Bem Viver. 1.2 Pandemia do novo coronavírus e as ações do bem viver. 2 Direitos fundamentais. 2.1 As dimensões dos direitos fundamentais. 2.2 Direitos fundamentais e ações do programa Bem Viver. 3 Psicologia Positiva na construção de organizações saudáveis. 3.1 Psicologia Positiva, uma ferramenta de trabalho. 3.2 Organizações saudáveis, objetivo a se alcançar. 4 Metodologia. 4.1 Práticas de apoio organizacional e gestão relacional como métodos de intervenção. 4.2 Programa Bem Viver – Investindo nos comportamentos e emoções positivas. 5 Discussão. 5.1 Criação de canais de comunicação. 5.2 Elaboração de materiais audiovisuais. 5.3 Voluntariado e responsabilidade social. 5.4 Primeiros atendimentos psicológicos. 5.5 Atividades físicas e práticas de meditação. 5.6 Atividades culturais. 5.7 Outras ações. 6 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

1.1 • PROGRAMA BEM VIVER

O programa Bem Viver, de qualidade de vida e bem-estar no trabalho do Ministério Público Federal (MPF) em Santa Catarina, iniciou as atividades em agosto de 2014 e foi regulamentado pela Portaria PR/SC n. 557, de 30 de setembro de 2015. Baseado em cinco pilares – bem-estar e saúde, atividade física, responsabilidade social, voluntariado e sustentabilidade –, tem como escopo a saúde dos membros, servidores, estagiários e colaboradores terceirizados – tanto física (por meio do incentivo à prática de atividades físicas) quanto mental e emocional (com ações de bem-estar e saúde), bem como desenvolver princípios de cidadania.

Os pilares de responsabilidade social, voluntariado e sustentabilidade ancoram suas ações nos direitos fundamentais: tanto os de primeira, como os de segunda e terceira gerações. De acordo com o ministro do STF Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da

1 Atua na Gestão de Pessoas do MPF – Santa Catarina. Mestranda em Psicologia Positiva nas Organizações e no Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Especialista em Estudos da Comunicação pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Gestão de Pessoas pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

2 Coordena a Gestão de Pessoas do MPF – Santa Catarina. Especialista em Gestão de Pessoas pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

liberdade, e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, 1995, p. 39206).

Ao abordar como qualidade de vida no trabalho (QVT) a realização de ações nas áreas de responsabilidade social, voluntariado e sustentabilidade, trabalha com a proteção dos direitos humanos consagrados na Constituição Federal e em consequência com o princípio da dignidade da pessoa humana e, partindo do pressuposto que a realização dessas ações produzem felicidade e significado no trabalho, tornando-se pioneira ao trazer estes conceitos para a Gestão de Pessoas.

Sarlet (2010) diz que, quando a Constituição Federal consagrou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, objetivou fundamentar o sentido, a finalidade e a justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado em si. Reconhece, também, que o Estado existe em virtude da pessoa, e não o contrário, tendo em vista que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. O autor enfatiza, ainda, que o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas demonstra também que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma jurídico-positiva de *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia capaz de garantir os direitos fundamentais do cidadão.

Ao longo de cinco anos, o programa propôs ações de responsabilidade social, voluntariado e sustentabilidade que visam a integração, acolhimento e inclusão de populações vulneráveis da grande Florianópolis e de alguns municípios de Santa Catarina, objetivando transpor a invisibilidade que atinge essa camada da população.

As ações do programa incluem os colaboradores terceirizados do Ministério Público Federal. A inclusão no ambiente de trabalho é feita por meio de ações, tanto de educação e crescimento como de sustentabilidade ambiental. Foi construída uma horta comunitária no condomínio do MPF – Santa Catarina. Todos plantam, colhem e compartilham conhecimentos, sem barreiras de cargos e funções, com colheita direcionada para os colaboradores. Oficina de ecoartesanato, visitas a parques ambientais e museus, realização de rodas de conversa foram propostas com objetivo de fornecer suporte psicológico e o resgate da dignidade, fazendo com que os participantes se sintam parte integrante da instituição.

Ações de cidadania foram realizadas em parceria com o projeto Cidades Invisíveis, organização da sociedade civil que atua na comunidade Frei Damião, a maior favela do Estado. Lá 12.000 habitantes vivem em condições subumanas, muitos sem acesso a saneamento básico e a luz elétrica. De acordo com Yunus, “a pessoa pobre é como um bonsai. Podemos plantar a semente da árvore mais alta, mas se for colocada num pequeno vaso, ela nunca conseguirá crescer. Não há nada de errado com a semente, e sim como está sendo cultivada” (BONSAI, 2011, n. p.).

Em Frei Damião, entre as ações desenvolvidas pelos voluntários, destacam-se a realização de um curso de geração de empregos e oportunidades para mulheres, a construção da primeira área pública de lazer da comunidade e a instalação de uma horta

comunitária. Também houve a participação na construção de uma casa popular e em ações de saúde e aquelas voltadas para a insegurança alimentar e fornecimento de material escolar. Como a comunidade não possui saneamento básico, a incidência de doenças de pele nas crianças é muito grande em razão da sujeira. Em 2019, por meio de convênio com o curso de Geografia da Universidade do Estado de Santa Catarina (Udesc) foi realizado um trabalho de educação ambiental com os alunos da escola municipal dessa comunidade, visando a preservação ambiental e a prevenção de doenças.

Nesse sentido, Castilho (2019, p. 262) comenta com muita propriedade que

o natural sentimento de solidariedade e fraternidade que surgiu como reação aos abusos cometidos durante o período de guerra serviu para que fosse forjada, na consciência humana, toda uma nova ordem de direitos humanos voltada à proteção da humanidade como um todo.

O autor cita ainda que integram essa terceira geração de direitos o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à comunicação, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Em 2017, o Ministério Público Federal em Santa Catarina recebeu refugiados do Haiti em seu quadro de colaboradores terceirizados. As dificuldades enfrentadas por essa população são inúmeras, como a barreira linguística, a questão da validação dos documentos para obtenção da naturalização, revalidação de diploma, a ausência de políticas públicas e ainda o enfrentamento do racismo e da xenofobia. Foram desenvolvidas uma série de ações em prol da visibilidade e acolhimento da comunidade de refugiados e imigrantes que estão em Santa Catarina, visando, também, o combate ao racismo e à xenofobia. “Acolher os refugiados não é apenas um ato de solidariedade, mas tem a transcendência de um conceito humanitário que vem sendo construído há décadas” (JUBILUT, 2007, p. 17).

Em parceria com a organização Círculos de Hospitalidade, foi idealizado o evento “Pedal Humanitário”, que já teve duas edições – 2018 e 2019. Trata-se de evento inédito que objetivou a visibilidade dos refugiados e imigrantes, acolhimento e inclusão pela comunidade hospedeira, por meio do combate à crescente xenofobia que atinge as populações que buscam o refúgio no País. Ao longo dos últimos dois anos, foram realizados diversos eventos relativos à temática do refúgio e imigração, enfocando diferentes aspectos. Feiras multiétnicas culturais e com participação de imigrantes de diversas nacionalidades e exposição de artes com artistas haitianos, foram realizadas no Ministério Público Federal. Todos esses eventos tiveram foco no acolhimento, que é um princípio básico da solidariedade humana. Em razão da visibilidade das ações realizadas, o programa tornou-se referência nessa área. “No futuro a paz e a prosperidade de muitos países dependerão de como lidaremos com as crianças afetadas pelos conflitos de hoje e sua reabilitação e desenvolvimento posteriores” (CHALENGER; FILIPOVIC, 2008, p. 8).

1.2 · PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E AS AÇÕES DO BEM VIVER

Dentro do histórico de ações calcadas nos direitos fundamentais, passa-se a tratar de algumas das que foram implementadas pelo programa de qualidade de vida e bem-estar no trabalho do MPF em Santa Catarina adotadas para dirimir os efeitos negativos provocados pelo distanciamento social; antecede breve relato do contexto da pandemia da Covid-19.

No início de dezembro de 2019, em Wuhan, na China, foi reportado o primeiro caso de infecção causado pelo novo coronavírus, o Sars-Cov-2, uma síndrome respiratória aguda e severa. Rapidamente, a doença (Coronavirus disease 2019 – Covid-19) se espalhou em nível global, fazendo com que, no dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmasse a existência da pandemia (MOREIRA; PINHEIRO, 2020).

Apesar de ser uma doença ainda em estudo e cercada de dúvidas, entre as certezas sabe-se que o vírus é de fácil transmissão. Por isso, uma vez que já esteja estabelecido, o primeiro objetivo deve ser reduzir os picos epidêmicos, a fim de evitar a sobrecarga dos sistemas de saúde, o que permite o tratamento e cuidados adequados à população afetada (VILLELA, 2020).

Na ausência de vacina, para reduzir os impactos da pandemia, a maioria dos países atingidos têm adotado medidas de isolamento e distanciamento social, entre elas o fechamento de escolas, comércios, empresas, bem como a autorização do teletrabalho na maioria dos casos possíveis. Obviamente, o cuidado com a saúde física dos infectados e dos profissionais que estão na linha de frente no enfrentamento da pandemia, bem como o combate ao agente patogênico, tem demandado grande atenção e esforços em escala global. Contudo, medidas adotadas para reduzir as implicações psicológicas da pandemia não podem ser desprezadas neste momento (BROOKS *et al.*, 2020).

Dessa forma, no dia 14 de maio de 2020, a OMS fez nova declaração, agora referente ao impacto da pandemia na saúde mental das pessoas. Na oportunidade, ressaltou que a atenção e o apoio à saúde mental devem ser componentes integrados das nações como respostas necessárias à pandemia da Covid-19 (Reuters, 2020). Evidências reforçam a necessidade de medidas concretas para dirimir os impactos psicológicos, como sintomas de trauma decorrente do medo e da percepção de risco, que podem ser amplificados por informações pouco claras – comuns nos períodos iniciais de surtos (ZANON *et al.*, 2020).

Estudo recente publicado na revista científica Lancet (BROOKS *et al.*, 2020) realizou revisão de artigos publicados em dez países sobre diversas doenças (ebola, influenza H1N1, síndrome respiratória do Oriente Médio, influenza equina e Sars) que exigiram quarentena de grupos sociais. Os resultados apresentaram que os benefícios potenciais da quarentena obrigatória precisam levar em conta os efeitos negativos associados a ela, principalmente no que se refere aos impactos psicológicos (efeitos negativos sobre a saúde mental e o bem-estar psicológico das pessoas envolvidas).

Considerando o largo histórico de ações do programa de qualidade de vida e bem-estar no trabalho do MPF em Santa Catarina calcadas nos direitos fundamentais, este artigo vincula a esses direitos fundamentais algumas ações que foram implementadas pelo referido programa ao longo de cinco anos e, também, aquelas adotadas para dirimir os efeitos negativos provocados pelo distanciamento social, tanto no público interno quanto nos grupos mais vulneráveis, foco de atuação do programa desde sua criação.

Com o distanciamento social, de imediato, foi oferecido apoio organizacional a todo o público interno da instituição, formado por membros, servidores, estagiários e terceirizados. A ideia foi, por meio de intervenções da área de Gestão de Pessoas,

promover a percepção de que, mesmo afastados fisicamente, a organização estava próxima e preocupada com a saúde e o bem-estar de todos.

Para tanto, foi elaborado o projeto “Bem Viver na Pandemia”, com diversas ações de enfrentamento aos efeitos provocados pelo distanciamento social. Baseadas em construtos da Psicologia Positiva, tais como autocompaixão, resiliência, criatividade, altruísmo, acolhimento, gratidão, entre outros, as ações oferecem acolhimento e estimulam a presença de estados positivos e saudáveis das pessoas.

Para além das ações propostas pela área de Gestão de Pessoas, este artigo busca demonstrar que a temática administrativa não é incompatível com a jurídica, área-fim da instituição. Muito pelo contrário, relaciona-se com a garantia dos direitos fundamentais do ser humano. Conforme defende Zavaschi, “sentimento e direito devem andar juntos, de mãos dadas, já que o verdadeiro Estado de Direito [...] não se alcançará sem que se promova uma profunda renovação dos espíritos” (ZAVASCKI, 1998, p. 228).

2 · DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde a origem desse programa de qualidade de vida e bem-estar no trabalho, ações de voluntariado institucional, de responsabilidade social e de sustentabilidade são realizadas como forma de exercitar a cidadania e motivar os servidores em seu crescimento e realização pessoal. Estas possuem inter-relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, tendo em vista que se baseiam no princípio da solidariedade.

A dignidade humana é um valor fundamental. No programa há práticas de ações sociais tendo este princípio como bússola. Barroso (2019) diz que valores, sejam políticos, sejam morais, ingressam no mundo do Direito e que a dignidade é um princípio jurídico de *status* constitucional e constitui parte dos direitos fundamentais.

Silva (2004) conceitua os direitos fundamentais como aquelas prerrogativas e instituições consagradas pelo direito positivo para a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, tratando-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, direitos que podem ser reconhecidos e efetivados em relação a todos.

2.1 · AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Araújo e Nunes Júnior (2005, p. 109-110) afirmam:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, têm natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão presentes em todas as Constituições das sociedades democráticas e são integrados pelos direitos civis e políticos, direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, à igualdade perante a lei, entre outros.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais está relacionada aos direitos sociais, econômicos e culturais, sempre buscando diminuir as desigualdades sociais, notadamente proporcionando proteção aos que estão em situação de vulnerabilidade social. Estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, entre outros.

Na terceira dimensão estão os direitos coletivos em sentido amplo, também conhecidos como interesses transindividuais, onde estão incluídos os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, direitos de toda humanidade. Segundo Moraes (2006, p. 60),

Por fim, modernamente, protegem-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade e fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos [...]. (Grifos nossos).

2.2 · DIREITOS FUNDAMENTAIS E AÇÕES DO PROGRAMA BEM VIVER

Algumas ações propostas pelo programa foram de grande impacto social e por consequência tiveram divulgação na mídia local e nacional, vinculando-as aos direitos sociais e fundamentais, tornando-as referência nessas áreas.

2.2.2 · DIREITO AO REFÚGIO E O PEDAL HUMANITÁRIO

Bobbio (1992) conceitua que direitos humanos fundamentais são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

O *status* de refugiado é estabelecido pela Convenção de 1951, que o define como qualquer pessoa que

temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 2).

Ao redor do mundo, milhões de pessoas têm suas vidas destroçadas por guerras, violência e catástrofes naturais. Suas histórias são marcadas pelo deslocamento forçado e pela vida em exílio. Ao buscarem novos recomeços, muitas comunidades refugiadas e imigrantes enfrentam hostilidade, em vez de hospitalidade. Assim, para contrapor esse sentimento xenofóbico, aliado ao fato de que se vivencia a pior crise humanitária desde a II Guerra Mundial e da necessidade de políticas públicas humanizadas e da construção de espaços de conexão e integração, aproximando a sociedade de acolhida das comunidades refugiadas e imigrantes, surgiu a ideia do Pedal Humanitário, em 2018. Foram realizadas duas edições, uma em junho de 2018 e a segunda em junho de 2019, no mês em que se comemora o Dia Mundial do Refugiado.

O relatório anual do Acnur “Tendências Globais”, lançado em junho de 2020, informou que 79,5 milhões de pessoas estavam deslocadas até o final de 2019 por guerras, conflitos e perseguições – um número sem precedentes, a cada dois segundos uma pessoa é forçada a deixar para trás sua casa, emprego e entes queridos (ACNUR, 2020).

2.2.3 · DIREITO AO MEIO AMBIENTE E HORTAS COMUNITÁRIAS

A Constituição Federal, em seu art. 225, *caput*, apresenta o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O objeto da tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o Direito visa a proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. (SILVA, 2004, p. 81).

Entre os encaminhamentos relativos às práticas de respeito ao meio ambiente e cidadania, desde 2016 um grupo de voluntários mantém uma horta urbana no condomínio onde está localizado o Ministério Público Federal em Santa Catarina. Além de fomentar os benefícios (ambientais, físicos e sociais) de uma horta urbana, o projeto busca incentivar uma participação mais ativa de todos os envolvidos. Contribui como segunda fonte de alimentação para os colaboradores terceirizados e no local foram cultivadas ervas para chás medicinais, que são oferecidos tanto aos colaboradores terceirizados como para todos integrantes da Procuradoria da República em Santa Catarina. A horta recebe todo o pó de café consumido na Procuradoria que seria descartado como resíduo comum. É nesse espaço que é realizada outra ação de preservação ambiental, a compostagem de orgânicos, tornando-o um espaço de educação ambiental.

A horta comunitária da Procuradoria serviu de laboratório para a que foi desenvolvida na comunidade Frei Damião, em Palhoça, município da região da Grande Florianópolis. Com escopo de edificar e empoderar a comunidade, a horta proporciona aos moradores que se encontram em situação de vulnerabilidade social a complementação nas condições de alimentação, bem como uma possível futura fonte de renda por meio da venda de produtos orgânicos.

2.2.4 · DIREITO AO LAZER – PRAÇA EM FREI DAMIÃO

Trata-se de uma comunidade que se desenvolveu à margem do poder público e sem dignidade, onde vivem em torno de 12.000 pessoas e que, até dezembro de 2016, não tinha nenhuma área pública de lazer. A ideia de construir uma praça surgiu da vontade de fazer o bem, de praticar ações que contribuam para uma sociedade mais solidária, justa, feliz e igualitária. Os voluntários do programa somaram esforços com o projeto Cidades Invisíveis e algumas organizações da sociedade civil para a construção da praça, que foi entregue à comunidade em 23 de dezembro de 2016, como forma de garantia aos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira, como se sabe, assegura expressamente no art. 6º os direitos sociais à moradia e à assistência aos desamparados. No art. 227, a Lei Maior determina que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (HACHEM, 2016, p. 323).

3 · PSICOLOGIA POSITIVA NA CONSTRUÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SAUDÁVEIS

3.1 · PSICOLOGIA POSITIVA, UMA FERRAMENTA DE TRABALHO

Considerada um subgrupo da Psicologia – ciência que tem por objeto de estudo a doença mental, o dano emocional, a desordem e a incapacidade –, a Psicologia Positiva (PP) complementa o foco tradicional para se debruçar no estado ótimo de funcionamento do ser humano e não tão só em seus aspectos negativos e patológicos.

Os seres humanos, indiscutivelmente, querem ter sentido e propósito na vida. A vida com sentido consiste em pertencer e servir a algo que você acredite ser maior do que si, e a humanidade cria todas as instituições positivas que permitem isso: a religião, o partido político, a família, fazer parte de um movimento ecológico ou de um grupo de escoteiros. (SELIGMAN, 2011, p. 22).

A PP está, desta forma, profundamente ligada ao desenvolvimento humano, na construção de conhecimentos teóricos e empíricos enfocados nas virtudes e fortalezas humanas, a fim de propiciar qualidade de vida, bem-estar e felicidade às pessoas, nos níveis individual, grupal e organizacional (SILVA; FARSEN, 2018).

Para fins históricos, ressalta-se que os psicólogos humanistas já enfatizavam aspectos positivos do indivíduo na clínica (ZANON *et al.*, 2020). Carl Rogers, na obra *Tornar-se Pessoa*, ao comentar uma lição apreendida em seus anos de profissão centrada na pessoa, escreve que “as pessoas têm fundamentalmente uma orientação positiva” (ROGERS, 1978, p. 38).

Em seu célebre discurso como presidente da Associação Americana de Psicologia (APA), Martin Seligman instigou o grupo de psicólogos presentes a “explorar aquilo que faz a vida valer a pena e produzir as condições para isto” (SELIGMAN, 2011, p. 12). Era o marco inicial do estudo da psicologia que deixa de analisar somente os déficits de desenvolvimento, os distúrbios, as psicopatologias e as doenças mentais catalogadas no DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*). O enfoque passa a ser a perspectiva profilática da psicologia, que destaca a saúde em vez da doença; que fortalece competências, em vez de corrigir deficiências.

Três temas estão no centro da Psicologia Positiva: 1) experiências subjetivas positivas (por exemplo, felicidade ou satisfação), 2) características individuais positivas (por exemplo, potencialidades e talentos), e 3) instituições positivas (por exemplo, famílias, escolas e locais de trabalho). No que se refere a este o último item, instituições devem permitir o florescimento de traços positivos, como as virtudes e os pontos fortes de caráter (HARZE; RUCH, 2012), a fim de prevenir uma vida sem sentido.

Tradicionalmente, a Psicologia do Trabalho se ateu às questões relacionadas ao adoecimento, absenteísmo, estresse, *burnout*, *gaps* de aprendizado, entre outros temas. O campo da Psicologia Positiva Organizacional (PPO) altera o enfoque do estudo para o engajamento, autoeficácia, bem-estar, resiliência, otimismo, apoio organizacional, suporte relacional, liderança autêntica, entre tantos outros temas de

estudo da PPO. Dentro desta perspectiva, a busca pelo sentido, significado e propósito do trabalho apresenta-se como relevante objeto de estudo.

A literatura destaca a PPO como uma abordagem da PP voltada para o trabalho e contextos organizacionais no intuito de desenvolver organizações saudáveis. Desta forma, foca as características situacionais que podem ser melhoradas de forma positiva por meio de intervenções e práticas de gestão de pessoas. Neste cenário, estas áreas administrativas têm papel fundamental de investir em capacitação e desenvolvimento, além de gerenciar não “recursos humanos”, mas sim “seres humanos”. O objetivo final é contribuir com uma maior satisfação e florescimento “no” e “por” meio do trabalho, respeitando e garantindo os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

3.2 · ORGANIZAÇÕES SAUDÁVEIS, OBJETIVO A SE ALCANÇAR

O conceito de organizações saudáveis está alinhado com a definição de saúde feita pela Organização Mundial da Saúde (OMS – 1998), segundo a qual saúde não é meramente a ausência de doenças ou enfermidades (perspectiva biomédica), mas “um estado de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social” (DI FABIO, 2016, n. p.).

Em 2007, a OMS definiu os ambientes de trabalho saudáveis como aqueles em que os trabalhadores e gestores conduzem ações conjuntas para melhorar os processos que levam à proteção e à promoção da saúde e bem-estar de todos os parceiros da instituição, internos e externos. A partir desta concepção, destaca-se a importância para o desenvolvimento de uma cultura de saúde no mundo do trabalho, tanto para o bem-estar dos trabalhadores quanto para a saúde da organização (DI FABIO, 2016).

Promover qualidade de vida e bem-estar no trabalho é bom tanto para as organizações quanto para os trabalhadores. Além de favorecer a motivação, o comprometimento e o engajamento dos trabalhadores, atua diretamente no desempenho, no sucesso e na rentabilidade organizacional. (NUNES; BOEHS, 2020, p. 116).

Conforme a Associação Americana de Psicologia (2012), uma organização pode ser considerada saudável ao desenvolver atividades de promoção da saúde, ao fornecer assistência e apoio aos seus empregados e ao se preocupar com a segurança dos seus membros. Assim, organizações que implementam práticas saudáveis contribuem com maior engajamento dos trabalhadores e maior equilíbrio na balança entre trabalho e família. Esse tipo de instituição promove, ainda, ações de desenvolvimento pessoal e profissional, traz melhorias na saúde e segurança e busca um maior reconhecimento dos empregados (NADER *et al.*, 2014).

As primeiras pesquisas sobre Saúde Organizacional começaram no século passado, nas décadas de 1950 e 1960, com o conceito de que organização saudável é aquela que permite o funcionamento humano ideal. Conforme Acosta (2015), as organizações são fonte de saúde e doença e são avaliadas em como elas podem influenciar positivamente ou negativamente a saúde de seus funcionários. Por isso, é necessário se criar um ambiente de trabalho seguro e saudável, o que implica uma equipe de gestão de pessoas comprometida com o desenvolvimento da promoção da saúde no trabalho.

4 · METODOLOGIA

4.1 · PRÁTICAS DE APOIO ORGANIZACIONAL E GESTÃO RELACIONAL COMO MÉTODOS DE INTERVENÇÃO

Um dos objetos de estudo da PP no que se refere à promoção de Organizações Saudáveis é avaliar e fomentar um ambiente de trabalho saudável, onde as relações interpessoais e a percepção dos funcionários em relação à organização sejam positivas.

Para garantir o bem-estar afetivo, é preciso que o trabalhador perceba que a organização não coloca restrições à sua individualidade, reconhece seu papel e valoriza seu trabalho. Assim, a qualidade de vida no trabalho está associada com a qualidade das relações, reforçando-se a necessidade de desenvolver relações positivas e de apoio no local de trabalho.

Di Fabio *et al.* estabelecem o conceito de Civilidade Relacional no Trabalho, que é caracterizada pelo respeito e preocupação consigo e com os outros, marcada pela sensibilidade interpessoal e bondade. Inclui ainda comportamentos civis, como relacionamentos baseados na dignidade e respeito às normas sociais para facilitar a convivência pacífica e produtiva (DI FABIO *et al.*, 2019).

Estudos comprovam que, para se garantirem organizações saudáveis, alicerçadas no bem-estar daqueles que a compõem, faz-se necessário aprimorar a cultura relacional. Entende-se Cultura Relacional no Trabalho a delicadeza, bondade, boa educação, cortesia, prontidão. Por Prontidão Relacional, entende-se a sensibilidade para com os outros (velocidade em compreender os sentimentos dos outros e mostrar sensibilidade pró-ativa) e a capacidade de ler as emoções dos outros. O conceito abarca também a preocupação com os outros, atenção às reações destes, bem como empatia e compaixão, comportamentos e cuidados.

Outro objeto de estudo da PPO é a necessidade de parentesco, que é quando os funcionários percebem que a administração quer manter um relacionamento a longo prazo com eles; quando existem processos que possibilitem a interação entre superiores e colegas, enfim, ações que contribuam para a satisfação no trabalho. Os funcionários, ao perceberem diferentes formas de apoio de seus superiores, reagem de maneira positiva no local de trabalho, percebendo a organização como sua própria casa.

Segundo Blustein (2006 *apud* DI FABIO, 2016), no campo do trabalho e da psicologia organizacional, os relacionamentos são uma necessidade importante das pessoas. Nesta perspectiva, o trabalho, que é um ato inerentemente relacional, pode ser conjugado com três necessidades básicas: necessidade de sobrevivência e poder, necessidade de relações sociais e necessidade de autodeterminação.

A partir deste contexto apresentado, o grande dilema posto às áreas de Gestão de Pessoas é: quais formatos de ações e intervenções devem ser propostos no ambiente de trabalho? Quais ações são realmente efetivas, principalmente no contexto completamente atípico causado pela pandemia, num cenário onde todos os servidores estão atuando de dentro de suas próprias residências e que a linha entre a vida profissional e a pessoal se apresenta de forma tão tênue?

O presente relato de experiência visa demonstrar a efetividade das ações propostas pelo programa de qualidade de vida e bem-estar no trabalho do MPF catarinense. Para tanto, apresenta a evolução do programa, por meio da relação

entre as ações de impacto social e os direitos fundamentais que foram realizadas anteriormente e que levaram à consolidação do Projeto Bem Viver na pandemia. Desde o início do distanciamento social, esse programa buscou estratégias de fomento da percepção positiva de apoio organizacional, como ambiente que promove o bem-estar e a saúde de seus funcionários, além de atuar na garantia dos direitos fundamentais de seus colaboradores.

4.2 · PROGRAMA BEM VIVER – INVESTINDO NOS COMPORTAMENTOS E EMOÇÕES POSITIVAS

Até pouco tempo, a maioria dos artigos relativos ao mundo do trabalho e aos desafios das áreas de gestão de pessoas se relacionavam com as mudanças vividas pelas organizações no final do Século XX e início Século XXI, em especial ao processo de Globalização e à chegada da Era da Informação.

A complexidade vivida no ambiente laboral buscava responder como as empresas podiam desenvolver a capacidade de atrair, motivar e reter os talentos, a fim de garantir vantagem competitiva em face das concorrentes no mercado de trabalho, bem como a sobrevivência das organizações num mundo tão volátil.

Em menos de seis meses, um vírus que teve origem na China se espalhou pelo planeta trazendo uma nova forma de vida, tanto no trabalho quanto nos processos inter-relacionais. Trouxe, ainda, novos desafios desconhecidos aos trabalhadores e às organizações.

Vivemos um momento singular, em que as pessoas estão mais vulneráveis ao mau funcionamento, inclusive com o desenvolvimento de patologias psicológicas, como ansiedade, depressão e estresse. A partir desta constatação, o primeiro o questionamento da área de Gestão de Pessoas, assim que foi implantado o teletrabalho obrigatório, foi: o que fazer para mitigar o sofrimento e a incerteza?

Como contribuir para redução de sintomas psicopatológicos e aumentar o bem-estar entre os servidores e terceirizados durante o período de distanciamento social? Como ajudar as pessoas a repensar suas vidas através do trabalho e dos relacionamentos? Como sublinhar a importância do desenvolvimento de relações positivas e de apoio no teletrabalho num momento em que o distanciamento social se tornou obrigatório, e o convívio interpessoal migrou para o formato virtual? De que maneira garantir os direitos fundamentais de todos os envolvidos, como saúde, comunicação, lazer, cultura, fraternidade e solidariedade, direitos tão ameaçados neste momento?

Para delinear suas ações, o programa partiu de dois pressupostos: o primeiro é de que um ambiente de trabalho relacional positivo permite que os trabalhadores aumentem seus recursos pessoais para enfrentar as constantes mudanças e aceitem a inevitabilidade dessa mudança (DI FABIO, 2016); o segundo pressuposto é a consciência de que as relações interpessoais e experiências relacionais são de primordial importância para o sucesso do trabalho (BLUSTEIN; PREZIOSO; SCHULTHEISS, 1995 *apud* DI FABIO, 2016). A partir daí, o programa Bem Viver desde o início tentou atuar para encurtar distâncias e se fazer presente na vida de todos os seus colaboradores.

A seguir serão detalhadas algumas estratégias de ações propostas pelo programa Bem Viver, listadas, não em grau de importância, mas em ordem de propositura (Tabela 1).

Tabela 1 · Ações propostas; elementos psicológicos; objetivos e resultados; direitos fundamentais contemplados.

Ação	Elementos psicológicos	Objetivos e resultados	Direitos fundamentais
Criação de canais de comunicação (Instagram e YouTube)	Engajamento Criatividade Pró-atividade Amor ao aprendizado	Garantir os relacionamentos interpessoais dos colaboradores; buscar o engajamento de todos os envolvidos; dominar novas habilidades; atuar de forma proativa	Comunicação (3ª Geração)
Elaboração de materiais audiovisuais – Vídeos: Felicidade / Sextou / Páscoa/ Vai ser tão bom	Resiliência Engajamento Pertencimento	Aprender a lidar positivamente com as adversidades e mostrar que, mesmo distante, a Instituição está unida	Saúde (2ª Geração) Comunicação (3ª Geração)
Elaboração de materiais audiovisuais – dicas culinárias	Autocuidado Engajamento Pertencimento	Propiciar integração por meio de dicas alimentares e troca de saberes	Saúde (2ª Geração) Comunicação (3ª Geração)
Início das campanhas: Cestas Básicas / Terceirizados & Migrantes/ Refugiados	Altruísmo Cidadania Compaixão Empatia	Amenizar as desigualdades sociais por meio de ações que visam a distribuição de cestas básicas com objetivo de colaborar com medidas para reduzir a insegurança alimentar das populações vulneráveis	Amparo social (2ª Geração) Solidariedade Fraternidade (3ª Geração)
Primeiros atendimentos psicológicos	Apoio Organizacional Acolhimento	Mostrar que a instituição está preocupada com a saúde mental e o bem-estar psicológico	Saúde (2ª Geração)
Atividades físicas (alongamento, funcional e ginástica laboral) / práticas de meditação	Autocuidado Autocompaixão Solidariedade Voluntariado	Manter o corpo e a mente ativos; fortalecer a autocompaixão e autocuidado	Atividade física (2ª Geração) Saúde (2ª Geração)

Ação	Elementos psicológicos	Objetivos e resultados	Direitos fundamentais
Atividades culturais (saraus virtuais / movimento “Vai ficar Tudo Bem”)	Criatividade Engajamento Emoções positivas Pertencimento	Abordar a vida com animação e energia; integrar família/trabalho	Cultura (2ª Geração)
Integração Região Sul (roda Paternidades / Live de Cuidado Mental no Trabalho)	Autocuidado Compaixão Felicidade	Criar estratégias para garantir a saúde mental	Saúde (2ª Geração)

5 · DISCUSSÃO

Conforme apresentado na Tabela 1, as ações propostas objetivam fomentar a percepção de apoio organizacional e emoções positivas nos colaboradores da organização, bem como resguardar o cumprimento dos direitos fundamentais de todos envolvidos, principalmente os de segunda e terceira dimensão.

A seguir serão detalhados as ações e os objetivos de cada intervenção proposta pelo programa Bem Viver.

5.1 · CRIAÇÃO DE CANAIS DE COMUNICAÇÃO

No momento em que o contato relacional foi impedido de forma presencial, uma das maiores preocupações da Gestão de Pessoas foi a comunicação, em como e de que forma ela se processaria. Assim, com o objetivo de estreitar e garantir as relações, foi criada a página do Bem Viver na plataforma do Instagram e o Canal do Bem Viver, no YouTube.

Ressalta-se que a discussão do direito à comunicação virtual como instrumento da democracia e o entendimento de que se configura como direito fundamental não é recente. Com a pandemia o programa Bem Viver entendeu a necessidade urgente de se criarem mecanismos de comunicação para garantir a saúde dos relacionamentos interpessoais, postos em cheque com o distanciamento social obrigatório.

Para Lima (2012), os direitos à comunicação, à informação e à realidade virtual, que se encontram respectivamente nas dimensões terceira, quarta e quinta dos direitos fundamentais, servem para garantir a dignidade da pessoa humana.

5.2 · ELABORAÇÃO DE MATERIAIS AUDIOVISUAIS

5.2.1 · VÍDEOS “FELICIDADE”, “SEXTOU”, “PÁScoa” E “VAI SER TÃO BOM”

Logo após o distanciamento obrigatório, o Programa Bem Viver solicitou que os colaboradores enviassem registros fotográficos de seus postos de trabalho em suas residências. O objetivo do vídeo foi mostrar que, apesar do distanciamento

social, a organização continuava unida, fomentando o espírito de pertencimento. As imagens foram intercaladas com diversas frases de incentivo na construção de estratégias de enfrentamento aos desafios impostos. Segundo Frankl (1987), se a situação for boa, desfrute-a, se for ruim, transforme-a, e, se não for possível transformá-la, transforme-se.

Rapidamente a ideia obteve amplitude nacional, sendo replicada em diversos Estados da federação. A partir daí, novos vídeos foram elaborados com o mesmo intuito, de fortalecer a comunicação inter-relacional, o apoio organizacional e as estratégias de autocuidado.

Outra ação buscou unir as 14 unidades do MPF distribuídas em municípios catarinenses. Para tanto, foi produzido um vídeo inspirado na música “Vai ser tão bom”, composta por membro da instituição durante a pandemia e que fala de saudades de uma forma positiva. Participaram dezenas de procuradores, servidores, ativos e aposentados, estagiários e terceirizados de todo o Estado, trazendo palavras e sentimentos de acolhimento. O vídeo foi divulgado em âmbito nacional e numa rede de TV local, como forma de demonstração de solidariedade do MPF.

Entre os objetivos dessas ações, além de propiciar o sentimento de união, buscou-se fomentar a resiliência, constructo da PP que estuda como os indivíduos podem enfrentar de forma positiva situações adversas da vida. Afinal, a pandemia causada pela Covid-19 apresenta um momento singular para a humanidade no qual a resiliência constitui processo essencial para o enfrentamento das adversidades dela decorrentes (ZANON *et al.*, 2020).

5.2.2 · VÍDEOS DE DESAFIOS CULINÁRIOS

Outros materiais elaborados que foram divulgados nos canais do Bem Viver (Instagram e YouTube), bem como pela rede de WhatsApp, foram os vídeos com dicas culinárias. Até o momento foram produzidas quatro peças; as duas primeiras tiveram o intuito de trabalhar também a questão da integração e da visibilidade entre os diversos públicos internos da instituição, sendo protagonizadas por funcionárias terceirizadas contratadas pelo MPF.

Em comum, os materiais audiovisuais buscaram, além de fomentar o autocuidado e o sentimento de pertencimento, incentivar emoções como a fraternidade – identificada aqui além da categoria jurídica, como princípio e diretriz que reaviva o sentido de “compartilhar, de mediar, de encontrar sentimentos e desafios comuns” (TELLES, 2019, n. p.).

5.3 · VOLUNTARIADO E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Desde a sua origem em 2014, o programa Bem Viver promove ações tanto para os quadros efetivos quanto para o público interno mais vulnerável do MPF catarinense, qual seja os terceirizados – responsáveis pelo serviço de copeiragem, limpeza e segurança –, bem como para alguns setores “invisíveis” da comunidade externa.

Para tanto, o Bem Viver, pautado na Constituição Cidadã de 1988 – que eleva a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental –, desde o início do distanciamento social, busca garantir o Direito Humano à Alimentação

Adequada (DHAA), com a doação de cestas básicas mensais. Como muitos desses profissionais terceirizados são oriundos de outros estados, com condições socioeconômicas mais precárias, o impacto da pandemia agravou a situação. Apesar da preservação dos empregos de toda a equipe de trabalho, muitos familiares perderam os empregos ou ficaram impedidos de exercer atividades informais por conta do fechamento do comércio e da crise econômica gerada, o que alterou os orçamentos domésticos de muitos deles.

Em relação aos refugiados e migrantes, o fato é que as condições de vida dessas pessoas são muito frágeis. Além disso, assim como para a população brasileira mais pobre, o grau de vulnerabilidade social desse grupo em meio à pandemia do novo coronavírus se acentuou. O comprometimento da já precária fonte de renda faz com que os refugiados não consigam arcar com custos para sobrevivência, principalmente com o aluguel e a alimentação. Em Florianópolis, há dezenas de famílias de refugiados em situação de rua. Nesse sentido, o Programa Bem Viver tem auxiliado por meio da doação mensal de cestas básicas à organização Círculos de Hospitalidade, que faz a distribuição entre as famílias de refugiados mapeadas como vulneráveis.

Além da questão alimentar, quando as organizações de saúde indicavam, logo no início da pandemia, o uso de máscaras como medida de proteção, o Bem Viver lançou campanha de patrocínio para a aquisição de máscaras, álcool em gel e materiais de limpeza destinados a cada colaborador terceirizado.

Por meio do voluntariado, as ações buscam fomentar o bem-estar subjetivo (BES) dos servidores. Pesquisas no campo da PP indicam que as pessoas aumentam os níveis de felicidade através de comportamentos intencionais que envolvam a gratidão, empatia e altruísmo. E mais: altos índices de BES estão associados com maior longevidade, melhores condições de saúde e menores índices de psicopatologias (ZANON *et al.*, 2020).

5.4 · PRIMEIROS ATENDIMENTOS PSICOLÓGICOS

A saúde é direito social, conforme previsão do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o respectivo cuidado e assistência pública da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, inciso II, da Lei Fundamental).

Partindo do conceito da OMS de que saúde é um estado de completo bem-estar físico, psicológico e social, depreende-se que saúde psicológica também é um direito fundamental do ser humano. Desta feita, em consonância com o manual *Orientações Técnicas para as(os) Psicólogas(os) que Atuam na Área da Psicologia Organizacional e do Trabalho (POT) em Tempo de Pandemia* (2020), o Bem Viver ofereceu Primeiros atendimentos Psicológicos (PAP). O objetivo foi aumentar a percepção de apoio organizacional por parte dos colaboradores, bem como de que a instituição está preocupada com a qualidade da saúde mental e do bem-estar psicológico de todos os envolvidos. O serviço foi oferecido por meio de profissional qualificada lotada na Gestão de Pessoas, que, mesmo não tendo atribuição para tal, solidarizou-se com a situação e ofereceu seus conhecimentos de forma voluntária. A ação oferece acolhimento, identifica casos de adoecimento e sofrimento mental, bem como dá encaminhamento a serviço especializado nas situações de maior gravidade.

5.5 · ATIVIDADES FÍSICAS E PRÁTICAS DE MEDITAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe como dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, e define como direito do cidadão o acesso ao esporte e ao lazer. Considerado um direito social, integra os direitos de segunda geração e está intimamente relacionado à saúde, física e psíquica.

Entre as medidas de autocuidado amplamente divulgadas estão os benefícios da atividade física e da prática de meditação, como forma de manter mentes e corpos ativos e saudáveis. Assim, o Bem Viver passou a oferecer aulas de alongamento e de ginástica funcional, duas vezes por semana. A atividade é desenvolvida por servidor com formação em Educação Física que, mesmo não tendo atribuição para tal, solidarizou-se com a situação e ofereceu seus conhecimentos de forma voluntária.

Na mesma esteira de voluntariado, outro serviço disponibilizado pelo Bem Viver foi a prática de Meditação – Atenção Plena, ministrada duas vezes por semana por uma servidora com formação na área. A atenção plena é considerada um dos três elementos que compõem o constructo da autocompaixão, ao lado bondade e humanidade e pode ser relacionada com a capacidade de manter pensamentos e sentimentos dolorosos em consciência equilibrada, em vez de se identificar demais com eles. “Com autocompaixão, por meio do exercício da bondade consigo, do senso de humanidade e da atenção plena, é possível assumir uma posição de cuidado em relação a nós mesmos, essencial para enfrentar períodos de crise” (ZANON *et al.*, 2020).

5.6 · ATIVIDADES CULTURAIS

Conforme a Secretaria Especial da Cultura, os direitos culturais fazem parte dos direitos fundamentais, pois permitem o respeito à dignidade, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo e o aproveitamento de suas qualidades. Além disso, são considerados essenciais para preservar alguns pilares da dignidade humana, como igualdade, integridade física, moral e social, liberdade e solidariedade (BRASIL, 2016).

5.6.1 · SARAUS VIRTUAIS

A criatividade é essencial para vencer momentos de crise, tornando-se uma força de saúde mental na medida que traz consigo uma atitude de otimismo e esperança para dias melhores. É considerada uma das forças de caráter que permite ao indivíduo um funcionamento ideal, firmando-se como um fator de proteção (ZANON *et al.*, 2020).

Apesar de a criatividade não ser um atributo somente da área artística, o programa Bem Viver buscou instigar colegas com aptidões musicais e literárias para se apresentarem em saraus virtuais. Com eles, estimulou-se ainda o entusiasmo, elemento que busca abordar a vida com animação e energia.

Os saraus virtuais se tornaram um grande sucesso e desde a sua segunda edição passaram a contar com participação de “artistas” de diversas unidades do MPF no País. Atualmente o Sarau Virtual está na sua quinta edição.

Dessa ação, um vídeo foi produzido com a maioria dos artistas que participam das edições dos saraus virtuais: o “MPF Cover”. A partir de uma música

previamente escolhida, todos cantaram e tocaram separadamente e depois as imagens foram editadas num produto único. A abertura e fechamento do referido vídeo contou com a declamação de poesias autorais, feitas por servidores assíduos a esses eventos culturais.

5.6.2 · ADESÃO AO MOVIMENTO INTERNACIONAL “VAI FICAR TUDO BEM”

O programa Bem Viver aderiu ao movimento mundial “Vai ficar tudo bem”, em que crianças ao redor do mundo uniram-se por meio de desenhos de arco-íris com mensagens de esperança. Por meio do programa, filhos, netos e sobrinhos de membros e servidores, ativos e aposentados, de todo o Estado, foram instados a produzirem desenhos de arco-íris. A ação resultou num vídeo e numa exposição virtual dos desenhos.

5.7 · OUTRAS AÇÕES

Além das ações relatadas, que são contínuas e vêm ocorrendo ao longo do distanciamento social, outras ações pontuais foram implementadas no período de pandemia, conforme se segue.

5.7.1 · ORIENTAÇÕES PARA AS CHEFIAS DA ORGANIZAÇÃO

O Conselho Brasileiro de Psicologia (CBP) sugeriu como boa prática que os líderes conversassem e se reunissem virtualmente com suas equipes. Desse modo, em reunião com todas as chefias da Organização, a GP orientou que é fundamental a atenção dos gestores ao comportamento de suas equipes no que se refere a mudanças de comportamento que indiquem que os colaboradores estão com dificuldades em lidar com este momento de pandemia. Também orientou para que cada chefia promovesse reuniões com suas equipes com frequência para fortalecer a percepção de apoio organizacional.

5.7.2 · INTEGRAÇÃO COM AS ÁREAS DE QVT DA REGIÃO SUL DO PAÍS

Um dos resultados que as ações do Bem Viver geraram foi a repercussão positiva nas áreas de qualidade de vida no trabalho de outras unidades. Assim, durante esse período, outras unidades entraram em contato com a Gestão de Pessoas do MPF catarinense para trocar experiências, bem como aliar ações. Nesse sentido, desde agosto, num movimento sinérgico, as áreas de qualidade de vida da Região Sul (PRRS, PRSC, PRPR e PRR/4ª Região) vêm propondo ações em conjunto.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2014, durante a realização do curso de pós-graduação, na modalidade Especialização em Gestão de Pessoas, pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), surgiu a ideia de implantar no MPF em Santa Catarina um programa de qualidade de vida e bem-estar no trabalho ancorado nos direitos fundamentais.

Nascia, assim, o programa Bem Viver, pioneiro no sentido de propor ações voltadas para garantir aplicabilidade dos direitos fundamentais pela área meio da

instituição em prol dos servidores, membros, estagiários, colaboradores terceirizados e de comunidades que estão em vulnerabilidade social. Ao longo de cinco anos, centenas de ações foram realizadas, distribuídas pelos cinco pilares – bem-estar e saúde, atividade física, responsabilidade social, voluntariado e sustentabilidade. Neste artigo foram destacadas aquelas ações que tiveram grande alcance social, como a construção da praça na comunidade Frei Damião, o evento Pedal Humanitário e as Hortas Comunitárias. Abordaram-se, também, aquelas que tiveram que ser repensadas e propostas com a alteração das relações pessoais e de trabalho, impostas pela pandemia causada pela Covid-19.

Com o teletrabalho obrigatório, a partir de março deste ano, houve a necessidade de uma transformação das ações em um curto espaço de tempo, que só foi possível em razão do histórico do programa Bem Viver. Partindo do pressuposto que organizações devem ser verdadeiros “templos de saúde” de seus funcionários e familiares, as ações do programa priorizaram o fortalecimento das relações interpessoais positivas, caracterizadas por amizade, espírito de equipe e preocupação mútua. O intuito foi promover um sentido de pertença, significado e prazer.

Ressalta-se que diversos estudos científicos definem o constructo de saúde organizacional a partir de inúmeras dimensões, tais como física, espiritual, emocional, social, ocupacional e intelectual. Essas dimensões foram abarcadas pelo programa Bem Viver desde sua concepção e, no período de distanciamento social, tiveram seu enfoque acentuado, a fim de diminuir distâncias e fortalecer laços inter-relacionais.

As ações propostas pelo programa incorporam, ainda, as dimensões “comunitária” e “social”, em que os direitos fundamentais se destacam com maior ênfase. As referidas dimensões são raramente consideradas na maioria dos programas de bem-estar no trabalho, e quando o são dificilmente apresentam algum nível de significado mais efetivo. Eis, portanto, o ineditismo das ações desse programa.

Ao desenvolver um ambiente relacional positivo que considerou todas as dimensões da saúde, permitiu-se que os colaboradores criassem ferramentas para melhorar seus recursos pessoais a fim de lidar com as mudanças drásticas causadas pela pandemia. As práticas adotadas partiram do pressuposto que o local de trabalho deve ser fisicamente, socialmente, emocionalmente e psicologicamente seguro.

Cabe destacar que, em virtude de a área de Gestão de Pessoas não ter orçamento próprio para o desenvolvimento de ações de qualidade de vida e bem-estar no trabalho, aquelas que foram detalhadas não tiveram custo para a instituição. “Uma importante vantagem das práticas propostas pela Psicologia Positiva é o baixo custo, facilidade de implementação e relativo desconhecimento de efeitos adversos” (ZANON *et al.*, 2020, n. p.).

Apesar do desafio imposto, as organizações que se adequarem da melhor forma e o mais rapidamente possível sairão mais fortalecidas dessa crise pela qual passa a humanidade. Para finalizar, como proferiu Zavaschi, “o bom direito se faz com juristas de mente esclarecida, coração aberto e alma iluminada” (ZAVASCHI, 1998, p. 232). E é este o propósito que as ações do Bem Viver têm primado em fomentar no MPF catarinense, não só neste período de pandemia, mas em todas as ações ao longo dos cinco anos de sua existência.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, H.; CRUZ-ORTIZ, V.; SALANOVA, M.; LLORENS, S. Healthy organization: Analysing its meaning based on the HERO. Model/Organizaciones saludables: Analizando su significado desde el modelo HERO. *Revista de Psicología Social*, v. 30, n. 2, 2015, p. 323-350.
- ACNUR – AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. ACNUR lança relatório “Tendências Globais” sobre deslocamento forçado no mundo. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/06/16/acnur-lanca-relatorio-tendencias-globais-sobre-deslocamento-forcado-no-mundo/>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONSAI. People: *The vision of Muhammad Yunus* [Documentário]. USA, IMDb, 2011.
- BRASIL. Ministério do Turismo. Secretaria Especial da Cultura. *Direito cultural é um direito fundamental*. 7 de abril de 2016. Disponível em: <http://cultura.gov.br/direito-cultural-e-um-direito-fundamental/>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-SP. Ministro Celso de Mello. Brasília: *Diário de Justiça*, 17 nov. 1995.
- BROOKS, S. K.; WEBSTER, R. K.; SMITH, L. E.; WOODLAND, L.; WESSELY, S.; GREENBERG, N.; RUBIN, G. J. (2020). The psychological impact of quarantine and how to reduce it: Rapid review of the evidence. *The Lancet*, v. 395, n. 10227, p. 912-920.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CHALLENGER, Melanie; FILIPOVIC, Zlata. *Vozes roubadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA EM SANTA CATARINA. *Orientações técnicas para as (os) psicólogas(os) que atuam na área da psicologia organizacional e do trabalho (POT) em tempos de pandemia*. Florianópolis, 2020.
- DI FABIO, A. Positive relational management for healthy organizations: psychometric properties of a new scale for prevention for workers. *Front. Psychol.* v. 7, n. 1523, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2016.01523>.
- DI FABIO, A. *et al.* The Challenge of Fostering Healthy Organizations: An Empirical Study on the Role of Workplace Relational Civility in Acceptance of Change and Well-Being. *Frontiers in Psychology*, v. 7, n. 1748, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2016.01748>. Acesso em: out. 2020.
- FRANKL, V. E. *Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração*. São Leopoldo: Sinodal, 1987.
- HACHEM, Daniel. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

HARZER, Claudia; RUCH, Willibald. The Application of Signature Character Strengths and Positive Experiences at Work. *Journal of Happiness Studies in Press*, 2012. DOI: 10.1007/s10902-012-9364-0.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LEON-PEREZ, Jose M.; ANTINO, Mirko; LEÓN-RUBIO, Jose. (2016). The role of psychological capital and intragroup conflict on employees' burnout and quality of service: a multilevel approach. *Frontiers in Psychology*, n. 10339, 2016.

LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Sociedade cibernética: acesso à comunicação virtual é um direito fundamental. *Site da Conjur*. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-09/larissa-lima-acesso-comunicacao-virtual-direito-fundamental>. Acesso em: 23 ago. 2020.

MASTROIANNI, Karen; STORBERG-WALKER, Julia. (2014). Do work relationships matter? Characteristics of workplace interactions that enhance or detract from employee perceptions of well-being and health behaviors. *Health Psychology and Behavioral Medicine*, v. 2, n. 1, 2014. p. 798-819.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 152, Rio de Janeiro, abr./jun. 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. *OMS declara pandemia de coronavírus*. Disponível em: [G1.https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml](https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml). Acesso em: 12 ago. 2020

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de 1951: Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020

NADER, Martín; PEÑA BERNATE; Sandra Patricia; SANTA-BÁRBARA, Emilio Sánchez. Predicción de la satisfacción y el bienestar en el trabajo: hacia un modelo de organización saludable en Colombia. *Estudios gerenciales*, n. 30, ene./mar. 2014.

NUNES, Cléria; BOEHS, Samantha. Qualidade de vida no trabalho: desafios e perspectivas. In: SILVA, Narbal; DAMO, Lilian Paulo (org.). *Vidas que mudaram* [recurso eletrônico]: contribuições da psicologia positiva para situações de isolamento e de distanciamento social. Florianópolis: Editora da UFSC, 2020. 155 p.: il. p. 110-118.

REUTERS, Agência. *OMS alerta para crise global de saúde mental devido à pandemia de Covid-19*. 14 de maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/14/oms-alerta-para-crise-global-de-saude-mental-devido-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>. Acesso em: 2 ago. 2020

ROGERS, Carl. *Tornar-se pessoa*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

ROSSO, Paulo Sérgio. Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 1, ago./dez. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/viewFile/16752/11139>. Acesso em: ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SELIGMAN, M. E. P. *Florescer: uma nova compreensão sobre a natureza da felicidade e do bem-estar*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Narbal; FARSEN, Thais. *Qualidades psicológicas positivas nas organizações: desenvolvimento, mensuração e gestão*. São Paulo: Vetor, 2018.
- TELLES, Heloísa Husadel. O direito da fraternidade – breve estudo. *Portal Âmbito Jurídico*. 6 de novembro de 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-da-fraternidade-breve-estudo>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- VILLELA, D. A. M. The value of mitigating epidemic peaks of COVID-19 for more effective public health responses. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical*, n. 53, 2020.
- ZANON, Cristian *et. al.* COVID-19: Implicações e aplicações da psicologia positiva em tempos de pandemia. *Estudos da Psicologia*, v. 37, jun. 2020.
- ZAVASCKI, Teori A. Discurso de paraninfo da Turma 96/1. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998. p. 227-232.

NOVAS TECNOLOGIAS E CONTROLE SOCIAL

Desafios jurídicos contemporâneos

Douglas Camarinha Gonzales¹

L'Inti Ali Miranda Faia²

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito e controle social: segurança jurídica, limitação da liberdade e transformação social. 3 Desafios contemporâneos. 3.1 A fluidez peculiar da tecnologia digital. 3.2 A customização da publicidade nas plataformas digitais. 3.3 A institucionalização de programas de *profiling*. 4 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

As duas últimas décadas se apresentam como uma verdadeira disrupção cultural, social e tecnológica sequer imaginada poucos anos atrás, cujo fio condutor é justamente a inovação tecnológica com repercussão em todos os aspectos da vida social. Apenas a título exemplificativo, as redes sociais remodelaram desde o poder dos feudos do Cairo às últimas eleições presidenciais norte-americanas. As inovações tecnológicas não apresentam fronteiras: manifestam-se da agricultura à aviação espacial; das inovadoras formas de comunicação (redes sociais e mecanismos de comunicação interativas) aos modos de conviver em cidades, com reflexos diretos sobre a democracia e as tentativas de controle social, político e mercadológico – comportamentos que não poderiam ser realizados sem as novas tecnologias.

Nesse contexto, o direito como instrumento supremo de regulação do convívio humano enfrenta novos desafios.

A tecnologia tem proporcionado mudanças radicais no âmbito social e profissional que nos impõem a necessidade de uma nova visão de mundo, especialmente quando se fala das redes sociais e das novas formas de troca empresarial, que se utilizam da revolução tecnológica causada pela inteligência artificial e o algoritmo, como meio de controle comercial, social e político.

O artigo busca, pois, dimensionar os desdobramentos das inovações tecnológicas trazidas principalmente pelas plataformas digitais, cujas forças tecnológicas medeiam poder com as próprias instituições democráticas e, conseqüentemente, com o Direito – ao mudar o comportamento de agentes econômicos e redesenhar, por exemplo, a noção de privacidade, em prol do controle dos gigantes da tecnologia e das forças políticas estatais.

1 Juiz Federal em São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

2 Professor Universitário. Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Objetiva-se examinar a viabilidade jurídica de controle³ digital do comportamento individual e político através de plataforma digital. *Seriam lícitos aparatos com tal finalidade aos olhos da legislação nacional?*

Esse será o foco principal do artigo, que abordará diretamente essa questão à luz de exemplos e demandas atuais no âmbito nacional em cotejo com as experiências e tensões internacionais similares.

Deveras, o amanhecer do século XXI se iniciou, efetivamente, ainda no século passado, através dos embriões das tecnologias então nascentes, em especial com a rede mundial de computadores, e, recentemente, com manifestações em cadeia regional de impactos globais no continente africano, através das notícias e reviravoltas que ocorreram na chamada Primavera Árabe da Tunísia até a Praça Tahrir no Egito, onde um movimento revolucionário emergiu, graças à ebulição das mídias sociais,⁴ que, sem um aparato centralizador ou de controle,⁵ propagou múltiplas comunicações nas plataformas digitais e comandou milhares nas ruas, o que resultou na queda de monarcas e déspotas de toda uma região (Gaddafi e Mubarak) que reinavam há décadas – genuína disrupção política em cadeia sequer imaginada até mesmo nas artes.

Tamanha revolução social só fora efetivada mediante o uso em cadeia das redes sociais que despertaram sentimentos convergentes em prol de efetivas mudanças na política dos países do norte da África e atiraram multidões às ruas, em que pese a repreensão estatal. A força conjunta do movimento propulsionado pelas tecnologias de comunicação ocasionou a queda dos regimes ultrapassados.

Desde então muito se tem estudado a respeito da força disruptiva da tecnologia, com alcance em todos os setores da vida em sociedade, muito além de reivindicações políticas, o que representa um desafio de adaptação ao Direito.

2 · DIREITO E CONTROLE SOCIAL: SEGURANÇA JURÍDICA, LIMITAÇÃO DA LIBERDADE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

O direito, na sua concepção liberal, surgiu, também, como instrumento de implementação primeira da segurança jurídica através de construções racionais

3 Controle aqui compreendido como palavra conteúdo ao sentido weberiano de dominação: “Por dominação compreenderemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mandado’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado máxima de suas ações (‘obediência’)” (WEBER, 2009, p. 191). Necessário pontuar, desde já, o problema de se identificar, nas relações do meio ambiente digital, a existência ou não de “vontade manifesta” consciente e transparente dos envolvidos. Por tal razão, um dos princípios fundamentais da novel Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei n. 13.709/2018, é o da transparência.

4 Os mencionados movimentos e diversos outros talvez tenham surgido e efetivamente produzido efeitos apenas em decorrência da possibilidade de formação e operacionalização, por meio da internet, das denominadas “inteligências coletivas”, compreendidas como “uma inteligência distribuída por toda parte, constantemente valorizada, coordenada ao vivo, que leva a uma mobilização efetiva das competências” (LOVELUCK, 2018, p. 98).

5 Para um profundo estudo sobre a centralização ou não da internet, ver Loveluck (2018).

atreladas ao individualismo. A história do direito contemporâneo segue a reboque da história do constitucionalismo no mundo eurocêntrico.⁶

Não obstante o constitucionalismo liberal ser associado aos denominados direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) – os vinculados ao valor liberdade –, reconhece-se que as liberdades eram restritas a parcela bem delimitada do tecido social que foi a grande beneficiada pelas revoluções liberais no mundo eurocêntrico. Não se tratava de alterar as estruturas sociais de forma a assegurar a plena liberdade em benefício do todo, mas apenas de determinados segmentos, com o intuito, primeiro, de garantir a segurança jurídica, principalmente nas relações econômicas.

Com o recrudescimento dos tensionamentos sociais, em decorrência da insuficiência do direito liberal em face das disputas sociais, surge o denominado constitucionalismo social, que possui como finalidade primeira moldar os sistemas jurídicos através da criação das denominadas constituições sociais de forma a promover alterações estruturais nas sociedades no sentido da promoção da redução das desigualdades sociais.⁷

Neste esteio, nos países que postulam o constitucionalismo social, a finalidade do direito não é, apenas, estabelecer as regras do jogo da vida política, social e econômica; mas é, principalmente, instituir mecanismos, baseados em normas jurídicas, que possuem a finalidade de alterar as estruturas sociais.⁸

No caso brasileiro, o art. 3º do texto constitucional não deixa dúvidas sobre tal compreensão do fenômeno atual do constitucionalismo pátrio.

3 · DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

3.1 · A FLUIDEZ PECULIAR DA TECNOLOGIA DIGITAL

A utilização da tecnologia digital tem-se mostrado a mais inovadora e ao mesmo tempo intrusiva das formas de tecnologia, tendo avançado para dentro de nossos lares, telefones, relógios, salas de aula, *tablets* e computadores. Sua maleabilidade é ampla e difusa para toda a sociedade, atributo que outrora era quase impensado, já que a maioria das máquinas vinham com denso manual de informações de difícil compreensão para o cidadão comum.

Tudo mudou com a tecnologia expressa em janelas (Windows) de modo autoexplicativo, em que o usuário pode expressar suas opções, através de erros e tentativas e ter o controle dos comandos operacionais. É essa a tecnologia que predomina na imensa maioria das plataformas digitais e seus aplicativos.

6 Para uma análise aprofundada sobre estes aspectos, ver Tavares (2018, p. 32-40), Canotilho (1991, p. 259-274) e Haberle (2007, p. 135-154). Para uma análise do constitucionalismo brasileiro “tardio”, ver Silva Neto (2016).

7 Não se desconhece que os modelos, constitucionalismo liberal e constitucionalismo social, sejam categorizações dinâmicas, em constante movimento, e que, em diversas experiências, como no caso da brasileira de 1988, convivem em confronto. Mas se considera que a redução das desigualdades sociais seja, ao final, a grande meta do constitucionalismo social.

8 Nas palavras de Pablo Lucas Verdu, as normas constitucionais devem conter “eficácia social organizadora e transformadora” (VERDU, 2004, p. 123).

Nesse contexto, a tecnologia reinventou o seu modo de uso, sua simplicidade operacional ganhou outro patamar e conquistou a imensa parte da população, com reflexos impactantes.

E, como tem se constatado, a tecnologia geralmente não tem pedido licença para avançar sobre as diferentes áreas de atuação; quer se trate de crianças ou jovens, boa parte dos aplicativos simplesmente abrem janela própria e, a partir de um clique, uma nova forma de interação com o usuário começa.

Essa característica de certo modo invasiva tem se tornado peculiaridade no mundo digital, e seu caráter segue a mesma retórica perante o Direito, pois muitas vezes ingressa no mundo já estabelecendo operacionalidade, independente de autorizações ou aquiescência de terceiros.

Essa tecnologia invasiva ganha voga em aplicativos dos mais variados, dos jogos aos filtros de fotografia digital, e até em campanhas políticas, através de mensagens subliminares ou do *micromarketing*.

Nota-se, pois, que as forças tecnológicas medeiam poder com as próprias instituições democráticas, especialmente o Direito, ao mudar o comportamento de agentes econômicos e redesenhar a noção de privacidade, publicidade, bem como as características das reivindicações políticas – além de uma nova abordagem econômica em múltiplos setores do comércio.

A constatação curiosa e desafiadora que se depara é que o modelo tradicional de negócios está em xeque através da transformação digital operada pelas grandes plataformas digitais, cujos desdobramentos atingem diretamente a forma de publicidade, as relações sociais e a autonomia individual, bem como as forças políticas de viés eleitoral, já que o cenário da chamada *tecnocracia* trouxe ingredientes nunca antes vistos.

Deveras, Durkheim notabiliza-se ao registrar para a Sociologia que as verdadeiras mudanças só se estabilizam quando o consciente coletivo assimila essas mudanças. E, em paralelo a isso, muitos tecnólogos pregam câmbios efetivos na sociedade, entre outros a mudança do conceito de rastreamento e a ideia de privacidade, como explicita o tecnólogo Kevin Kelly (2017, p. 280), ao construir uma nova ideia de privacidade, baseada na covisão e administração do usuário sobre seus respectivos conceitos, entre outros abordados como inevitáveis.

Por sua vez, os tecnólogos já incorporaram essa visão ao jogo empresarial e social, ao passo que boa parte da população se questiona sobre qual a regra prevalecente. Da parte dos profissionais da tecnologia, a regra prevalecente é justamente a que impera no mundo digital, muitas vezes imposta pelas forças do mercado ou dos usos e costumes digitais. E muitos pensam que o Direito vai se adaptar aos comandos do mundo digital, e só posteriormente percebem que não raras vezes as cortes judiciais não compartilham dessa visão.

Entre tais dilemas, um dos de maiores repercussão fora justamente a determinação inicialmente administrativa da *Agencia Española de Protección de Datos* e Mario Costeja González contra o Google, sob a imposição (europeia) de que esse deveria retirar de sua indexação de dados de acesso algumas informações ultrapassadas a respeito de cerca de 60 pessoas que se sentiam profundamente constrangidas a respeito de fatos longínquos e que foram superados – o chamado direito ao

esquecimento, posteriormente ratificado pelo Tribunal de Justiça Europeu e finalmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em que pese o inconformismo de profissionais da tecnologia e do Google, todos os seus recursos foram fracassados, e predominou a tese de que a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação dos povos devem preponderar sobre o interesse de sua eterna divulgação. Tal ilação ganhou força normativa, a partir da Diretiva Europeia n. 95/46 – em que se normatizaram as condições próprias ao direito ao esquecimento –, posteriormente superada pela Lei Europeia de Proteção de Dados (RGPD), art. 65 e ss. – cuja aplicação, diversamente da Diretiva, não requer ato normativo nacional que a complemente (com vigor imediato).

Ao fundamentar o direito de ser esquecido, o Tribunal de Justiça Europeu declarou que a autoridade soberana sobre o futuro digital recai sobre o povo, suas leis e suas instituições democráticas. Afirmou que indivíduos e sociedades democráticas devem lutar por seus direitos ao tempo futuro e vencerão, mesmo que a disputa seja contra um gigante poder privado.

A partir desse julgamento, o Google lançou um formulário *online* acessível a todos os interessados em solicitar a remoção de dados. Em julho de 2015, mais de um ano depois, o Google avaliou mais de 290 mil pedidos e retirou do ar mais de um milhão de informações (FERRIANI, 2017).

Como se vê, resta um conflito de valores jurídicos em colisão, de forma que os tribunais europeus, bem como os brasileiros têm acolhido o direito ao esquecimento como expressão do direito à personalidade de cunho constitucional, quando ausente interesse público na manutenção da reportagem, em face da harmonia social que deve zelar nossas relações.

Por sua vez, a doutrina nacional abaliza o direito ao esquecimento quando ausente interesse público como desdobramento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, diante do caráter perene da mídia digital em cotejo com a psique social, que tem como parâmetro o esquecimento diante do decorrer do tempo. Justamente nesse sentido é o Enunciado n. 531 do Conselho da Justiça Federal.

Contudo, o dilema das forças da tecnologia e do Direito é um tema profundo que deita raízes nas transformações da sociedade no século XXI, com profundas consequências no âmbito econômico, como se verá no próximo tópico.

3.2 · A CUSTOMIZAÇÃO DA PUBLICIDADE NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Nesse capítulo, tentaremos expor o percurso traçado pelas plataformas digitais, em especial as gigantes de tecnologia que remodelaram a forma de publicidade customizada, com profundas consequências sobre as escolhas econômicas, os meios de comunicação e as opções ao consumidor.

Nada melhor que o exemplo trivial de nossa realidade para ilustrar com mais acerto essa abordagem, que é uma das bases do capitalismo digital, conforme ilustra Relatório da Comissão Federal de Comércio dos EUA (Free Trade Commission – FTC), para propor políticas mais eficazes de proteção ao consumidor:

- se você pesquisa por produtos ou serviços online, anunciantes podem coletar e compartilhar informações sobre suas atividades, inclusive sobre as suas pesquisas, os *sites* que você visitou, e o conteúdo que você viu;

- se você participa de um *site* de relacionamento social (*i.e.* rede social), os aplicativos da empresa terceira provavelmente terão acesso às informações ou conteúdos que você ou seus amigos “postar” (publicar) no referido *site*;
- se você usa aplicativos de localização no seu *smartphone* (*i.e.* telefone móvel com acesso à internet), diversas companhias podem ter acesso ao seu paradeiro de forma exata;
- se você utiliza cartões de fidelidade com uma loja de doces ou preenche um cartão de garantia de produto, seu nome, endereço e informações sobre a sua compra talvez sejam compartilhados com corretores de dados (“*data brokers*”) e combinados com outras informações. (*Apud* BLUM, 2018, p. 130).

Certamente, muitos já vivenciaram como experiência pessoal a realização de uma pesquisa de um objeto de compra em um *site* comercial qualquer e, logo em seguida, quando se muda de *site* (para notícias gerais), imediatamente já se aponta publicidade dirigida para a compra relacionada à pesquisa em que a pessoa segundos atrás estava focada.

Trata-se de uma nova forma de abordagem publicitária, baseada em uma linguagem computadorizada em algoritmos, cuja leitura advém das reações humanas nas mídias digitais – majoritariamente por nossos sentimentos mais primários – e com um viés particularizado em mensagens subliminares, voltadas a persuadir o indivíduo.

Constata-se, assim, uma forma de indução de comportamento do internauta, baseada em suas prévias manifestações ou leituras digitais, uma autêntica forma de intervir em suas opiniões sociais, culturais, políticas e até econômicas.

Nota-se, pois, uma revolução a um só tempo da publicidade em geral, do jornalismo e do próprio capitalismo, nominado capitalismo digital, já que todo esse aparato orbita perante a rede mundial de internet.

Todo esse comportamento das plataformas digitais é objeto de acurado estudo de amplos estudiosos, cuja visão aponta algumas vicissitudes do sistema e efetivas luzes nos possíveis anseios capitalistas a respeito do futuro.

A professora de Harvard Shoshana Zuboff, autora do livro *Surveillance Capitalism*, aponta que, tal como o mundo social mudou seus anseios e paradigmas, de certa forma conforme preconizado por H. Ford, o mundo digital busca o implemento de suas aspirações (novos anseios).

Zuboff apresenta uma temática disruptiva a esse contexto ao desenhar o capitalismo de vigilância e os anseios por detrás da sociedade digital – o controle de nossa vida, através dos comportamentos preconfigurados de nossa vida pessoal.

Entre os novos anseios digitais, ergue-se a bandeira da chamada “*permissionless innovation*” (inovação sem permissão), atributo utilizado por aqueles que pregam uma mutação no capitalismo digital, com a bandeira positiva da inovação, mas sem alertar para seu intento dominador ou manipulador – seja através da lógica onipresente de aferição ou busca de sua pesquisa digital e sucessiva publicidade direcionada; seja com a modificação comportamental, através das mídias digitais (efeito *networking*).

Johnn Battelle estuda a política e a própria lógica da publicidade das grandes plataformas digitais (*The Search: How Google and its Rivals Rewrote the Rules Business and Transformed Our Culture*) e aponta que essa dinâmica de rastreamento e vigilância é

de certa forma camuflada pelo Google e outros gigantes da tecnologia, através de uma política de confidencialidade estrita, consoante expressam vários jornalistas.

A metodologia consiste na captação colossal de informações dos consumidores, através da supervisão de nossos afazeres pessoais, sociais e profissionais para assim sobrepor-se às nossas decisões. Mas como?

Zuboff arrisca uma explicação, seria através da previsão de nossos comportamentos e na venda dos nossos comportamentos e demandas futuras – o objeto de nossas necessidades/demandas é a nova *commodity*.

As previsões sobre nosso comportamento são o produto do Google e são vendidas para seus clientes reais, e não para os internautas, até em forma de leilão na internet.

A pesquisadora americana flerta, assim, com o termo *a nova mão invisível*, ao comentar que essa deixa de ser configurada estritamente pelas forças da economia, mas agora está transfigurada pela tecnologia digital das plataformas da internet. Descreve, ainda, a possibilidade de a tecnologia domar os usuários arredios, através do castigo ou da recompensa – nesse viés através de comportamentos que incentivam o internauta ou facilitem seu crédito.

Justamente por isso, é preocupante a nova forma de publicidade digital e a consequente erosão do jornalismo profissional, já que os atores protagonistas desse papel passaram a se confundir com a eclosão do capitalismo digital. Até poucos anos atrás, o mercado jornalístico operava de modo estruturado e regulado normativamente para afastar conflitos de interesses. Publicidade, editoração, e distribuição de informações recebiam tratamento legal e regulatório distinto, tanto que, nos últimos 200 anos, os ocidentais em geral formularam políticas para descentralizar o poder dos meios de comunicação – justamente para manter neutras politicamente as redes de comunicação ao narrar os fatos.

Contudo, devido a um acentuado afrouxamento na política de fusão e da atenuação da lei antitruste, os americanos criaram gigantes conglomerados da mídia, conforme explica o estudioso Richard John, a parêmia da neutralidade fora ameaçada e a própria tradição americana (*apud* SCHECHTER, 2016).

Esse afrouxamento normativo e político criou um ambiente propício para o ataque das grandes empresas de tecnologia; engendrada por um apetite peculiar de crescimento, a internet passou por sucessivas aquisições.

Observa-se, pois, que os dados agora são a chave essencial para a publicidade, uma vez que, se o anunciante sabe quem está visualizando o seu anúncio, esse espaço se torna muito mais valioso. E os gigantes digitais agora sabem quem está vendo cada um dos anúncios, e seus concorrentes – os jornais – não têm essa informação.

O pesquisador Matt Stoller narra a revolução ocorrida pela displicência normativa e regulatória, e a força da tecnologia digital que rompeu os padrões da comunicação e da política, ao ponderar que a reestruturação operacional do meio jornalístico ocorrera em detrimento da própria lisura da informação e sua ética:

Em outras palavras, não foi apenas a tecnologia, mas também uma filosofia favorável à concentração que moldou a revolução da informação, nos anos 1990 a 2000. Google e Facebook cresceram para controlar utilitários de informação, como pesquisa geral, redes sociais e mapeamento. Novas formas de publicidade – sustentadas pelo uso não regulamentado de dados e vendidas por meio

de leilões não transparentes e complexos – minaram a barganha das editoras e permitiram novas formas de fraude usando *bots* e conteúdo falso.

Um resultado dessas mudanças é a centralização radical do poder sobre o fluxo de informações. As plataformas tecnológicas agora controlam a receita da publicidade online, que é a principal fonte de financiamento das notícias. Mas este não é apenas um problema da monopolização da indústria. Google e Facebook não estão no ramo do jornalismo. [...] O financiamento da publicidade apresenta um conflito de interesses, pois a publicidade é uma terceira parte pagando para manipular alguém. Na mídia tradicional, ela pode influenciar escolhas editoriais. Há uma série de estruturas éticas projetadas para inibir o controle excessivo de anunciantes sobre os meios de comunicação, resultados de debates por centenas de anos entre figuras públicas sobre a natureza da publicidade e editoração. [...]

Mas tais debates éticos ainda precisam ocorrer em torno dos utilitários de informação. Consequentemente, a deturpação da publicidade – dependência, manipulação, fraude, ruptura de um tecido social – foi recebida com pouca imunidade cultural, respostas políticas ou defesas institucionais.

Antes de o Google virar uma enorme empresa de publicidade, seus fundadores – Sergey Brin e Larry Page – notaram esse problema. Eles analisaram o mercado de mecanismos de pesquisa da década de 90 – com empresas oferecendo aos anunciantes a chance de pagar para serem listados como resultado de uma pesquisa orgânica – e argumentaram que o financiamento de um mecanismo de pesquisa por meio da publicidade era fundamentalmente imoral.

Esses utilitários de informações teriam um incentivo de manter os usuários em suas propriedades para que eles continuassem vendendo mais anúncios. Eles também teriam um incentivo à autonegociação, colocando um conteúdo diante dos usuários que beneficia o utilitário – e não o usuário final. E eles teriam um incentivo de vigiar seus usuários, para que eles pudessem segmentá-los de maneira mais eficaz. Brin e Page estavam certos quanto à influência corruptora da publicidade. Esse modelo de negócios de comunicações é de onde vem o vício, a vigilância, a fraude e a “isca de cliques”. Infelizmente, estamos vivendo no mundo que eles previram.

A combinação dessas dinâmicas – concentração de poder e novos dilemas éticos apresentados pelo financiamento das redes de informação pela publicidade – criou uma crise para a democracia. A monopolização da receita publicitária tira o financiamento de instituições legítimas. [...] A tarefa dos formuladores de políticas agora é montar estruturas éticas para mitigar tais conflitos.

O colapso do jornalismo e da democracia não é inevitável. Para salvar a democracia e a imprensa livre, precisamos eliminar o controle do Google e do Facebook sobre o bem comum. Isso significa descentralizar esses mercados e separar os utilitários de informação, para que pesquisa, mapeamento, o YouTube e outras subsidiárias do Google sejam empresas separadas [...] Também significa restringir ou limitar a publicidade nessas plataformas. A receita publicitária deve voltar a fluir para o jornalismo e a arte. (STOLLER, 2019, n.p., trad. livre, grifos nossos).

Notável, portanto, a preocupação de diversos pensadores e juristas a respeito das formas mais agressivas da tecnologia digital, ao expor as vicissitudes de um sistema *big brother* que ameaça a autonomia individual de escolhas do indivíduo, mediante informação distorcida ou até manipulada pelos gigantes da tecnologia, cuja introdução fundara o *big data* na imprensa com grande repercussão sobre os profissionais do jornalismo, situação que deu ensejo à criação das *fake news* em um ambiente de compartilhamento virtual.

3.3 · A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE PROFILING

Para além das atribuições engendradas pelos gigantes de tecnologia, outras severas implicações da tecnologia têm ocorrido por programas ou incentivos estatais ou paraestatais, com variados exemplos pelo mundo.

Um dos exemplos mais marcantes é o programa chinês de observação dos seus cidadãos, conhecido como Sistema de Crédito Social – uma espécie de programa de monitoramento social e político do cidadão, firmado pelo próprio governo chinês em parceria com empresas de tecnologia, para o fim de conhecer, rastrear e ranquear o cidadão através de pontos e implementar políticas públicas de censura e indução de comportamento (ou quiçá sua manipulação). As medidas vão desde o monitoramento facial e digital até a averiguação de visitas aos ascendentes e ajuda às pessoas com dificuldade financeira (pontos positivos), com o consequente crédito ou descrédito (pontos negativos) para acesso a transporte público, assistência social, financiamento e vaga estudantil.

O historiador de Harvard Julian Gewirtz descreve a obra do governo chinês de controle social como digna de um filme de ficção científica, ao descrevê-la:

Quando o governo chinês viu que a tecnologia da informação estava se tornando uma parte da vida diária, percebeu que teria uma nova ferramenta poderosa para reunir informação e controlar cultura, para tornar o povo chinês mais “moderno” e mais “governável”. (*Apud* MURILLO, 2019).

Por sua vez, Christina Larson, no artigo nominado “Who needs democracy when you have data?”, discute a substituição da democracia pela tecnocracia, ao apontar o aparato do Estado chinês e sua busca para uma política eficiente de controle e monitoramento de sua população e respectivas instituições:

A ideia do uso da tecnologia como ferramenta do controle governamental chinês remonta aos anos 80. [...] há várias iniciativas que compartilham uma estratégia comum de coleta de dados sobre pessoas e empresas para informar a tomada de decisões e criar sistemas de incentivos e punições para influenciar o comportamento. Essas iniciativas incluem o “Sistema de Crédito Social” do Conselho de Estado de 2014, a Lei de Cibersegurança de 2016, vários experimentos em nível local e iniciativa privada em planos de “crédito social”, “cidade inteligente” e policiamento orientado por tecnologia na região oeste de Xinjiang. Geralmente envolvem parcerias entre o governo e as empresas de tecnologia da China. O mais abrangente é o Sistema de Crédito Social, embora uma tradução melhor em inglês possa ser o sistema de “confiança” ou “reputação”. [...] Listas negras são as primeiras ferramentas do sistema. Nos últimos cinco anos, o sistema de Tribunais da China publicou os nomes de pessoas que não pagaram multas ou cumpriram os julgamentos. Sob novas regulamentações de crédito social, essa lista é compartilhada com várias empresas e agências governamentais. As pessoas na lista se viram impedidas de pedir dinheiro emprestado, reservar voos e ficar em hotéis de luxo. As empresas nacionais de transporte da China criaram listas negras adicionais para punir os passageiros por comportamento como: bloquear as portas dos trens ou se envolver em brigas durante uma viagem; os infratores são impedidos de compras futuras de ingressos por seis ou 12 meses. No início deste ano, Pequim estreou uma série de listas negras para proibir empresas “desonestas” de serem premiadas com futuros contratos governamentais ou concessões de terras. [...]

A Prefeitura exhibe cartazes de modelos locais, que exibiram “virtude” e obtiveram altas pontuações. “A ideia do crédito social é monitorar e administrar como

as pessoas e instituições se comportam”, diz Samantha Hoffman, do Instituto Mercator de Estudos da China, em Berlim. “Quando uma violação é registrada em uma parte do sistema, ela pode engatilhar respostas em outras partes do sistema. É um conceito concebido para apoiar tanto o desenvolvimento econômico quanto a gestão social, e é inerentemente político”. [...] Uma das maiores preocupações é que, como a China carece de um Judiciário independente, os cidadãos não têm como contestar alegações falsas ou imprecisas. Alguns encontraram seus nomes escrutinados em listas negras de viagem, sem notificação após uma decisão judicial. Peticionários e jornalistas investigativos são monitorados de acordo com outro sistema, e as pessoas que entraram na reabilitação de drogas são vigiadas por um sistema de monitoramento diferente. “Teoricamente, os bancos de dados de usuários de drogas deveriam apagar nomes depois de cinco ou sete anos, mas eu vi muitos casos em que isso não aconteceu”, diz Wang da Human Rights Watch. “É imensamente difícil se livrar de qualquer uma dessas listas” [...].

A opacidade do sistema torna a evolução dessa sistemática particularmente difícil. (LARSON, 2018, n.p., trad. livre).

Resta a pergunta: tal sistema tecnológico seria viável no Brasil?

De início, há de se frisar que os fundamentos da Constituição de 1988 não compartilham de tamanha intervenção estatal na vida do cidadão, através de marcação de pontos negativos e até o ranqueamento do cidadão e seu perene monitoramento, pois gera sentimentos de lesão ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana e ao objetivo central da nação, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária – objetivos da Constituição do Brasil.

A rigor, um programa estatal de permanente monitoramento de todos os cidadãos repercute sobre a própria peculiaridade do Estado Democrático, trata-se de sistema que afugenta o princípio republicano da liberdade, como direito fundamental do cidadão em suas diversas manifestações. Deveras, uma fonte digital de permanente fiscalização mais parece uma reprimenda do que uma política pública.

Situação diversa seria um programa estatal de benefícios e vantagens para aquele cidadão ou consumidor que cumprir determinados comportamentos – chamada lista positiva; o que não cancelaria sua recíproca imposição de lista de penalidades, pois seria subversiva ao próprio conceito de liberdade e do Estado Democrático de Direito expresso na Constituição Federal.

Além disso, qualquer forma pública de constrangimento moral poderá ensejar afronta ao objetivo de se promover o bem de todos, sem preconceito de origem ou outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV).

Nesse esteio resta propício mencionar interessante notícia a respeito de assunto que medeia a questão. Segundo informações publicadas na grande mídia, ainda no mês de fevereiro, encontra-se a seguinte notícia, lançada no sítio do G1, da Globo:

GOVERNO DE SP MUDA EDITAL QUE PREVIA CONTRATAR EMPRESA PARA MONITORAR APOIADORES E CRÍTICOS NAS REDES SOCIAIS

A polêmica estava no item de monitoramento dos produtos e serviços, que trazia a exigência de que a empresa acompanhasse 24 horas por dia, sete dias por semana a imagem do governo em veículos *online* e redes sociais. [...]

O governo de São Paulo desistiu de monitorar quem fala bem ou mal dele na internet. A Secretaria de Governo publicou nesta quarta-feira (12) um novo

edital para contratar uma empresa de inteligência em comunicação digital. O serviço deve custar R\$ 15,8 milhões em contrato de 15 meses. Em nota, o governo do estado disse que, “em nome do interesse público”, foram retirados do texto os termos que davam margem a falsas interpretações, trazendo ainda mais transparência ao processo e que “o edital está de acordo com a Lei de Proteção de Dados”, com total respeito ao direito de privacidade dos usuários das redes sociais, que não serão classificados por comportamentos.

O edital original previa que a empresa contratada divulgasse políticas do governo, informações de interesse público e oferecesse um atendimento digital ao cidadão, via rede social. [...]

No dia 3 de fevereiro, o Tribunal de Contas do Estado notificou o governo para se pronunciar sobre o edital. Nesta quarta-feira, a Secretaria de Governo publicou o novo documento. O item “monitoramento e análise de dados” passou a ser “captação e análise de dados”. (GUEDES, 2020).

Com efeito, a instituição de um programa ou forma de monitoramento político ao cidadão aponta para perigoso precedente tecnológico em face do direito à liberdade de expressão, censura, bem como prejuízos ao conceito de liberdade política expresso em Tratados Internacionais. Isso porque implica uma tentativa do governo de monitorar detratores e assim levar a um processo de autocensura nas redes sociais, além de abrir um precedente perigoso para a perseguição de opositores políticos, devendo-se fidelidade ao princípio da impessoalidade e da privacidade na vida do cidadão – *vide* ADPF 722 – (sem prejuízo de atividade de inteligência produzida pelo *órgão* adequado para apurar fato determinado).

Vale lembrar que a liberdade de expressão é um direito consagrado como direito inerente ao ser humano, essencial à realização e proteção de toda forma de manifestação social e política. O primeiro documento a garanti-la internacionalmente é a Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948, no âmbito da Assembleia das Nações Unidas, cujo artigo 19 dispõe:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A rigor, o próprio regime democrático que preside todo o arcabouço valorativo-normativo das regras jurídicas admite por sua própria natureza o direito a discordar de um ponto de vista ou de uma forma de política, pois é condizente com a essência da liberdade de expressão apontada desde os renascentistas, através da frase *não concordo com uma palavra do que você diz, mas defenderei até a morte o direito de dizê-las*.

Deveras, o direito a livre manifestação do pensamento e da expressão tem como marco moderno a obra de Stuart Mill, que a batizou como o “mercado de ideias”, justamente por se poder falar o que pensa em grupo. E a censura é precisamente uma forma de atentar contra essa liberdade, de forma que o monitoramento perene é justamente uma nova forma de censura, pois provoca exatamente isso, a autocensura, ao constranger o debate democrático ou travá-lo, através da tecnologia de monitoramento.

Ademais, a lei brasileira de proteção de dados parte da concepção da *autodeterminação informativa*, de forma que o titular da informação tem a prerrogativa

de acesso e compartilhamento de seus dados (art. 2º, II) – o que implica profundas modificações na atual gestão empresarial dos dados, então relegados ao alvedrio das forças capitalistas da auto-organização.

Conjuntura distinta, porém, têm as considerações a respeito de monitoramento em questões de saúde pública, cuja *conditio sine qua non* é justamente a anonimização dos dados particulares – isto é, quando a tecnologia procura saber a quantidade de pessoas que estão frequentando determinados lugares. Essa preocupação tornou-se relevante em tempos da pandemia da Covid -19, pois há necessidade de as autoridades de saúde terem noção do índice de deslocamento social para implementar uma política de saúde pública para o combate da pandemia.

Por essa razão, há vezes que apontam que, nesse caso de análise social, desconectada da identidade do portador do celular ou seu *chip* (anonimizada), não há ultraje à autonomia individual. Relevante observar que a própria Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) já prevê essa possibilidade em seu art. 13 ao dispor sobre situações de relevância sanitária, como a presente, bem como exigir expressamente sua anonimização:

Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

§ 1º A divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa de que trata o caput deste artigo em nenhuma hipótese poderá revelar dados pessoais.

§ 2º O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no caput deste artigo, não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro.

§ 3º O acesso aos dados de que trata este artigo será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências.

§ 4º Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

Acresça-se, por oportuno, que tal ingerência implica a impossibilidade do processo de reverter a anonimização geral, sob pena de afronta à garantia legal da autoinformação e da própria higidez legal da LGPD, que preceitua tal orientação como princípio.

O desafio é justamente aferir o deslocamento de pessoas contaminadas, em que o regramento legal deverá caminhar para uma espécie de pseudonimização, cujas relativizações deverão vir expressas na lei, baseadas em motivações de saúde pública. Por sua vez, a identificação do usuário só poderá ser sustentada com base em decisão judicial, na chamada cláusula de reserva de jurisdição por se tratar de relativização de direitos fundamentais, através de decisão que efetivamente pondere o caso concreto e a política de saúde pública para aferir o caso, em afinada ponderação dos direitos fundamentais em conflito.

Essa conclusão advém da hermenêutica que sustenta que qualquer relativização de direitos fundamentais seja realizada com parcimônia em face de outro direito fundamental – como a segurança e a saúde – através do próprio Poder Judiciário, o que é consagrado pela expressão reserva de jurisdição, cuja medida de ponderação é autorizada na forma do art. 489, 2º, do Código de Processo Civil.

4 • CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, convém ressaltar: um programa estatal de permanente monitoramento de todos os cidadãos repercute sobre a própria peculiaridade do Estado Democrático, trata-se de sistema que afugenta o princípio republicano da liberdade, como direito fundamental do cidadão em suas diversas manifestações.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Por uma teoria do poder destituente. *5dias.net*. 11 de fevereiro de 2014. Disponível: <https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-des-tituente-de-giorgio-agamben/>. Acesso em: 2 fev. 2020.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BATTELLE, John, *The Search: How Google and its Rivals Rewrote the Rules of Business and Transformed Our Culture*. UK: Hachette, 2011.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção de dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

FERRIANI, Luciana de Paula. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

FONTES, Paulo G. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONZALES, Douglas C. O argumento econômico na análise judicial. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, 23. ed. jun./jul. 2018, p. 50-75.

GUEDES, Philipe. 12 de fevereiro de 2020. Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/12/governo-de-sp-muda-edital-que-previa-contratar-empresa-para-monitorar-apoiadores-e-criticos-nas-redes-sociais.ghtml>.

HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2020.

KELLY, Kevin. *Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o nosso mundo*. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017.

LARSON, Christina. *Who needs democracy when you have data?* 20 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611815/who-needs-democracy-when-you-have-data/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

- LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Trad. João F. Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2018.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2018.
- MURILLO, Javier. *La democracia y el ojo de Sauron*. 16 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/javier-murillo/la-democracia-y-el-ojo-de-sauron>. Acesso em: 27 fev.2020.
- NUNES, Dierle. *A tecnologia no controle das massas em processos decisórios*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/dierle-nunes-tecnologia-controle-massas-processos-decisorios>. Acesso em: out. 2020.
- SCHECHTER, Asher. *When Did Americans Stop Being Antimonopoly?* 21 de novembro de 2016. Disponível em: <https://promarket.org/americans-stop-antimonopoly-q-richard-r-john/>. Acesso em: out. 2020.
- STOLLER, Matt. Tech Companies Are Destroying Democracy and the Free Press. *New York Times*. Out. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html>. Acesso em: out. 2020.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *O Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.
- TAVARES, André Ramos. APP's e plataformas *online* na intermediação econômica no Brasil. *Revista de Direito Constitucional & Econômico*, Unialfa e USP, vol. 1, jan.-jun., 2019.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth M. G. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: JusPodivm, 2019.
- VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- ZUBOFF, Shosana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.

DIREITO À SAÚDE, PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A PANDEMIA DE COVID-19

Duciran Van Marsen Farena¹

Sumário: 1 A emergência sanitária da Covid-19. 2 Direito à saúde. Sistema Único de Saúde (SUS). Emergências sanitárias. 3 Pandemia de Covid-19 e sociedade global de riscos. Percepção do risco. 4 Princípios da prevenção e precaução e o dever estatal de proteção. 5 Regulação do risco e precaução. 6 Precaução e proporcionalidade. 7 Princípio da precaução e riscos de medicamentos e tratamentos. 8 Princípio da precaução e responsabilidade pela ação (ou inação). 9 Conclusões.

1 - A EMERGÊNCIA SANITÁRIA DA COVID-19

O início do segundo decênio do século XXI ficará marcado na história pelo maior desafio enfrentado pelos sistemas de saúde mundiais nos últimos 50 anos: a pandemia causada pelo Coronavírus de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-Cov-2) ou, simplesmente, Covid-19.

Por seu poder de contágio, rápida propagação, altos índices de internação hospitalar e dramático impacto provocado no modo de vida e na economia de quase todos os países do mundo, a crise sanitária causada pelo novo patógeno se diferencia de qualquer outra ocorrida nas últimas décadas e põe à dura prova não só a forma como são estruturados e disponibilizados os serviços de saúde no mundo inteiro, mas também as formas de regulação da sua prestação ao público.

Um fator importante ficou bem claro para a quase totalidade dos sistemas de saúde impactados pela pandemia. Nenhum estava realmente preparado para enfrentar as consequências da doença, tornando imperiosa a necessidade de adoção de medidas drásticas para a redução do impacto, como quarentenas rigorosas; e onde essas não foram adotadas, os resultados foram ainda mais devastadores. Ademais, a pandemia agravou as notórias deficiências dos sistemas de saúde para enfrentar a normalidade das tarefas de saúde, como ocorre no caso do nosso Sistema Único de Saúde (SUS).

Igualmente escancarou a insuficiência da Organização Mundial da Saúde (OMS), organização internacional encarregada de prevenir ou responder às múltiplas ameaças à saúde que possuem a capacidade de atravessar fronteiras (VENTURA, 2013, p. 36/37). O sistema internacional de prevenção epidemiológica, baseado na cooperação entre seus membros, na detecção precoce, na transparência e no predomínio das evidências científicas, falhou em mostrar uma resposta coesa à pandemia, em termos de adoção de medidas preventivas.

1 Procurador Regional da República na 5ª Região. Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Evidentemente, em um panorama mundial no qual a agência encontra forte criticismo e ataques por parte de líderes populistas, por razões de anticientificismo e antiglobalismo retrógrado, pouco espaço haveria para o fortalecimento da cooperação e da coordenação, mas em todo caso a pandemia de Covid-19 demonstrou essa necessidade de modo premente. Tal discussão, contudo, refoge aos limites deste artigo, exceto no que ela evidencia quanto à necessidade de aplicação e fortalecimento do princípio da precaução em matéria de saúde.

Desde a identificação dos primeiros casos, em Wuhan, China, no começo de dezembro de 2019, até 30 de janeiro de 2020, quando foi declarada Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (EESPII) pela Organização Mundial da Saúde, e 11 de março de 2020, quando a instituição declarou a Covid-19 uma pandemia global, transcorreu um tempo precioso cujo desperdício foi fundamental para o alastramento da doença para praticamente o mundo inteiro. A toda evidência, a OMS, já sob ataque constante, como vimos acima, certamente correria sério risco de descrédito caso um alerta mais drástico não correspondesse à realidade, tal como ocorreu com a pandemia de gripe A (H1N1).² Seja como for, a tônica dos países integrantes da organização variou entre a incredulidade e a expectativa vã de que não seriam atingidos, quando muito poderia ter sido feito em termos de preparação dos sistemas de saúde e da população para o que viria adiante.

Evidentemente, todas essas considerações convergem para demonstrar que, em matéria de emergências sanitárias globais, não houve espaço para medidas precaucionistas; certamente esse cenário precisa mudar se quisermos estar preparados para o próximo evento pandêmico.

Nossa investigação direciona-se basicamente para a ordem jurídica interna, a fim de examinar onde e como uma maior consideração pelo princípio da precaução poderia acarretar ganhos no enfrentamento de emergências sanitárias e na própria garantia do direito à saúde de modo geral.

2 · DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EMERGÊNCIAS SANITÁRIAS

O direito à saúde está contemplado, entre outros dispositivos, no art. 196 da Constituição Federal:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por sua vez, dispõe o art. 2º da Lei n. 8.080/1990, a Lei do SUS:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

2 Cf. VENTURA, 2013, p. 199-247.

A saúde afirma-se em nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental da pessoa humana, relacionado com a vida e a dignidade humana. Trata-se de um direito de segunda geração, de natureza prestacional, demandando ações estatais positivas para seu exercício, por meio de políticas públicas que assegurem o acesso universal, igualitário e incondicionado às ações e aos serviços de saúde. Incondicionado, porque a titularidade do direito se prende apenas à condição de pessoa humana, independentemente de exercício da cidadania, nacionalidade, capacidade civil, contribuição ou qualquer outro requisito que não seja a própria necessidade do indivíduo. Na característica da universalidade, o sistema deve apresentar versatilidade para atender às diferentes necessidades de saúde dos grupos populacionais no território nacional, em especial os mais vulneráveis, como indígenas, populações de rua, migrantes, LGBT, etc.

A saúde, enquanto prestação estatal, vincula-se ao próprio direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que assegura “[...] aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, bem como ao objetivo fundamental da nação brasileira, no sentido de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CRFB/88). A interpretação e aplicação do direito à saúde deverá sempre obedecer ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, sendo pacífico hoje que

a eficácia dos direitos fundamentais requer não apenas uma hermenêutica judiciária mas também uma interposição legislativa e uma administração que prezem pela máxima efetividade destes direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. (HARTMANN, 2012, p. 167).

Como direito de natureza prestacional, o direito à saúde deve ser concretizado por meio de políticas públicas, de natureza social e econômica. As ações e os serviços de saúde integram o Sistema Único de Saúde (SUS), definido em lei como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º, *caput*, Lei n. 8.080/1990).

O Sistema Único de Saúde caracteriza-se por sua descentralização em “três sócios”, União, estados e municípios, incumbidos de diferentes níveis da prestação do serviço, sendo as ações preventivas e de vigilância sanitária de responsabilidade de todos. A prestação de serviços definidos como “ações e serviços de saúde” é feita por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada regida conforme as diretrizes da universalidade, da equidade e da integralidade.

A solidariedade entre os entes de direito público interno foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 855.178-SE,³ firmando a tese de que

os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855.178-SE. Relator: Min. Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 3 ago. 2020.

constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Paralelamente a isso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em 30.4.2020 medida cautelar na ADI 6343,⁴ conferiu interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 7º do art. 3º da Lei n. 13.979/2020, para decidir que, amparados em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde, estados, municípios e Distrito Federal, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar medidas como isolamento e quarentena durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde, e sem embargo da competência da União para decretação das mesmas medidas, quando houver interesse nacional.

De fato, diante de um evento epidemiológico, de gravidade e potencial disseminatório, cabe à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde a avaliação do risco e a adoção de resposta nacional imediata. No entanto, a inércia da União não afasta a competência dos estados para, no âmbito de suas atribuições, adotarem as respectivas providências, conforme o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na prefallada ADI 6343.

A pandemia causada pela Covid-19, como vimos, foi declarada emergência de saúde pública de âmbito internacional pela Organização Mundial da Saúde.

Segundo CARMO, PENNA e OLIVEIRA (2008, n. p.):

O termo emergência de saúde pública de importância internacional é definido no Regulamento Sanitário Internacional (2005), como (WHA, 2005, p. 6):

Evento extraordinário, o qual é determinado, como estabelecido neste regulamento: por constituir um risco de saúde pública para outro Estado por meio da propagação internacional de doenças; por potencialmente requerer uma resposta internacional coordenada.

O Regulamento Sanitário Internacional em sua versão atual (2005) produziu, segundo Deisy Ventura, “um direito de emergência, de natureza transversal, como intersecção entre o direito internacional e o direito interno” (2013, p. 38). Por sua vez, pandemia, segundo a definição da OMS no episódio da gripe H1N1, é uma doença, “no caso, infecção viral aguda – com transmissão inter-humana contínua, imputável a surtos em nível comunitário em ao menos duas regiões da OMS e ao menos num país em cada uma dessas regiões” (*apud* VENTURA, 2013, p. 37).

No plano nacional, a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), conforme prevista no Decreto n. 7.616/2011, foi declarada pela Portaria n. 188/2020, tendo o Congresso Nacional reconhecido, para fins de não incidência de restrições da Lei Complementar n. 101/2000, o estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020.

A Lei n. 13.979/2020 dispõe sobre as medidas para enfrentamento da EESPII decorrente do coronavírus, prevendo em seu art. 3º medidas como isolamento compulsório, quarentena, determinação de realização compulsória de exames, testes,

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343. Relator: Min. Marco Aurélio, Plenário, 30 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 5 ago. 2020.

coleta de amostras clínicas, vacinação, etc. A despeito da previsão legal, não houve, por parte do governo federal, a imposição de uma quarentena nacional; medidas nesse sentido foram impostas por estados e municípios, de forma descoordenada, a partir da segunda metade do mês de março de 2020.

3 · PANDEMIA DE COVID-19 E SOCIEDADE GLOBAL DE RISCOS. PERCEPÇÃO DO RISCO

A pandemia de Covid-19 deve ser entendida como uma catástrofe global, cujas causas e consequências ultrapassam as fronteiras nacionais, não podendo ser combatida isoladamente por qualquer país. Alcançando praticamente todo o mundo, evidenciou a interconexão hoje existente, a qual amplia o risco de rápida disseminação de novas doenças e consequentemente o impacto econômico do fechamento de fronteiras, da paralisação de atividades econômicas e do tráfego de pessoas. Outrossim, a pandemia põe de manifesto as relações entre meio ambiente e epidemiologia, considerando que as formas de consumo e produção de proteína animal, bem como a devastação dos *habitats*, provocam desequilíbrios que levam ao surgimento de novos vírus patogênicos capazes de infectar o ser humano (DESTRUIÇÃO DE HÁBITATS..., 2020). Enfim, seu advento aponta para a necessidade de uma reconfiguração dos sistemas de saúde nacionais, orientados pela lógica do mercado, e, por via de consequência, a exclusão de grande parte da população. De idêntica forma, impõe-se o fortalecimento do sistema mundial de prevenção a epidemias, centralizado hoje na enfraquecida Organização Mundial da Saúde, cujo poder normativo, associando normas obrigatórias e *soft law*, mostrou-se incapaz de proporcionar ao mundo uma segurança sanitária adequada diante da crise do coronavírus.

A história da humanidade foi construída enfrentando as vicissitudes de doenças infecciosas. Contudo, mesmo diante de outros exemplos do século XX, temos aqui uma situação singular, não só pela rapidez da transmissibilidade, acarretando risco iminente de colapso de qualquer sistema de saúde existente, mas principalmente por incidir em uma época marcada pela complexidade e pela ambiguidade das relações criada pela globalização, ampliando a incerteza das repercussões das decisões administrativas tomadas ao calor da reação contra a pandemia.

Com efeito, conforme Bolzan de Moraes (2004, p. 126), a globalização não é fenômeno restrito ao capital financeiro, mas representa “um processo radicalmente incerto e ambivalente que se projeta por sobre os mais variados aspectos da vida”. Assim,

nesse espectro, a globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos frequentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder [...] exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza. (BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 126).

Interessante abordar a pandemia à luz da concepção de sociedade global de riscos, conforme delineada por Ulrich Beck, dentro da ideia da nova modernidade criada pela globalização, em que a distribuição de riscos passa a ser fator preponderante. A sociedade de risco pode ser conceituada como “[...] uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos

e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”. Assim, o risco é consequência do avanço da modernidade, “a produção da riqueza vai acompanhada sistematicamente da produção de risco” (BECK, 1997 *apud* BODNAR, 2009, p. 103).

Conforme Beck (2010, p. 31), “riscos assim como riquezas são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições – posições de ameaça ou posições de classe”. A problemática da distribuição do risco assume relevo no ambiente da globalização, marcado pela incerteza e pela convergência de múltiplos fatores incontroláveis, gerando um “universalismo das ameaças” à natureza, à saúde, à alimentação, relativizando-se as diferenças e as fronteiras sociais (BECK, 2010, p. 43). A pandemia de Covid-19 pode ser considerada uma “situação social de ameaça” (BECK, 2010, p. 27) criada pela distribuição e pelo incremento dos riscos. Neste evento epidemiológico de magnitude global, a dimensão da incerteza é preponderante. Essas incertezas começam com o conhecimento incipiente sobre o agente patológico cuja origem na China no momento está sendo colocada em questão. Dúvidas pairam sobre a aquisição de imunidade total e a possibilidade de reinfeção; sobre a existência de resistência natural da população ou imunidade cruzada com outras variedades de coronavírus; sobre a eficácia de medicamentos e vacinas que estão em teste a toque de caixa; sobre a proporção da população infectada necessária para que se alcance a imunidade coletiva ou “de rebanho”, etc. A essa incerteza natural derivada do descompasso entre a evolução dos efeitos da infecção e a velocidade do conhecimento adquirido soma-se a causada pela sofisticação da tecnologia e dos protocolos de saúde, focados em tratamentos dispendiosos de doenças crônicas das populações economicamente privilegiadas, muito mais do que na atenção básica e na prevenção de doenças.

Outro fator a agravar a distribuição desigual do risco e ampliar a insegurança diz respeito à percepção do risco. Sempre difícil, em sistemas complexos, torna-se ainda mais acentuada quando se trata da pandemia de Covid-19, em que a desinformação proposital parece propagar-se em velocidade maior do que o vírus. Um dos fatores que contribui para a distribuição desigual do risco – ou sua transferência para terceiros – no ambiente global é a desinformação quanto à realidade do risco. Um exemplo é o clássico viés para superestimação de riscos em coisas corriqueiras, conhecidas, e sua minimização quando se trata de novas ameaças. A título de exemplo, uma pessoa pode superestimar o risco de viajar de avião, a ponto de evitar esse tipo de viagem, mas subestimar o risco da automedicação, de possuir uma arma de fogo ou de contrair o coronavírus. Correção das assimetrias e dos desvios informacionais, especialmente os causados pela propagação de notícias falsas, e disponibilização maciça de informações tecnicamente adequadas e baseadas em evidências médicas tornam-se fundamentais.

As polêmicas que cercam a pandemia de Covid-19 deixam transparecer, de forma cristalina, questões de distribuição de risco que permeiam todas as decisões de impacto quanto ao seu enfrentamento. Cautelas preventivas, adotadas com base em planejamentos e estudos técnicos, que levem em conta a saúde da população e a proteção das gerações futuras, tornam-se cruciais para as decisões informadas das autoridades. Com base em estudos técnicos e epidemiológicos, a imensa maioria dos países do mundo enfrentou dilemas como a adoção de medidas de quarentena, o momento adequado para retomada de atividades, a capacidade dos sistemas de saúde para absorção

do número crescente de pacientes, a suspensão do tráfego de passageiros internos e internacionais, o isolamento e as testagens compulsórias, a obrigatoriedade do uso de máscaras; e até questões econômicas como a ampliação do intervencionismo econômico, a renegociação de contratos, o controle de práticas abusivas e o apoio financeiro às populações vulneráveis impactadas pela supressão de suas fontes de renda.

Efetivamente, decisões com base em leis ou atos administrativos, que não sope-se esses riscos e interesses na perspectiva do dever fundamental de proteção, ou que promovam uma proteção deficiente ao prestigiarem interesses setoriais ou localizados em detrimento da saúde, ou que se baseiem em idiosincrasias, violarão frontalmente a ordem jurídica tanto interna quanto internacional.

4 · PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO E O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO

Nesse diapasão, assume relevância, como derivativo do dever estatal de proteção, a expansão dos princípios da prevenção e da precaução, em matéria de saúde pública. Como é curial, esses princípios, desenvolvidos originariamente no Direito Ambiental, firmaram-se como parâmetro aplicável a todos os casos em que estejam em causa direitos fundamentais que demandam ações positivas a sua concretização, seja em matéria de proteção ambiental, defesa do consumidor ou direito à saúde.

No que tange ao princípio da prevenção, aplica-se aos casos em que se formou certeza, ou pelo menos forte consenso científico, acerca dos danos e da relação de causalidade com determinada conduta. Assim, impõe-se uma ação para prevenir esses danos ou impedi-los, nos casos inevitáveis. É o caso de agrotóxicos, de extração de petróleo convencional ou de consumo de cigarros.

Por sua vez, o princípio da precaução lida com os casos em que a causalidade do dano apresenta um grau acentuado de incerteza. Nesses casos, a ausência de certeza científica ou de um consenso científico firme quanto à causalidade ou ao resultado não deve ser tomada como razão para que não sejam adotadas medidas que visam a afastar ou mitigar os danos possíveis de empreendimentos ou a comercialização de produtos potencialmente perigosos, exigindo-se do interessado submissão a análises de risco, adoção de medidas de precaução ou mesmo, em casos extremos, em que há riscos intoleráveis, impedimento da ação.

Prevenção e precaução se distinguem pelo grau de compreensão do risco. Enquanto na prevenção o objetivo é evitar risco cuja relação de causa e efeito é conhecida, na precaução a ação é disparada pela incerteza. A precaução começa onde a prevenção termina. No entanto, na sociedade de risco, onde a complexidade das relações e a interdependência tornam o risco difícil de avaliar, sobressai a importância da precaução sobre a prevenção, que, no entanto, não deixa de ser ponto de partida essencial, mas não suficiente.

O sentido da precaução em se tratando de vigilância epidemiológica opera para justificar que, diante de uma doença infecciosa altamente transmissível, e dos riscos acarretados para a saúde e a vida das pessoas, quer pela letalidade da doença, quer pela sobrecarga dos serviços de saúde, não haja lugar para que seja desprezada nenhuma medida não farmacêutica que seja eficaz para evitar a propagação da doença, ainda que não haja total consenso científico quanto a seus resultados.

É o caso suscitado pelas restrições de atividades e circulação (*lockdown* ou quarentena), em que se defrontam posições a favor e outras contrárias, advogando a imunidade de rebanho como melhor estratégia, isto é, que a epidemia teria fim quando parte considerável da população tivesse contato com o vírus. No entanto, a relevância dos valores em jogo, entre os quais as vidas dos que pereceriam com essa estratégia, considerada a precaução, não permite alternativa senão a que promove a segurança e a vida. Hoje, com base em dados estatísticos dos lugares mais afetados, já se forma consenso no sentido de que não é possível em curto prazo, ou mesmo quiçá impossível, alcançar a imunidade de rebanho quando se trata de Covid-19 (ESTUDO..., 2020), ou seja, os efeitos dramáticos da não adoção da medida significariam apenas um sacrifício inútil de direitos fundamentais.

O princípio da precaução encontra-se estreitamente ligado à ideia de desenvolvimento sustentável, envolvendo também a proteção das gerações futuras. Conforme afirma Ulrich Beck (2010, p. 40), “a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro”. Em 1987, a Comissão Brundtland divulgou relatório denominado “Nosso Futuro Comum” e conceituou a base do desenvolvimento sustentável como “[...] a capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer os estoques ambientais para as futuras gerações” (UNITED NATIONS, 1987). O desenvolvimento sustentável não pode ser logrado sem uma extensiva aplicação do princípio da precaução, impondo uma utilização racional dos bens comuns de forma a preservá-los de riscos que possam impactar as gerações futuras, muitas vezes de forma irreversível.

O princípio da precaução afirmou-se como um imperativo na análise prévia de produtos ou atividades que não demonstrem cabalmente sua segurança na Conferência sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92), que em seu Princípio n. 15 trouxe uma definição abrangente da precaução:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (DECLARAÇÃO..., 1992).

Portanto, o princípio da precaução acolhe a máxima *in dubio pro ambiente* (MOLINARO, 2015, p. 1002), ou, ainda, *in dubio pro securitate*, rompendo com o paradigma dos riscos “como bens de rejeição, cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário, de acordo com o princípio *in dubio pro progresso*” (BECK, 2010, p. 40/41). Por via de regra, impõe-se ao interessado na empreitada ou na comercialização do medicamento ou produto a inversão do ônus da prova quanto aos riscos, os quais não se legitimam pelo mero fato de que não foram previstos nem desejados.⁵ A definição do que é necessário para conciliar a atividade com o desenvolvimento sustentável opera-se através de um procedimento público no qual deve ser assegurada a ampla participação da sociedade, mormente os potencialmente afetados.

Com efeito,

o princípio da precaução, por sua vez, partindo de uma lógica de verossimilhança e, portanto, do comensurável, produz argumentos que a esfera política pode debater no âmbito da sociedade, ou seja, na esfera democrática. O princípio da

5 Cf. BECK, 2010, p. 41.

precaução não deve ser utilizado, portanto, como fundamento de decisões autoritárias e desprovidas de argumentos cientificamente consistentes, inadmissíveis no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a participação nas decisões relativas ao meio ambiente e à saúde humana tornam-se corolário inafastável da concepção de democracia, especialmente quando se trata de promover a dialogicidade na relação público-privada. (SILVA; MATA DIZ, 2018, p. 57 e 58).

Conforme Paulo Affonso Leme Machado,

a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. (MACHADO, 2018, p. 94).

A precaução marca a passagem do ordenamento jurídico do dano (infração, individualização, nexos causal, compensação pelos danos) para o ordenamento do risco (indeterminação, prevenção, dispersão dos agentes e afetados, impossibilidade de precificação do dano ou risco). A prevenção não se contenta em punir, mas tem o objetivo primordial de evitar o desfecho lesivo ante a irreparabilidade de certos danos. Com função de prevenção, já não se cuida apenas de obrigar à reparação do dano, mas de evitar danos irreversíveis.

Portanto, diante de consequências irreversíveis para o meio ambiente e a saúde humana, ainda que não haja certeza ou consenso científico quanto à sua ocorrência, somente através do princípio da precaução será possível uma solução de compromisso, que concilie o interesse econômico com a saúde, o meio ambiente e a segurança, evitando que as forças do mercado eliminem o custo dos riscos ou o transfiram a terceiros.

5 • REGULAÇÃO DO RISCO E PRECAUÇÃO

A palavra regulação

tem sido empregada para designar uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, geralmente ligada ao propósito de mitigar imperfeições do mercado para melhorar o funcionamento de determinados setores da vida econômica e social. (TRINDADE DA SILVA, 2006 p. 216).

Na perspectiva social, “a regulação é utilizada para intervir na provisão de bens públicos e para a proteção dos interesses públicos, como saúde, segurança e meio ambiente, assim como dos mecanismos de oferta universal desses bens e de coesão social” (TRINDADE DA SILVA, 2006, p. 216). A atividade regulatória do Estado deve levar em conta a redução do risco, bem como evitar os danos irreversíveis, através do princípio da precaução, que é uma obrigação da atividade administrativa e não apenas um parâmetro para a decisão judicial. O objetivo deve ser a criação da segurança, e não ampliar ou permitir a ampliação do risco. A opção administrativa não pode descuidar os deveres fundamentais de proteção da saúde e da segurança, devendo as competências normativas voltarem-se para o controle de atividades potencialmente perigosas e, no âmbito da prevenção, a fiscalização dessas atividades e a imposição de sanções.

Efetivamente, como ressalta Zenildo Bodnar (2009, p. 114),

[a] gestão adequada do risco, enquanto um dos principais e mais importantes desafios da atual sociedade de risco, requer instituições consolidadas e atuantes,

legislação eficaz e participação e controle social efetivo. Trata-se, portanto, de uma missão necessariamente compartilhada.

A ilusória “regulação espontânea” do mercado é incapaz de absorver as externalidades causadas pelo risco, cujos custos podem ser transferidos para atingir interesses de terceiros, ou interesses coletivos e difusos.

Descortina-se, assim, a importância da regulação pela precaução, quando os impactos são possíveis, prováveis, mas não podem ser determinados com precisão, ao lado da regulação por prevenção, quando se tratar de riscos conhecidos, que podem ser determinados, isto é, quando os impactos de certa atividade e a sua causalidade puderem ser determinados previamente com razoável certeza ou consenso científico. Quanto mais vulnerável o interesse ou o bem potencialmente afetado pelos impactos, mais se destacará a importância da regulação pela prevenção. A precaução envolve um juízo de ponderação de valores sobre os valores em jogo, o qual será determinante para a decisão regulatória.

Em decorrência da internacionalização e da interdependência das economias, e da ampliação do fosso de oportunidades e informacional, a prevenção torna-se a forma por excelência de abordar o risco na sociedade de riscos. A complexidade criada pela globalização fragiliza a autonomia da vontade e diminui sensivelmente a capacidade de operação das políticas públicas, criando fatores imponderáveis que vão ampliar a insegurança. A legitimidade da ação estatal será definida pelo seu empenho em ampliar a proteção social em tempos de incerteza, buscando capturar os riscos e evitar consequências potencialmente adversas que deles possam resultar para o meio ambiente, a saúde pública e a segurança das pessoas em geral.

A existência do risco justifica a necessidade de regulação, mas ela em si também produz novos riscos. O regulador deve aumentar a eficiência das políticas públicas mediante intervenção controlada nas atividades reguladas, mas a própria regulação implica a tomada de decisões, que implica a assunção de riscos de que a aquela intervenção falhe, ou acabe gerando novas e maiores distorções.

A regulação envolve, assim, não só prevenir e evitar a lesão a terceiros ou a interesses coletivos e difusos causadas por atividades potencialmente perigosas, mas também a questão da distribuição do risco. Importa incrementar o dever de informação a fim de capacitar os indivíduos a compreender os riscos envolvidos. A aptidão para evitar o risco depende do conhecimento e da informação, sendo elementos essenciais da precaução a escolha consciente das condutas e os níveis de segurança de cada uma delas.

Evidentemente, a crise sanitária do coronavírus cria uma janela de oportunidade para mudança nesse panorama regulatório que torne os sistemas de saúde resilientes para contingências infecciosas e menos desiguais, com vistas ao enfrentamento de novas pandemias. O que seria mais econômico do que o despreparo; estima-se que o custo financeiro da pandemia de Covid-19 pode chegar aos 5% do PIB mundial ou 4 trilhões de dólares (AFP, 2020).

De fato, a pandemia atual, gerando novos conflitos e novas incertezas, apresenta uma dinâmica que ultrapassa fronteiras, “através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das autoameaças civilizacionais” (BECK, 2010, p. 57). É possível que com isso seja criada uma nova solidariedade mundial a repensar uma série de fatores de risco, como a relação com o meio ambiente (preservação das

florestas, padrões de produção de proteína animal), a reforma dos serviços públicos de saúde e uma regulação em nível mundial que contemple uma resposta coordenada em matéria epidemiológica (prevendo, por exemplo, a futura vacina como bem público e garantindo sua acessibilidade universal), mas também pode acontecer que esta crise não se traduza em nenhuma mudança real. Como adverte Beck (2010, p. 58), “as ameaças intensificam-se, mas elas não se convertem politicamente num conjunto de medidas preventivas de superação do risco; e mais: não se sabe ao certo qual o tipo de política ou de instituições políticas que estariam em condições de adotá-las”.

6 · PRECAUÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Temperando excessiva densidade do princípio da precaução, cumpre articulá-lo com o princípio da proporcionalidade, devendo ser aplicados simultaneamente. A precaução deve convocar a proporcionalidade, isto é, as medidas ditadas pela precaução devem levar em conta a proporcionalidade, baseando-se em uma avaliação científica do grau de incerteza e do risco, equilibrando tanto os projetados benefícios como a possível irreversibilidade do dano (desaparição de espécie, destruição de um sítio arqueológico, efeitos colaterais de natureza grave nos pacientes, etc.).

Como é sabido, o princípio da proporcionalidade envolve três subprincípios: adequação, que é a relação entre o meio utilizado e o fim almejado; necessidade, que envolve a utilização do meio menos gravoso; e proporcionalidade em sentido estrito, cujo requisito é uma relação de custo-benefício entre o meio empregado e o objetivo desejado, este conforme a ordem jurídica. Apresenta uma dupla manifestação, a vedação da proibição excessiva e da proteção insuficiente (atuação aquém do adequado).

Em matéria de saúde pública, podemos cogitar de diversas situações em que há uma violação da proibição de excesso, nos casos em que a autoridade pública toma decisões drásticas com base em meras suposições, e não em estudos e análises de risco racionais, ou sem cogitar de alternativas menos gravosas. Exemplo disso é o fechamento total das fronteiras, sem consideração para casos humanitários. Se a maioria dos países do mundo adotou de fato o fechamento das fronteiras, impedir o retorno de nacionais em regresso do exterior, pessoas com parentesco ou necessidade comprovada no território nacional ou solicitantes de refúgio seria um excesso injustificável, já que alternativas menos gravosas, como, por exemplo, isolamento compulsório por um prazo determinado, poderiam ser empregadas sem excessivo risco ou custo.

Essa articulação da proporcionalidade com a precaução encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos relacionados com a pandemia; serve de exemplo a decisão no HC 184828 MC/DF,⁶ impetrado em favor dos diplomatas venezuelanos no Brasil, ameaçados de expulsão em plena pandemia:

HABEAS CORPUS CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA E O MINISTRO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. DECISÃO DE RETIRADA IMEDIATA DE DIPLOMATAS E FUNCIONÁRIOS VENEZUELANOS. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA MUNDIAL DE SAÚDE. FALTA DE URGÊNCIA E RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS PACIENTES. MEDIDA CAUTELAR RATIFICADA.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 184828 MC/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 16 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

4. Ilegitimidade da retirada compulsória imediata dos pacientes em meio à pandemia. A situação de emergência sanitária reconhecida pela Organização Mundial de Saúde e pelo Congresso Nacional coloca em risco a integridade física e psíquica dos pacientes, tornando irrazoável a ordem de saída imediata (ou em 48 horas) do território nacional. Violação a convenções de direitos humanos e de relações diplomáticas. Impossibilidade, fática e transitória, de retirada dos agentes diplomáticos e consulares venezuelanos do território brasileiro enquanto durar o estado de calamidade pública e emergência sanitária reconhecido pelo Congresso Nacional. A hipótese aqui se afigura menos dramática, mas a ideia subjacente é a mesma: *onde há risco grave para os direitos fundamentais de quem quer que seja, aplica-se o princípio da precaução*. Não há urgência ou emergência na retirada dos pacientes, sendo possível e razoável aguardar até o Congresso revogar o estado de calamidade pública e emergência sanitária que vivemos. Em suma: a decisão do Estado brasileiro é válida e produzirá os seus efeitos tão logo cessem as razões de saúde pública que motivaram a suspensão temporária de sua eficácia. [Grifos nossos].

O entendimento também se exprime na tutela provisória incidental concedida pela Suprema Corte na ADPF 635-RJ,⁷ impetrada com o propósito de impedir operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a pandemia:

A exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de proteção ao direito à vida e à integridade corporal e encontra respaldo nos Princípios Básicos das Nações Unidas para o Uso da Força [...]. Os Estados devem prever uma escala com diversos protocolos sobre o uso da força, devem rever esses protocolos constantemente e devem, ainda, treinar os seus agentes de modo a assegurar a eles pleno conhecimento e condições técnicas para observá-los estritamente. [...] Não há como evitar os protocolos de conduta para o emprego de armas de fogo. O direito à vida os reclama. Exigem que o Estado somente empregue a força quando necessário e exigem a justificativa exaustiva dessas razões. [...] A situação narrada pelo pedido incidental demonstra especial gravidade da omissão do Estado brasileiro. O reconhecimento da emergência sanitária internacional obrigou os entes da federação a adotarem medidas rígidas de controle epidemiológico como quarentena e isolamento. [...] Operações policiais realizadas em locais de grande aglomeração ficam ainda mais arriscadas e fragilizam a já baixa *accountability* que deveria pautar a atuação de todos os agentes públicos. [...] defiro a medida cautelar incidental pleiteada, *ad referendum* do Tribunal, para determinar: (i) que [...] não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, [...]; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Vale a pena mencionar, nesse passo, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos veiculado na Declaração n. 1, de 9 de abril de 2020, destinada a orientar contra excessos desproporcionais e lesivos aos direitos humanos das medidas contra a Covid:

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADPF 635-RJ. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF635DECISaO5D EJUNHODE20202.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Todas as medidas adotadas pelos Estados para enfrentar esta pandemia que possam afetar ou restringir o gozo e o exercício de direitos humanos devem ser limitadas no tempo, legais, condizentes com os objetivos definidos conforme critérios científicos, razoáveis, estritamente necessárias e proporcionais e consistentes com os demais requisitos desenvolvidos na legislação interamericana de direitos humanos. [...] Dada a natureza da pandemia, os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais devem ser garantidos sem discriminação a todas as pessoas sob a jurisdição do Estado e, em particular, àqueles grupos que são desproporcionalmente afetados por estarem em situação de maior vulnerabilidade, como idosos, crianças, pessoas com deficiência, migrantes, refugiados, apátridas, pessoas privadas de liberdade [...] Nestes momentos, adquire ênfase especial a garantia, de forma oportuna e apropriada, dos direitos à vida e à saúde de todas as pessoas sob a jurisdição do Estado, sem qualquer discriminação, incluindo aos idosos, migrantes, refugiados e apátridas, e membros de comunidades indígenas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

A proteção insuficiente distingue-se da omissão pura e simples. Enquanto nesta há a ausência de qualquer ação estatal no sentido da proteção do bem jurídico, naquela há a ação. Contudo, ela não é suficiente para desestimular a prática da conduta, afastar o risco ou reparar a lesão causada.

Acerca da proteção insuficiente, vale transcrever excerto do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 418.376/MS:⁸

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (*Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p. 180).

Os exemplos em que a política pública se ressentiu de proteção deficiente são abundantes em matéria ambiental. No tocante a atividades altamente poluidoras ou

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do min. Gilmar Mendes no RE 418.376/MS*. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 25 jun. 2020.

impactantes ao meio ambiente, por exemplo, dispensar o licenciamento ou exigi-lo de forma simplificada são casos de proteção insuficiente. Em matéria de segurança e defesa do consumidor, podemos descer à concretude de exemplos como aplicar multas insignificantes para condutas de alto risco que trazem ganhos expressivos para o infrator (como o transporte com excesso de carga) ou a celebração administrativa de termos de ajustamento de conduta prevendo doação de materiais de expediente de ínfimo valor a entes públicos para o encerramento de casos de lesões coletivas que permitiram a empresas se apropriarem de enormes quantias dos consumidores.

Exemplo de proteção insuficiente, na esfera da pandemia de Covid-19, encontra-se na não adoção pelo governo federal de uma quarentena coordenada em âmbito nacional, relegada aos estados-membros, cujas medidas desconexas comprometeram a eficácia da medida no plano nacional, situação agravada pelas recorrentes mensagens de desincentivo e forte resistência de autoridades federais em seguir recomendações científicas e sanitárias expedidas por organizações nacionais e internacionais, ampliando a desinformação e a resistência natural da população a medidas restritivas.

Igualmente, nesse sentido, o manejo do auxílio emergencial, que provocou filas e aglomerações nas sedes da Caixa Econômica Federal (CEF), nos dias mais críticos da expansão da pandemia, quando estados e municípios já adotavam quarentenas (MULTIDÃO..., 2020). A demora para a implantação e a disponibilização do auxílio, alegadamente com base em limites legais já dispensados pelo Congresso Nacional, a concentração dos pagamentos na CEF e a inexistência de agendamento para resgate foram vistas como fatores decisivos para a propagação acelerada do vírus entre as camadas mais pobres da população. À parte esse aspecto, outras ineficiências foram verificadas, como falhas no aplicativo, recusas injustificadas (objeto de diversas iniciativas judiciais, como a ação civil pública movida pela Defensoria Pública da União, n. 1017292-61.2020.4.01.3800, 5ª Vara Federal/MG) e falta de assistência aos excluídos digitais, como populações de rua, indígenas, moradores de áreas isoladas, entre outros.

Ressalte-se ainda como exemplo de proteção insuficiente a inexecução das verbas destinadas a estados e municípios para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional (Ação 21CO), cujo empenho se limitava a 6,8% dos valores disponibilizados em 2.6.2020 (MPF ABRE..., 2020); bem como o veto presidencial ao uso de máscaras em indústrias, lojas, templos, escolas e outros locais fechados, previsto na Lei n. 14.019/2020, felizmente não concretizado por sua derrubada pelo Congresso em 19.8.2020 (MACHADO, 2020).

A proteção insuficiente leva à falha visceral da política pública, que, assim, se torna incapaz de proteger e concretizar o direito fundamental à saúde.

7 · PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E RISCOS DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS

O sentido operativo do princípio da precaução em todos os seus campos de aplicação (saúde, meio ambiente, consumidor), inspirado pelo dever de proteção, opõe-se à concepção de que todo dano pode ser internalizado pelo processo produtivo ou compensado. Representa um aperfeiçoamento do sistema de prevenção, a fim de evitar riscos cujos danos decorrentes sejam incertos, difíceis de quantificar ou impossíveis de reparar, mormente os que se projetam para as gerações seguintes.

No campo dos riscos de desenvolvimento de medicamentos, temos a aplicação do princípio da prevenção, aliada a medidas precaucionistas. A prevenção exige que a segurança do medicamento, para o uso que se pretende, esteja perfeitamente demonstrada, no sentido de que os riscos que acarreta sejam amplamente informados e compensados pelos benefícios, demonstrados em ensaios clínicos randomizados e com eficácia constatada em testes com grupos de controle. A precaução opera no sentido de circunscrever o uso a certas doenças específicas, em cujo tratamento o medicamento foi testado e seus benefícios foram comprovados, não valendo sua comercialização como um salvo-conduto para todo e qualquer problema de saúde, ainda que sob os argumentos da “tentativa e erro” ou “melhor alguma coisa do que nada”.

Assim, o princípio da precaução opera no sentido de que não deve ser autorizado um uso novo de fármaco ou um medicamento novo não prescrito para aquela patologia (uso *off label*) até que seja demonstrada de forma segura pelo método científico a eficácia do medicamento para aquele evento de saúde determinado. Vale dizer, sem que seja formado um consenso científico substancial de que o medicamento tem eficácia, na incerteza, não deve ser autorizado.

É preciso que estejam estremes de dúvidas os efeitos benéficos do medicamento ou tratamento a fim de que possa ser prescrito para uso geral, e, no caso de uso experimental, torna indispensável a demonstração da segurança de seu uso aliada a uma evidência, ainda que incompleta, de eficácia, além, é claro, do consentimento informado do paciente.

A liberação do medicamento ou seu emprego generalizado em políticas públicas de saúde exige demonstração cabal de efetividade, eficácia e segurança, os pilares da medicina baseada em evidências, definida por Regina Paolucci El Dib como

o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica. Em outras palavras, a MBE utiliza provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na prática clínica. Quando abordamos o tratamento e falamos em evidências, referimo-nos a efetividade, eficiência, eficácia e segurança. A efetividade diz respeito ao tratamento que funciona em condições do mundo real. A eficiência diz respeito ao tratamento barato e acessível para que os pacientes possam dele usufruir. Referimo-nos à eficácia quando o tratamento funciona em condições de mundo ideal. E, por último, a segurança significa que uma intervenção possui características confiáveis que tornam improvável a ocorrência de algum efeito indesejável para o paciente. Portanto, um estudo com boa validade interna deverá apresentar os componentes descritos acima. (EL DIB, 2007).

Em outras palavras, o dever de demonstrar a segurança do medicamento ou tratamento (e, conseqüentemente, que os benefícios são vantajosos comparativamente aos riscos) é do fabricante ou distribuidor do medicamento, ou, ainda, daquele que o insere em uma política pública quando não há prescrição específica para aquele tipo de uso. Dever de atestar que os riscos são aceitáveis comparativamente aos benefícios demonstrados, conforme procedimentos preestabelecidos de pesquisa de risco.

Naturalmente, viola o princípio da prevenção/precaução o estímulo governamental – por meio da fabricação/aquisição/distribuição em larga escala – para o uso de medicamento contra a Covid-19 sem eficácia curativa ou preventiva cientificamente demonstrada, como é o caso da hidroxicloroquina (CORONAVÍRUS..., 2020). À ausência de prova de eficácia, nenhum argumento pode justificar e afastar

a responsabilidade por esse tipo de conduta, considerados os riscos que a medicação acarreta, dentre os quais, arritmia cardíaca, e aumento da letalidade.

O senso de urgência despertado pela pandemia, tornando a população ávida por vacinas e curas instantâneas, não deve conduzir ao imediatismo, sob pena de fazer periclitar a segurança e causar danos ainda maiores no futuro. De idêntica forma, o negacionismo voluntarista, desprovido de critérios, anticientífico e populista, e o desprezo pelas evidências científicas e pelos protocolos levarão a riscos agravados e maiores custos humanos e econômicos ao longo dos anos.

8 · PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E RESPONSABILIDADE PELA AÇÃO (OU INAÇÃO)

Seja precautoriamente ou preventivamente, a ausência de certeza científica quanto a curvas e formas de contágio, índices de cura, imunidade, entre outros, não deve servir de pretexto para a não adoção de medidas preventivas (isolamento social, quarentena, uso obrigatório de máscara, etc.).

O dever estatal de proteção ante a relevância do direito à saúde torna falso o dilema entre economia e saúde, até porque a economia por si só não leva à doença ou à morte. Cabe ao Poder Público, devidamente autorizado pela declaração do estado de emergência, aportar recursos financeiros para apoio aos cidadãos afetados em seus meios de subsistência pela pandemia. A saúde não pode ceder a uma consideração meramente financeira (níveis de endividamento público, que ocorre igualmente por uma série de motivos que nem sempre encontram justificativa na proteção dos mais vulneráveis) e ser colocada em segundo plano, diante do falso dilema de proteger a saúde ou a economia como se esta fosse um fim em si mesmo, independentemente do custo humano da omissão de providências precautórias.

Nunca é demais enfatizar que a perda de renda e a redução da atividade econômica são causadas pela pandemia, e ocorreriam independentemente da decretação ou não de medidas como a quarentena. Impõe-se na adoção de medidas restritivas a liberdades individuais pela pandemia uma ponderação dos direitos fundamentais – quanto mais importante o bem e maior a irreversibilidade do dano ou a difícil reparação, mais prudente deve ser a ação e mais rigorosos os critérios da avaliação da decisão a ser tomada. O fato é que a quarentena foi amplamente respaldada em estudos científicos e normas técnicas, sendo adotada até mesmo em países paupérrimos, o que vem a demonstrar que a questão é mais de inevitabilidade em face da gravidade do risco e dos danos irreversíveis do que uma opção meramente política.

Essa obrigação de respeito às normas de critérios técnicos e científicos e também aos princípios da prevenção e precaução transparece na decisão do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Cautelar nas ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 (rel. min. Luís Roberto Barroso) quanto à caracterização do “erro grosseiro” da MP 966/2020, a qual dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia de Covid-19 (RELATOR..., 2020).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE

COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia. 2. *Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.* Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”. 3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. 4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 6. Teses: “1. *Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.* 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem responsáveis por eventuais violações a direitos”.⁹

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do min. Luís Roberto Barroso na Medida Cautelar nas ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431.* Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/voto-mlrb-adis-mp-966-21mai2020.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

9 • CONCLUSÕES

Tanto a União quanto os estados, dentro da estratégia tripartite do Sistema Único de Saúde, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar medidas como isolamento e quarentena durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde, e sem embargo da competência da União para decretação das mesmas medidas (ADI 6343, STF).

A pandemia de Covid-19, incidindo em uma época marcada pela complexidade, pela ambiguidade e pela contraditoriedade das relações (jurídicas, técnicas, entre outras) criadas pela globalização, resulta em ampliação do risco e incerteza das repercussões das decisões administrativas adotadas para fazer frente aos efeitos dramáticos da rápida propagação do novo patógeno. Assim, surge a importância da sua apreciação no contexto da “sociedade global de riscos”, de Ulrich Beck.

A problemática da distribuição do risco assume relevância no ambiente da globalização, marcado pela convergência de múltiplos fatores incontrolláveis, que ampliam o risco decisional decorrente das opções do Poder Público no enfrentamento à pandemia. Outro fator a agravar a distribuição desigual do risco e ampliar a insegurança diz respeito à percepção do risco. A informação adequada no contexto da distribuição de riscos se torna fator preponderante na análise das medidas adotadas diante da pandemia de Covid-19.

O princípio da precaução, oriundo do Direito Ambiental, teve seu campo de aplicação ampliado para qualquer área onde se configure um dever de proteção do Estado, em especial a garantia dos direitos fundamentais. Enquanto na prevenção o objetivo é evitar risco cuja relação de causa e efeito é conhecida, na precaução a ação é disparada pela incerteza. No entanto, na sociedade de risco, onde a dimensão da incerteza é preponderante, realça-se a importância da precaução, complementando as indispensáveis – mas insuficientes isoladamente – medidas de prevenção.

O princípio da precaução deve nortear quaisquer medidas adotadas durante a pandemia sopesando direitos fundamentais em jogo, conjugando-se com o princípio da proporcionalidade, em sua dupla face de proibição do excesso e da insuficiência. A não adoção da precaução implica a distribuição de risco segundo a irracionalidade das forças sociais e de mercado, resultando em concentração do risco e do dano nas camadas mais vulneráveis da população.

Nesse contexto, assume relevo a gestão adequada do risco pela autoridade pública, com o emprego de medidas fundamentadas em critérios técnicos, dados epidemiológicos e análises científicas, e respeito pelo quadro institucional existente. A não adoção de medidas precaucionistas e o antiprecaucionismo inspirado pelo negacionismo e pelo anticientificismo pode acarretar a responsabilidade dos agentes públicos por dolo ou erro grosseiro.

REFERÊNCIAS

AFP. Custo da pandemia pode exceder os 4 trilhões de dólares. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 3 abr. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/03/interna_internacional,1135278/custo-da-pandemia-pode-exceder-os-4-trilhoes-de-dolares.shtml. Acesso em: 10 ago. 2020.

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Direitos humanos, Estado e globalização. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 117-140.
- CARMO, Eduardo Hage; PENNA, Gerson; OLIVEIRA, Wanderson Kleber. Emergências de saúde pública: conceito, caracterização, preparação e resposta. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 64, dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142008000300003>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000300003&lang=es. Acesso em: 20 jul. 2020.
- CORONAVÍRUS: cloroquina não previne Covid-19, aponta estudo. *BBC*, São Paulo, 30 set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-54360958>. Acesso em: 8 out. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração n. 1, de 9 de abril de 2020*. San José: CIDH, 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf. Acesso em: 2 ago. 2020.
- DECLARAÇÃO do Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acesso em: 27 jul. 2020.
- DESTRUIÇÃO DE HÁBITATS cria condições ideais para o surgimento do coronavírus. *Scientific American Brasil*, São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://sciam.com.br/destruicao-de-habitats-cria-condicoes-ideais-para-o-surgimento-do-coronavirus>. Acesso em: 8 out. 2020.
- EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. *Jornal Vascular Brasileiro*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 1-4, mar. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.
- ESTUDO aponta que imunidade de rebanho contra Covid-19 é inatingível. *Uol*, São Paulo, 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/07/06/estudo-aponta-que-imunidade-de-rebanho-contra-covid-19-e-inatingivel.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 156-182, jul./dez. 2012.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MACHADO, Ralph. Congresso derruba veto de Bolsonaro ao uso obrigatório de máscaras em lojas e escolas. *Notícias da Câmara dos Deputados*, Brasília, 19 ago. 2020. Disponível em: Camara.leg.br/noticias/685851-congresso-derruba-veto-de-bolsonaro-ao-uso-obrigatorio-de-mascaras-em-lojas-e-escolas/. Acesso em: 22 ago. 2020.
- MOLINARO, Carlos Alberto. Breves reflexões sobre os deveres fundamentais socioambientais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [s. l.], n. 20-3, p. 989-1025, set. 2015. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/breves-reflexoes-deveres-fundamentais-644978641>. Acesso em: 23 jul. 2020.

MPF ABRE inquérito para investigar execução orçamentária de combate à pandemia. NF 1.16.000.001.338/20, 4º Ofício, PRDF. *Notícias da Procuradoria da República no Distrito Federal*, Brasília, 2 jun. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/covid-19-mpf-abre-inquerito-para-investigar-execucao-orcamentaria-de-combate-a-pandemia>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MULTIDÃO se forma para tentar sacar auxílio emergencial. *Tribuna do Norte*, Natal, 3 maio 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/multida-o-se-forma-para-tentar-sacar-auxa-lio-emergencial/478950>. Acesso em: 25 jul. 2020.

RELATOR propõe que atos de agentes públicos durante a pandemia sigam critérios científicos. *Notícias STF*, Brasília, 20 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788>. Acesso em: 28 ago. 2020.

SILVA, Romeu Faria Thomé da; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 39-66, maio/ago. 2018.

TRINDADE DA SILVA, Gustavo Henrique. Regulação sanitária no Brasil: singularidades, avanços e desafios. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília, ENAP, 2006. p. 215-262.

UNITED NATIONS. *Our common future: report of the World Commission on Environment and Development*. Oslo: UN, 1987.

VENTURA, Deisy. *Direito e saúde global – o caso da pandemia gripe A (H1N1)*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ferramenta de eficácia social no fornecimento de medicamentos não relacionados no SUS aos indivíduos hipervulneráveis

Elton Oliveira Amara¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O conceito de hipervulnerabilidade e sua aplicação no microsistema de processo coletivo brasileiro. 3 Os requisitos jurisprudenciais na obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. 4 A inversão do ônus da prova em relação aos indivíduos hipervulneráveis nos casos urgentes. 5 Aprovação da tese no 23º Congresso Nacional do Ministério Público. 6 Contextualização da tese no cenário pandêmico.

1 · INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) é hialina ao normatizar em seu art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Adiante, fixa a descentralização, o atendimento integral e a participação da sociedade como diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Comentando o referido dispositivo, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais em geral, especialmente em virtude de seu regime jurídico privilegiado. Assume particular relevância, para o adequado manejo do direito à saúde, que a tutela da saúde, a exemplo de outros direitos fundamentais, apresenta uma série de interconexões com a proteção de outros bens fundamentais, apresentando zonas de convergência e mesmo de superposição em relação a outros bens (direitos e deveres) que também constituem objeto de proteção constitucional, tais como a vida, a moradia, o trabalho, a privacidade, o ambiente, além da proteção do consumidor, da família, das crianças e dos adolescentes, e dos idosos, o que apenas reforça a tese da interdependência entre todos os direitos fundamentais.

[...]

Na verdade, parece elementar que uma ordem constitucional que protege os direitos à vida e à integridade física e corporal evidentemente deva salvaguardar a saúde, sob pena de esvaziamento daqueles direitos. (SARLET, 2013, p. 1931, grifo nosso).

1 Promotor de Justiça (MPMT).

Umbilicalmente vinculada ao direito à vida, a tutela da saúde, como destacado pelo autor, traduz a opção do poder constituinte originário por difundir no ordenamento jurídico pátrio normas que garantam o desenvolvimento digno dos cidadãos.

A Lei n. 8.080/1990 é uma dessas normas e dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Dali, despontam as seguintes regras, de especial atenção ao debate em foco:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:

I - *dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde*, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no *art. 19-P*;

[...]

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base *nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS*, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base *nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS*, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base *nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS*, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. (Grifos nossos).

A despeito da eficácia plena e da aplicabilidade imediata do art. 196 da CF/1988, vê-se que o legislador infraconstitucional atrelou a dispensação de medicamentos por meio do SUS à existência de previsão nas relações cunhadas pela União, estados e municípios.

Sublinha-se que, no ano de 2018, foram gerados 123.448 novos casos processuais no Poder Judiciário vinculados a matéria de Direito Administrativo e a outras matérias de Direito Público com o assunto fornecimento de medicamentos.² Nesse contexto, a discussão sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS tomou fôlego.

Esse é o quadro que emoldura o presente artigo, que almeja contribuir para a atuação ministerial na temática, valendo-se da análise do conceito de pessoas hipervulneráveis, dos critérios jurisprudenciais fixados pelo Tribunal da Cidadania em recente e paradigmático julgamento e do instrumento da inversão do ônus da prova como mecanismo processual para a eficácia social do direito à saúde dos indivíduos hipervulneráveis.

2 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opedoc.htm?document=qvw_l%2FPai nelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 19 jul. 2019.

2 · O CONCEITO DE HIPERVULNERABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

A missão constitucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, felizmente, encontra amplo respaldo na legislação infraconstitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201) e o Estatuto do Idoso (art. 74), por exemplo, são harmônicos ao conferir atuação ministerial para a garantia dos direitos individuais indisponíveis desses grupos de pessoas. Não se desconhece, lado outro, que as crianças, os adolescentes, os idosos e as pessoas com deficiência física são indivíduos que recebem o princípio da prioridade na tutela desses direitos. Aqui, não há como se desvencilhar da conclusão de que o especial tratamento normativo está intimamente vinculado à hipervulnerabilidade.

No ordenamento jurídico pátrio, ao ventilar o instituto das práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor estampou em seu art. 39, inciso IV, a vedação ao fornecedor de produtos ou serviços de prevalecer-se da *fraqueza* ou *ignorância* do consumidor, *tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços*. Está-se, pois, diante da edificação legal da condição de pessoa hipervulnerável.

O Tribunal da Cidadania, por sua vez, não desafina ao utilizar de tal conceito para a proteção social desses grupos nas mais diversas searas. É o que se percebe dos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DOS ÍNDIOS. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO DE SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS E DE BENS INDISPONÍVEIS. LEI 8.080/90 E DECRETO FEDERAL 3.156/99. SÚMULA 126/STJ. ART. 461 DO CPC. MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

[...]

7. O *status* de índio não depende do local em que se vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo pusessem os pés fora de sua aldeia ou Reserva. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o *discrímen* utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam fora da Reserva. *Na proteção dos vulneráveis e, com maior ênfase, dos hipervulneráveis, na qual o legislador não os distingue, descabe ao juiz fazê-lo, exceto se for para ampliar a extensão, o grau e os remédios em favor dos sujeitos especialmente amparados.*

8. O atendimento de saúde - integral, gratuito, incondicional, oportuno e de qualidade - aos índios caracteriza-se como dever de Estado da mais alta prioridade, seja porque imposto, de forma expressa e inequívoca, pela lei (dever legal), seja porque procura impedir a repetição de trágico e esquecido capítulo da nossa história (dever moral), em que as doenças (ao lado da escravidão e do extermínio físico, em luta de conquista por território) contribuíram decisivamente para o quase extermínio da população indígena brasileira.

9. É cabível a cominação da multa prevista no art. 461 do CPC contra a Fazenda Pública. Precedentes do STJ.

10. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos. (REsp 1064009/SC, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/8/2009, *DJe* 27 abr. 2011, grifos nossos);

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

[...]

4. *A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.*

5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1329556/SP, rel. ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25.11.2014, *DJe* 9 dez. 2014, grifos nossos).

Trocando em miúdos, as crianças, os adolescentes, os idosos, os indígenas e as pessoas com deficiências estão inseridos no grupo de hipervulneráveis. Nessa toada, seja pela aplicação do microsistema de processo coletivo, seja pela concretização da teoria do diálogo sistemático das fontes, mister que recebam especial tratamento na tutela do direito individual indisponível à saúde, obviamente, de acordo com as nuances do caso concreto.

3 · OS REQUISITOS JURISPRUDENCIAIS NA OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS

Esclarecido o conceito de hipervulnerabilidade, os olhos deverão ser volvidos aos paradigmas do Recurso Especial n. 1.657.156, afetado pelo rito dos julgamentos dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

Ali, discutiu-se exatamente a obrigação do Estado em fornecer medicamentos não previstos nas listas do SUS. De um lado, argumentou-se a extensão da aplicabilidade do art. 196 da CF/1988 ante as restrições estampadas na Lei n. 8.080/1990. Noutra senda, o princípio constitucional da separação foi pontuado como tese principal para negar-se tal direito subjetivo.

Da pena do ministro relator Benedito Gonçalves advieram os fundamentos que cominaram na seguinte tese:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTRO-VÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. *TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.*

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (REsp 1657156/RJ, rel. ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25.4.2018, DJe 4 maio 2018, grifo nosso).

Pelo rito do art. 1.036 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela *possibilidade* de fornecimento de medicamentos não previstos em atos normativos do SUS, desde que estejam cumpridos os requisitos grifados.

Na atuação ministerial cotidiana, a comprovação da incapacidade financeira e do registro de medicamentos na ANVISA não revelam maiores dificuldades. Contudo, a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS pode se tornar um hercúleo obstáculo para a eficácia social do direito à saúde do substituído processual extraordinário. Sendo assim, não pode ele, o hipervulnerável, ficar à mercê da inércia estatal para a obtenção de tal laudo médico. Clara como a luz solar, surge a inversão do ônus da prova como instrumento processual adequado para a solução do imbróglgio.

4 · A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM RELAÇÃO AOS INDIVÍDUOS HIPERVULNERÁVEIS NOS CASOS URGENTES

A ampla gama de atribuição ministerial não pode encontrar limite em obstáculos geográficos. O Ministério Público brasileiro está presente em toda a extensão territorial. Ocorre que, infelizmente, os aspectos estruturais da Administração

Pública nem sempre são condizentes com o necessário para a garantia do direito constitucional à saúde.

Cita-se, exemplificadamente, o caso do Município de Alto Garças-MT. A unidade de saúde (Hospital Regional) sob responsabilidade do Estado de Mato Grosso que guarnece os cidadãos altogarcenses dista, aproximadamente, 150 km, localizando-se no Município de Rondonópolis-MT. Naquele nosocômio laboram os médicos especialistas vinculados ao SUS no âmbito estadual responsáveis pelo atendimento da demanda municipal de Alto Garças, encarregados do acompanhamento e da prescrição das terapias medicamentosas. Tal quadro revela que o cidadão hipervulnerável não possui acesso imediato, sequer célere, à comprovação por meio de laudo médico nos moldes ilustrados no recurso repetitivo debatido. Não se desconhece que essa situação caótica permeia os mais diversos rincões do Brasil.

Com essas particularidades, indaga-se: é proporcional vincular o fornecimento do medicamento ao lapso temporal necessário para a obtenção do laudo? Qual a forma processual de conferir celeridade ao quadro?

A resposta encontra chancela no art. 373 do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, *poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.* (Grifo nosso).

Analisando os requisitos legais para a aplicação do instituto, ecoa a doutrina:

3.4. Requisitos materiais. De acordo com o § 1º, a possibilidade de dinamização ocorre quando uma das partes, acentuadamente em relação à outra, detenha: (a) *conhecimento técnicos ou;* (b) *informações específicas sobre os fatos ou;* (c) *maior facilidade em sua demonstração.* Trata-se de dados textuais dotados de grande vagueza, que dependem da atuação doutrinária e jurisprudencial. O § 2º, por sua vez, impõe que a dinamização não gere, em detrimento de nenhuma das partes, um encargo impossível ou excessivamente difícil. Em outras palavras, a dinamização não deve ser utilizada quando haja prova diabólica para ambos os litigantes. Em tais situações, deve ser utilizada a regra de inescclarecibilidade, de modo a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, sendo esta que deverá se submeter à decisão desfavorável. (PEIXOTO, 2016, p. 559, grifo nosso).

A inversão do ônus da prova não foi novidade implantada pelo Código de Processo Civil. Já se encontrava expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor e amplamente utilizada na tutela do Direito Coletivo *lato sensu*, com aplicação, por exemplo, nas demandas envolvendo Direito Ambiental. Assim, no caso em apreço, em estrita homenagem ao diálogo sistemático das fontes, também deverá ser invocada na tutela ao direito individual indisponível de acesso à saúde pelos hipervulneráveis.

Com isso, não se está a fazer tábula rasa das listas elaboradas no âmbito do SUS, muito menos a questionar a eficácia das medicamentações ali previstas. Em verdade, como aplicação do princípio da proporcionalidade, apenas não deverá ser

ônus probatório do substituído processual extraordinário a apresentação do laudo médico nos termos do decidido no Recurso Especial n. 1.657.156/RJ. Concluir de maneira diversa é justamente impossibilitar ou criar excessiva dificuldade de cumprir o encargo pelo cidadão hipervulnerável.

E aqui calha ressaltar que os eventuais integrantes do polo passivo da ação cominatória (União, estados ou municípios) possuem toda a estrutura adequada para cumprir com ônus probatório invertido. Isso porque são os verdadeiros administradores do SUS, detentores do poder de agenda para a realização de consultas com os médicos especialistas. Relembrando a doutrina transcrita, quanto à eficácia do medicamento congênera previsto na lista do SUS, tais pessoas jurídicas de direito público interno possuem (a) maiores conhecimentos técnicos; (b) informações específicas sobre os fatos; e (c) maior facilidade em sua demonstração. Obviamente, comprovada a eficácia de medicamento previsto nas relações do SUS para o caso, este deverá ser fornecido ao paciente.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser aplicado no afã de afastar a supressão do adequado direito à saúde pela aplicação irrestrita do requisito jurisprudencial aqui focado. No ponto, emana da literatura jurídica:

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Ele determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada – seus efeitos negativos e positivos –, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 478).

O que se revela desproporcional sob o ponto de vista deste subprincípio e verdadeiro ferimento de morte ao princípio da prioridade é fazer com que um cidadão hipervulnerável (v.g., criança, adolescente ou idoso) tenha seu tratamento medicamentoso urgente postergado a evento futuro e incerto (obtenção do laudo médico pela impossibilidade de substituição do fármaco), com explícita afronta ao art. 196 da CF/1988.

5 · APROVAÇÃO DA TESE NO 23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

À pessoa hipervulnerável, que dependa do Sistema Único de Saúde para casos de urgência na obtenção de terapia medicamentosa, deve ser mitigada a aplicação da comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Para tanto, sem que se rompa irrestritamente o equilíbrio e a equidade no sistema, haverá de ser utilizado o instituto da inversão do ônus da prova, garantindo a idoneidade do direito face à eventual mora processual e de agendamento de nova consulta pelo médico da rede e permitindo ao poder público a comprovação da eficácia do tratamento previsto nas relações do SUS durante a marcha processual.

Com as considerações até aqui talhadas, houve o êxito na provação da seguinte tese no 23º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de Goiânia-GO em 2019:

Nas demandas envolvendo direito individual indisponível à saúde de indivíduo hipervulnerável, constatada a urgência do caso, deverá ser utilizada a inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil) como medida de eficácia social para a comprovação dos requisitos estampados no julgamento do REsp n.º 1.657.156/RJ (Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça – obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS).

6 · CONTEXTUALIZAÇÃO DA TESE NO CENÁRIO PANDÊMICO

Desde a aprovação da indigitada tese até os tempos hodiernos, sobreveio fato imprevisível e que, diretamente, reforça ainda mais a necessidade de sua aplicação na tutela do direito indisponível à saúde. Isso porque em março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia mundial do novo coronavírus (Sars-Cov-2).

No âmbito federal, houve a gênese da Lei n. 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Dali, vê-se uma gama de restrições à liberdade individual em prol do interesse público primário, com o escopo de evitar o aumento do contágio da população brasileira.

Não bastasse, o próprio Conselho Federal de Medicina teceu orientação aos profissionais vinculados sobre a restrição de utilização do atendimento eletivo no âmbito do SUS. Nesse contexto, advertiu a autarquia:

- 1) Cabe a cada Conselho Regional de Medicina (CRM), no âmbito de sua jurisdição, autorizar ou não, *procedimentos eletivos (consultas e cirurgias) nas redes pública e privada*, comunicando sua decisão às autoridades competentes, aos médicos e à população;
- 2) A indicação ou contra-indicação cirúrgica é do cirurgião assistente, devendo-se considerar o perfil epidemiológico de seu estado e/ou município; as recomendações técnicas das autoridades sanitárias e do executivo local; e as atualizações propostas pelas respectivas sociedades de especialidades filiadas à Associação Médica Brasileira (AMB);
- 3) Pacientes sintomáticos, suspeitos ou portadores de COVID-19, devem ter o ato cirúrgico postergado, salvo situações de urgência ou emergência, quando deverão ser respeitados os prazos máximos de atendimento estabelecidos na Resolução CFM n.º 2.077/2014;
- 4) É de responsabilidade do médico assistente a obtenção prévia do termo de consentimento livre e esclarecido, devendo o diretor técnico da instituição onde será realizado o procedimento garantir condições adequadas para a realização do mesmo, assim como o uso de equipamentos de proteção individual (EPI) durante o ato cirúrgico.³ (Grifo nosso).

Naturalmente, alguns entes da federação adotaram a postura de limitar e até mesmo cessar os atendimentos eletivos. Os indivíduos hipervulneráveis que já

3 Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/pdf/nota%20cfm%20cirurgias%20eletivas.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

enfrentavam dificuldades de acesso geográficas e advindas das filas de espera viram o direito adequado ao fornecimento de terapias medicamentosas ainda mais distante.

O instituto processual defendido pela tese em comento, pois, tomou ainda mais fôlego como mecanismo para coibição da demora da tutela processual efetiva. Enfim, ante a solidariedade no dever de garantia de acesso ao Sistema Universal de Saúde entre a União, os estados e os municípios, o Ministério Público nacional, com ênfase na atuação do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e o Federal, tem na inversão do ônus da prova importante instrumento para cumprimento de sua missão constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEIXOTO, Ravi. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1931.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIREITO À CIDADE E MOBILIDADE URBANA

Reinventando o modal bicicleta

Fabiana de Alcantara Pacheco Coelho¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A mobilidade urbana eficiente como espécie do direito à cidade. 3 O arcabouço jurídico-normativo do direito à mobilidade urbana no Brasil. 4 Movimentos civis e luta por uma mobilidade urbana eficiente nas últimas décadas. 5 Contextualização histórica da bicicleta e seu progressivo reconhecimento como modal de transporte. 6 A bicicleta e sua importância para a qualidade de vida e para a economia em geral no Brasil. 7 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

Neste artigo teremos a mobilidade urbana eficiente como tema, enfocando o uso do modal bicicleta. A mobilidade urbana é uma subespécie do direito à cidade e, para sua melhor compreensão, devemos primeiro, então, abordar então o que é este último direito.

Na Carta Mundial pelo Direito à Cidade, de 2006,² documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico, sediado em Quito, este direito é definido como o “usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social” e como

um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado.

A expressão “direito à cidade”, com a configuração próxima a que temos hoje, foi inicialmente apresentada na obra *Le Droit a la Ville* (1968), em que o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre contesta a visão determinista e metafísica do urbanismo modernista, recusando-se a aceitar a visão de que os problemas da sociedade estariam adstritos a questões espaciais e ou meramente arquitetônicas.

Para Lefebvre e Harvey, o espaço urbano é produzido pelo social, assim como o indivíduo é reformulado subjetivamente por esse mesmo espaço num constante processo de trocas. Na perspectiva desse direito, o ser humano, reificado pelas forças econômicas sob o comando do aparato estatal, deve reassumir seu papel de sujeito e retomar os espaços e funcionalidade urbanos que lhe pertencem, atingindo, assim, na verdade, o resgate de sua própria natureza humana, relacional por essência.

1 Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Analista do Ministério Público do Rio de Janeiro.

2 Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2019.

A cidade existe por causa do homem e para o homem e não este para servir como vassalo à estruturação cruel e fria tal como se tem apresentado em geral por todo o mundo.

Contrariamente a este desiderato, a configuração da maioria das cidades, especialmente as de países periféricos latino-americanos como o Brasil, está estabelecida sobre um aparato socioeconômico de profunda concentração de renda e exclusão social, em que o espaço urbano e seus atributos são apenas usufruídos por parcela muito pequena da sociedade, enquanto milhares de pessoas sofrem as consequências da depredação do meio ambiente, segregação socioespacial e ausência de acesso aos equipamentos públicos.

A progressiva financeirização da moradia contribui em muito para essa configuração excludente da cidade e pode ser definida como o fenômeno em que a escassez de recursos para as melhorias em infraestrutura urbana e a ânsia por lucro do setor financeiro acabam por se sobrepor aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso a bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais.

Num cenário deste tipo, a cidade nem de longe é equitativa, pois a terra, principalmente a que está atendida por equipamentos públicos, é cara e inacessível à maior parte da população. Nessa dinâmica, a cidade não é mais um direito e sim mais uma mercadoria.

A luta por revisão desses padrões segregacionistas tem sido uma constante,³ pois, numa cidade equitativa e justa, as pessoas e seus pertences locomovem-se e são transportadas com fluidez, sem maiores embaraços de quaisquer origens para que se reconheçam como usufruidores das benesses geradas pela construção cidadã, sejam elas materiais e imateriais.

Com uma altíssima taxa de urbanização que alcança o patamar de 84,36% atualmente, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil apresenta grandes problemas de mobilidade urbana, que pode ser definida como a condição em que se realizam os deslocamentos das pessoas e cargas no espaço urbano, de acordo com o art. 4º, inciso II, da Lei n. 12.587/2012.

Vários outros fatores levam a essa mobilidade urbana ineficiente. Podemos citar a má qualidade do transporte público no Brasil, um estímulo desde a década de 1950 a uma cultura eminentemente rodoviarista, inclusive com redução de impostos do Governo Federal para incentivar a compra de automóveis, a concessão exacerbada de crédito ao consumidor para compra de automóveis e a falta de planejamento urbano e arquitetônico.

Neste panorama, um modal bastante já utilizado cidades com menos de 60.000 habitantes, em que a prestação de serviço público de transporte coletivo é geralmente mais crítica, vem progressivamente sendo reconhecido nas políticas públicas de mobilidade urbana por todo o país: a bicicleta.

Diante da ideia de que os meios de transportes mais modernos como automóveis, caminhões e metrô, altamente poluentes, resolveriam os problemas de mobilidade urbana, por um longo período acreditou-se, conforme consignado pela

³ Protesto no Brasil em 2013, denominado por Manifestações dos 20 centavos ou Jornada de junho de 2013.

Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT), em seu Manual de Planejamento Ciclovitário (2001, p. 3), que a bicicleta era uma “tecnologia ultrapassada e fadada ao completo desaparecimento”, o que, na verdade, revelou-se uma afirmação falaciosa diante das crises energéticas, da revisão de parâmetros de proteção ao meio ambiente e de paradigmas sociais.

De fato, movimentos de luta pela inclusão da bicicleta no cotidiano e seu reconhecimento como modal de transporte, crises energéticas que buscaram modais menos poluentes como o Primeiro Choque do Petróleo, ocorrido em 1973, e o acolhimento de uma visão multidisciplinar sobre a mobilidade urbana acabaram refletindo nas políticas públicas, que passaram a incluir o modal na política urbana de planejamento de municípios, estados e União.

Apesar de o quadro de uso da bicicleta nas cidades brasileiras estar aumentando progressivamente, diversos empecilhos ainda se apresentam, tais como a falta de reconhecimento e respeito ao modal por parte de grande parcela de habitantes, ausência de infraestrutura satisfatória para o uso do veículo com diminuição de riscos aos ciclistas e demais munícipes, ausência de integração entre modais e o resquício de uma estigmatização da bicicleta como transporte de usuários “excluídos sociais” e, portanto, desmerecedores de respeito e atenção.

2 · A MOBILIDADE URBANA EFICIENTE COMO ESPÉCIE DO DIREITO À CIDADE

Para tratarmos de mobilidade urbana, devemos inicialmente tratar do direito à cidade, que não nasceu como direito, mas como movimento de luta da sociedade civil por melhores condições de vida no espaço urbano, espaço de concretização de embates sociais e de exercício de cidadania, ou seja, nasceu como fenômeno sociológico.

As pautas desses movimentos sociais incluem o repúdio à depredação ambiental, à aceitação de que pessoas não tivessem acesso à moradia (os sem-teto), à exclusão de indivíduos de suas localidades por implementação de processos de gentrificação, ao desalojamento indevido de moradores por causa da financeirização da moradia sob o comando do Estado, à exclusão social dos menos favorecidos socialmente como pessoas de diferentes etnias, mulheres, crianças, idosos, por exemplo.

Bello e Ribeiro (2018) sustentam que, muito antes de a Constituição da República Federativa de 1988 dispor sobre as cidades, em breve capítulo sobre a Política Urbana (arts. 182 e 183) e ainda de forma esparsa pelo texto constitucional,⁴ já havia muitas lutas civis pelo reconhecimento de uma vida digna na cidade por todo o mundo.

Para exemplificar estes movimentos sociais, podemos citar os *Écologistes*, movimento de ação radical francês que se dedicava aos embates por modo de vida urbano ecologicamente mais aceitável na década de 1970; os movimentos revolucionários em Oaxaca, no México; em Cochabamba (2000 e 2007) e em El Alto (2003 e 2005) na Bolívia; a mobilização popular corporificada no Fórum Nacional pela Reforma Urbana (FNRU), nas décadas de 1980 e 1990, no Brasil, que culminou com a promulgação do Estatuto da Cidade em 2001; e o Fórum Social dos Estados Unidos, em junho de 2007, em Atlanta, movimento social que

4 Conforme o art. 6º, *caput*; art. 25, § 3º; art. 144, §10, I; e art.156, I.

criou uma Aliança pelo Direito à Cidade com atuação em cidades como Nova Iorque e Los Angeles.

De movimento de trabalhadores fabris revolucionários desejosos de mudança, o processo de crescente urbanização mundial muda paulatinamente o *locus* de onde provêm os embates e anseios: a cidade e seus excluídos sociais, os trabalhadores urbanos, aqueles que não querem se adequar às condições de vida degradantes que os processos econômicos hegemônicos lhes tentam impor.

A expressão “direito à cidade”, com a configuração próxima a que temos hoje, foi inicialmente apresentada na obra *Le Droit a la Ville* (O Direito à Cidade, 1968), em que o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre contesta a visão determinista e metafísica do urbanismo modernista, recusando-se a aceitar a visão de que os problemas da sociedade estariam adstritos a questões espaciais e/ou meramente arquitetônicas.

A progressiva financeirização da moradia contribui em muito para essa configuração excludente da cidade e pode ser definida como o fenômeno em que a escassez de recursos para as melhorias em infraestrutura urbana e a ânsia por lucro do setor financeiro acaba por se sobrepor aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso a bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais.

Num cenário deste tipo, a cidade nem de longe é equitativa, pois a terra, principalmente a que está atendida por equipamentos públicos, é cara e inacessível à maior parte da população. A cidade, então, não é mais um direito e, sim, mais uma mercadoria. O cidadão passa a ser consumidor e, como sabemos, nem todos os consumidores têm acesso a todos direitos sociais, também transformados em *commodities*: saúde, educação, educação, mobilidade urbana, lazer, acesso a equipamentos públicos.

De acordo com Harvey (2014), o direito à cidade, de onde deflui o direito à mobilidade urbana, é um direito humano, subjugado por uma lógica de mercado liberal, em que o direito à propriedade privada e taxas de lucro estratosféricas suplantam o real acesso àquele direito, relegando a cidade e o bem-estar que ela possa oferecer a somente uns pouquíssimos detentores de capital.

Nas palavras do precitado geógrafo e antropólogo (2014, p. 81):

[...] A qualidade de vida urbana tornou-se uma mercadoria, assim como a própria cidade, num mundo em que o consumismo, o turismo e a indústria da cultura e do conhecimento se tornaram os principais aspectos da economia política urbana. A tendência pós-moderna de encorajar a formação de nichos de mercado – tanto hábitos de consumo quanto formas culturais – envolve a experiência urbana contemporânea com uma aura de liberdade de escolha, desde que se tenha dinheiro.

A própria configuração tomada pela cidade advém da utilização do produto excedente, o que a torna um *locus* ontologicamente de luta de classes, criando um laço inegável entre o desenvolvimento do sistema capitalista e o próprio processo de urbanização.

Neste cenário, surgem processos de gentrificação, financeirização da moradia e grande especulação imobiliária, em que os economicamente excluídos são obrigados a cada vez mais viver em bairros periféricos e não nas centralidades, o que acaba por impactar enormemente na mobilidade urbana, que também se elitiza e oprime os desprovidos de posses.

Sob a perspectiva do direito à cidade, desejamos exercer um poder coletivo sobre o processo de urbanização, inicialmente calcado na noção individualista da

propriedade. A revisão da construção e do desfrute da cidade como um fenômeno exclusivo acessado por uma minoria que possui o excedente de capital é o mote de tessitura desse direito, que impõe a revisão da cidade do capital para a progressiva construção da cidade das pessoas.

Uma nova pauta de reivindicação surge nesta luta pela cidade equitativa: a mobilidade urbana. À necessidade de circulação frenética para escoamento de fatores de produção, o trabalho, produtos, mercadorias e capital contrapõe-se a dificultosa mobilidade de grande parte das pessoas que vivem na cidade, pois a mobilidade eficiente também se torna uma mercadoria, acessível a poucos.

Com uma crescente urbanização, a luta por revisão desses padrões segregacionistas, por todo o mundo tem sido uma constante,⁵ pois, numa cidade equitativa e justa, as pessoas locomovem-se e são transportadas com fluidez, sem maiores embaraços de quaisquer origens para que se reconheçam como usufruidores das benesses geradas pela construção cidadina, sejam elas materiais e imateriais.

Por se tratar de um direito relativamente novo, de natureza coletiva, muitos estudiosos têm dificuldade em visualizar a mobilidade urbana como um tema também adstrito ao campo dos estudos do Direito, geralmente o analisando sob o prisma único da arquitetura e urbanismo, engenharia ou até mesmo da geografia.

A multidisciplinaridade e os múltiplos enfoques que se podem aplicar à temática, no entanto, são incontestes. Na seara jurídica, com o crescente e expressivo processo de urbanização mundial, que se estima atingir o patamar mundial de até 65% das pessoas vivendo em cidades até o ano de 2050, a mobilidade urbana é objeto de estudos, discussões em fóruns mundiais e elaborações normativas que influenciam nosso ordenamento jurídico, como alguns citados a seguir.

Na Carta da Organização dos Estados Americanos, tratado multilateral datado de 30 de abril de 1948 e ratificado pelo Brasil em fevereiro de 1950, a modernização da vida rural, o estímulo a um crescente processo de industrialização com acesso ao direito de bem-estar material, o fornecimento da habitação adequada e condições urbanas que proporcionassem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna foram consideradas metas básicas a serem seguidas pelos Estados signatários, com base no art. 34, alíneas *d*, *e*, *k*, e *l*.

Na Carta Europeia de Garantia dos Direitos Humanos na Cidade, aprovada em Saint-Denis, França, em 2000, a preocupação com o deslocamento na cidade é expressa em seu preâmbulo. No art. 22, itens 1, 2 e 3, a Carta confere tratamento específico ao direito de circulação e à tranquilidade na urbe, atribuindo às autoridades locais o reconhecimento de que os cidadãos devem dispor de meios de transporte públicos acessíveis, fomentando-se ainda o uso de veículos não poluentes. Pedestres, segundo o texto em comento, devem ter áreas de circulação reservadas de maneira permanente ou em certos momentos do dia.

O Comitê das Nações Unidas, constituído por 18 especialistas em matéria de direitos humanos e criado em 1985 com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992, emitiu, em 2004, as observações gerais sobre

5 Protesto no Brasil em 2013, denominado *Manifestação dos 20 centavos* ou *Jornada de junho de 2013*.

o direito à moradia ao analisar relatórios emitidos pelos Estados signatários, consignando que a moradia adequada é aquela que permita acesso a opções de emprego, levando em consideração que os custos de tempo e financeiros para chegar aos postos de trabalho e retorno à residência podem impor exigências excessivas às famílias mais pobres (item 8, *f*, das observações gerais).

Na mesma linha principiológica até aqui desenvolvida, em 2005, foi aprovada a Carta Montrealense de Direitos e Responsabilidades, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2006, elaborada por um grupo de trabalho composto por cidadãos denominado Laboratório da Democracia, sob a alçada do Presidente da Câmara Municipal e do Chefe do executivo municipal de Montreal, visando ao favorecimento de acesso às atividades e aos equipamentos coletivos de lazer, atividades físicas e desportos (art. 22, *c*) e favorecer os meios de transporte coletivo e outros transportes, limitando a circulação de carro no ambiente citadino (art. 24, *d*).

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, publicada em 2006, documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico de mesma data, após discussões em fóruns sociais nas cidades de Quito (2004), Barcelona (2004) e Porto Alegre (2005), em seu artigo XIII, dispõe sobre o direito ao transporte público e à mobilidade urbana com ênfase ao transporte público acessível, a preços razoáveis, demonstrando ainda preocupação com as diferentes necessidades ambientais e sociais envolvidas na operacionalização desse direito.

Em 2009, o Comitê de Mobilidade Urbana da organização Cidades e Governos Locais Unidos (CGLU), na cidade de Stuttgart, Alemanha, e a organização civil *Cities for Mobility* (Cidades para Mobilidade) editaram o documento *Agenda 21 para a mobilidade*,⁶ em que as tônicas para trato do tema foram a inclusão social, o desenvolvimento da economia, ao mesmo tempo em que se visa à proteção do meio ambiente contra agressões desnecessárias.

Na América Latina, tem-se a Carta da Cidade do México pelo Direito à Cidade,⁷ datada de julho de 2010, surgida a partir de debates entre diversas organizações sociais, civis, entidades governamentais e cidadãos. A iniciativa foi bem recebida também pelo Governo do Distrito Federal mexicano desde princípios de 2007, tendo sido realizado vários eventos públicos de discussão sobre o direito à cidade. Importante consignar que só a Zona Metropolitana do Vale do México tem mais de 20 milhões de habitantes, sendo umas das regiões mais povoadas do planeta.

Nesta iniciativa advinda de debates múltiplos populares, em clara demonstração do exercício pleno da cidadania, considera-se que uma cidade inclusiva preserva o direito à liberdade de circulação, resguardando, ainda, total acesso ao transporte público e mobilidade urbana (item 3.2.1). A criação de novas centralidades de atividades econômicas, políticas e de educação na malha urbana é levada em consideração para melhoria da mobilidade (item 3.3.5), bem como o fomento a modais de transportes não poluentes (item 3.3.5).

No Brasil, a Organização das Nações Unidas, através do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat), realizou em 2010 o Fórum

6 Disponível em: http://i-nse.org/wp-content/uploads/Cities-For-Mobility_Agenda21.pdf. Acesso em: 7 maio 2019.

7 Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8584.html>>. Acesso em: 12 out. 2019.

Urbano Mundial (FUM), sobre o tema “Direito à Cidade: Unindo o Urbano Dividido”, com mais de 18 mil participantes, na Zona Portuária da cidade do Rio de Janeiro. Tal fórum ocorreu de dois em dois anos desde 2002, e a primeira edição, realizada em Nairóbi, Quênia, teve como tema a urbanização sustentável.

O direito à cidade é o eixo para discussão e aperfeiçoamento de ações de políticas públicas neste fórum da ONU, divulgando-se ainda um relatório denominado “O Estado das Cidades no Mundo 2010/2011: Unindo o Urbano Dividido”.⁸ Dados, artigos e informações escritos por acadêmicos, gestores e especialistas sobre o problema da rápida urbanização no planeta e modos de superá-los são compilados.

O Município do Rio de Janeiro apresentou no Fórum a “Carta do Rio de Janeiro sobre o Direito à Cidade”,⁹ em que reafirmou o reconhecimento do direito à cidade inclusiva, como um novo paradigma socioambiental em que a equivalência de oportunidades aos bens materiais e imateriais oferecidos seja ofertada a todos os habitantes temporários ou permanentes da cidade. Para este mister, de acordo com o relatório do Fórum (2010, p. 106), reafirmou-se a necessidade de políticas públicas articuladas por toda a sociedade civil e instituições governamentais.

No FUM, ainda se demonstrou franca preocupação com o tema mobilidade urbana em toda a América latina, tratando-o como um dos maiores problemas nevrálgicos atuais. Enfatizou-se no relatório (2010, p. 20), no item 26, que a população mais pobre é a que mais sofre com a carência de mobilidade urbana eficiente por geralmente residir em áreas desprovidas de centralidades e equipamentos públicos.

Outro ponto do documento (UN-HABITAT, 2010, p. 50), tratado no item 11, foi a inacessibilidade das favelas no Brasil no que tange à mobilidade, reforçando-se que estradas de acesso deveriam ser construídas até mesmo para que houvesse acesso de veículos de socorro e outros serviços.

Todos os documentos até aqui citados demonstram que a temática da mobilidade urbana eficiente tem sido alvo de intensos debates mundiais, sobre o qual especialistas das mais diversas áreas de conhecimento, inclusive os da área jurídica, juntamente com governantes locais, organizações civis e cidadãos, estão mantendo intenso intercâmbio de informações, estudos e pesquisas, considerada a relevância do tema para o bem-estar do ser humano.

O processo interessante é que muitos dos documentos sobre os quais discorremos não advêm de iniciativas meramente legislativas, ou seja, como fruto da democracia indireta (sistema representativo). Muito pelo contrário, advêm de intensos debates entres cidadãos, especialistas e protagonistas públicos principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo. O paradigma participativo-direto de democracia tem sido amplamente utilizado no tema direito à cidade e à mobilidade urbana, dado o impacto direto das discussões na vida do cidadão em geral e a multiplicidade de enfoques sociais e técnicos que pode ser aplicada ao assunto.

8 Cf. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT). *Estado das Cidades do Mundo 2010/2011 - Unindo o Urbano Dividido*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

9 Cf. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT). *Report of the Fifth Session of the World Urban Forum*. Fonte: <https://unhabitat.org/wp-content/uploads/2016/07/wuf-5.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

3 · O ARCABOUÇO JURÍDICO-NORMATIVO DO DIREITO À MOBILIDADE URBANA NO BRASIL

Muitos indivíduos são privados do acesso à mobilidade urbana por causa do elevado custo dos transportes públicos, o que acaba por impactar em sua educação, acesso a trabalho, saúde e, até mesmo na manutenção de laços familiares quando são impossibilitados de visitar parentes por ausência de modicidade de tarifas. Além disso, quando têm acesso ao transporte, padecem longas horas de viagem em razão de uma cultura eminentemente rodoviarista e individualista de mobilidade, ainda encontrada em muitas cidades brasileiras no arranjo do planejamento urbano.

Partindo desse cenário socioeconômico, estima-se que a população brasileira atualmente encontra-se precipuamente nas cidades, alcançando um índice de 84,36% de taxa de urbanização no ano de 2010, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).¹⁰ O IBGE identificou 63 concentrações urbanas brasileiras com mais de 300 mil habitantes em projeto do ano de 2015¹¹ que tem como intento, além do estudo socioespacial de nosso território, ajudar nas escolhas das políticas públicas que serão implantadas, em alinhamento às necessidades dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.¹²

Esta altíssima taxa de urbanização traz à baila a ideia de cidade como um ímã de pessoas, “um campo magnético que atrai, reúne e concentra os homens”, que nos é apresentada por Rolnik (1995, p. 13), configurando a formação sociopolítica da cidade. Se por um lado a cidade atua como um ímã, revela por outro uma característica paradoxal, que é a complexa segregação, reunião de medos e anomias deste território.

Este processo de crescimento das cidades brasileiras desenvolvido precipuamente no século XX, no entanto, foi implementado com muitos resquícios de características do período colonial e imperial, tais como concentrações de riquezas, poder e terra em nome de poucos favorecidos, bem como pelo coronelismo e pelo uso do direito como instrumento de reforço dessas idiosincrasias.

Nosso processo de urbanização corporativa gerou cidades com problemáticas bastante similares, como déficit crônico de moradia em condições de habitabilidade mínima, como saneamento básico, déficit de acesso à mobilidade urbana eficiente, à saúde e ao lazer.

É a cidade do capital e não das pessoas que foi forjada segundo o aparato técnico e científico voltado para o escoamento do excedente do capital, voltada para o interesse das grandes corporações e que ainda se vale do aparato estatal para a consecução de seus fins. Nessa perspectiva urbanizadora, afirma Santos (2009, p. 10) que:

A cidade em si, como relação social e como materialidade, torna-se criadora de pobreza, tanto pelo modelo socioeconômico de que é suporte como por sua estrutura física, que faz dos habitantes das periferias (e dos cortiços) pessoas

10 Cf. IBGE. *Censo demográfico 1940-2010*. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007, no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979. Acesso em: 17 abr. 2019.

11 Cf. IBGE. *Áreas urbanizadas do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100639.pdf>. Acesso em: 17 de abr. 2019.

12 Documentos estabelecidos pela Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2015, assim como da Nova Agenda Urbana, pactuada na III Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável. Habitat III, realizada em 2016.

ainda mais pobres. A pobreza não é apenas o fato do modelo socioeconômico vigente, mas, também do modelo espacial.

No campo normativo, desde a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, a preocupação do constituinte já era a garantia do bem-estar dos habitantes e a utilização do solo urbano em atendimento às funções sociais da cidade, em nítida oposição ao conceito de cidades segregadoras e disfuncionais, em que o perfil mercadológico capitalista, voltado para a acumulação de riquezas e especulação imobiliária altamente predatória, prepondera.

Inicialmente, conforme dispõem o art., 21, inciso XX e o art. 30, *caput*, nosso legislador constituinte originário referia-se ao acesso a transportes urbanos e coletivos, isto é, ao deslocamento de pessoas. Os transportes coletivos, no entanto, constituem-se apenas em uma das facetas de um conceito mais amplo que é o de mobilidade urbana, este que é definido pelo art. 4º, inciso II, da Lei n. 12.587/2012 como “a condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”.

A definição de mobilidade urbana confere um caráter sistemático e dinâmico ao trânsito, transporte coletivo, à logística de distribuição das mercadorias, a construção da infraestrutura viária, a gestão de calçadas e outros temas correlatos aos deslocamentos que ocorrem no espaço urbano.

Nessa formulação conceitual adotada, a funcionalidade das políticas formuladas é permeada por questões socioeconômicas, sustentabilidade ambiental, uso do solo e suas implicações e de gestão pública.

Na esteira da preocupação mundial com o direito à cidade sustentável e adequada aos interesses das populações locais, entrou em vigor em 2001 o Estatuto da Cidade,¹³ regulamentando os arts.182 e 183 da Constituição de 1988, expressamente referindo-se, em seu art. 2º, inciso I, à garantia ao transporte como diretriz para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Apesar de o Estatuto da Cidade ter sido um grande avanço social à época, não contemplou especificamente a temática mobilidade urbana nestes exatos termos, limitando-se a consignar que as cidades com mais de 500 mil habitantes deveriam elaborar um plano de transporte urbano integrado, em consonância com o Plano Diretor ou nele inserido, como prevê o art. 41, § 2º, da Lei n. 10.257/2001.

Para tanto, enfatizou, através do art. 2º, inciso II c/c art. 3º, IV, a necessidade de uma gestão democrática e participação da população e associações representativas para a formulação, execução e planejamento de planos, projetos e programas que envolvam a mobilidade urbana.

Em 1º de janeiro de 2003, criou-se o Ministério das Cidades,¹⁴ fato inovador nas políticas urbanas, sendo de atribuição desta pasta a elaboração das políticas de desenvolvimento, de habitação popular, saneamento ambiental e transporte urbano e participação na formulação das diretrizes gerais para a conservação dos sistemas urbanos de água.¹⁵

13 Cf. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso: 14 out. 2020.

14 Cf. Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm#art12. Acesso: 14 out. 2020.

15 Essas atribuições estão previstas no art. 27, inciso III, alíneas a, b, c, d, e, f, da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003.

Maricato (2007) sustentou que a criação deste ministério supria um vazio institucional governamental da União, no que tange ao trato integrado da política urbana e o destino das cidades. Para a autora, a visão atomista dos setores de moradia, habitação e mobilidade dificultava as análises e implementação desses direitos, especialmente por se considerar que mais de 84% da população brasileira vivem em cidades atualmente.

Até a criação do referido ministério, a última política proposta de política urbana de implementada pelo governo federal deu-se entre os anos de 1964 e 1985 durante o regime militar. Com a crise fiscal dos anos 1980 e a derrocada do Sistema Financeiro de Habitação e do Sistema Financeiro do Saneamento, as políticas urbanas com esse viés foram relegadas a segundo plano, em normas dispersas e sem conexão aplicadas unicamente pela União, de acordo com Rolnik (2015).

No Ministério das Cidades, encontrava-se a Secretaria Nacional de Mobilidade Urbana (SeMob), cuja missão era “fomentar a implantação da política de mobilidade urbana com a finalidade de proporcionar o acesso universal à cidade, de forma segura, socialmente inclusiva e sustentável” (SEMOB, 2003).¹⁶

Em 2012, após 17 anos de tramitação no Congresso Nacional, promulgou-se a Lei n. 12.587, de 3 de janeiro,¹⁷ que institui as diretrizes a serem adotadas nas políticas públicas de desenvolvimento que envolvem a mobilidade urbana. Foi um marco na gestão de políticas públicas, especialmente por ter-se permitido a priorização do transporte coletivo e do transporte não motorizado sobre o transporte motorizado individual.

Em tal diploma legal, a mobilidade é expressa no art. 4º, II, como “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”, tendo como uma das diretrizes, conforme dispõe o artigo 6º, II, “prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado”.

O Plano de Mobilidade Urbana (PMU) é o instrumento previsto no art. 24, *caput*, da Lei 12.587/2012, para a efetivação da política nacional nela prevista, conferindo-se grande ênfase aos modos de transporte não motorizados para os deslocamentos, como dispõe os arts 23, IV, e 24, V, bem como o foco no planejamento do deslocamento a pé ou por bicicleta nos municípios sem sistema de transporte público coletivo ou individual.

Na Lei n. 12.587/2012, a obrigatoriedade de elaboração do PMU é imposta às municipalidades com mais de 20.000 habitantes,¹⁸ contrariamente ao que dispunha o Estatuto da Cidade, que previa este tipo de plano apenas para cidades com mais 500.000 habitantes, e, naquela lei, o plano é muito mais abrangente em seu conteúdo, contemplando, além da própria infraestrutura viária e serviços, assuntos como os mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo.¹⁹

16 Disponível em: <https://www.cidades.gov.br/mobilidade-urbana>. Acesso em: 7 maio 2018.

17 Lei n. 12.587, de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

18 Art. 24, §1º.

19 Art. 24 e incisos.

Na mesma linha de crescente conscientização, o legislador pátrio editou a Emenda Constitucional de n. 82, em 2014, incluindo o direito fundamental à mobilidade urbana eficiente no § 10, inciso I, do art. 144 da Carta Política de 1988, que trata da segurança pública.

A necessidade de que as políticas públicas de moradia, mobilidade, saneamento e meio ambiente sejam feitas de modo articulado e integrado na federação entre União, Estados e Municípios, o que se intitulou de “governança interfederativa”, levou à promulgação em janeiro de 2015, do Estatuto da Metrópole,²⁰ com o intuito de trazer visão holística à gestão pública brasileira de origem essencialmente atomística, conferindo continuidade e funcionalidade às práticas de gestão adotadas entre os diversos entes federativos.

Nessa mesma toada, em setembro de 2015, o constituinte derivado alçou o transporte à categoria de direito social, com a edição da Emenda Constitucional n. 90, que alterou o art. 6º da *Lex Mater*. O transporte, neste contexto, refere-se tanto à mobilidade de pessoas como o de cargas, na esteira do que dispõe o art. 1º da Lei 12.587/2012.

Em 2015, o Ministério das Cidades, através da Secretaria com devida atribuição, editou o PlanMob, que se intitula um caderno de referência para elaboração de plano de mobilidade urbana nos municípios e cidades. Neste caderno, preconiza-se que a mobilidade deve ser analisada conjuntamente com o uso e a ocupação do solo, saúde e qualidade de vida das pessoas, isto é, o prisma que é conferido ao assunto é um prisma humanitário, e não o enfoque do capital.

Cita-se, inclusive, a Manifestação de junho de 2013, conhecida como Manifestação dos 20 centavos, em que a população se reuniu para reivindicar providências de serviços públicos coletivos de qualidade com tarifas módicas como um dos motes para criação do Plano de Mobilidade Urbana.

As várias mortes causadas no País em acidentes de trânsito (cerca de 43 mil óbitos por ano), bem como o excessivo tempo gasto com deslocamento médio em grandes capitais, prejudicando as condições de vida dos usuários de transporte públicos, assim como um crescente índice de poluição atmosférica e sonora também foram motivadores para a publicação do PlanMob.

Até mesmo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), associação civil sem fins lucrativos, que exerce função delegada estatal por intermédio do Conmetro/Sinmetro, publicou a norma ABNT NBR ISO 37120:2017 para análise do Desenvolvimento Sustentável de comunidades, em que criou indicadores para orientar e medir serviços urbanos e qualidade de vida.

Na NBR ISO 37120/17, como indicadores que compõem o desenvolvimento sustentável da comunidade, estão os de governança, transporte e planejamento urbano, a reforçar a importância dos tópicos para a classificação de uma cidade como sustentável, na esteira do que, inclusive, preconiza-se no Objetivo de n. 11 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.²¹

20 Cf. Lei n. 12.587, de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências.

21 Cf. Organização das Nações Unidas. *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br>. Acesso em: 2 de ago. de 2019.

4 · MOVIMENTOS CIVIS E LUTA POR UMA MOBILIDADE URBANA EFICIENTE NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

A lógica mercantilista sobre a mobilidade urbana tolhendo o direito de ir e vir da população acabou por deflagrar movimentos civis nos últimos anos com essa temática.

A Revolta do Buzu,²² protagonizada pelos estudantes do ensino médio principalmente, jovens universitários e jovens do ensino fundamental, ocorrida em Salvador entre agosto e setembro de 2003, foi uma série de manifestações em resistência às condições indignas do transporte público na capital soteropolitana.

As principais reivindicações dos jovens na rua eram: a manutenção do preço da tarifa do ônibus em R\$ 1,30, pois havia subido para R\$ 1,50 (a principal reivindicação); meia passagem nos finais de semana, feriados e férias; a gratuidade na primeira via do cartão utilizado pelos jovens; a revitalização do Conselho Municipal de Transporte; e, por fim, a melhoria das condições dos transportes.

Calcula-se que a série de movimentos reuniu 20 mil estudantes de colégios de diversas regiões da capital e da cidade vizinha, paralisando a circulação de carros e ônibus por quase 20 dias,²³ causando impacto nas atividades econômicas locais e na arrecadação das sociedades empresárias do ramo de prestação de serviço de transporte público rodoviário.

No movimento restou bem consignada a importância extrema do acesso à mobilidade urbana eficiente para que os jovens pudessem ter acesso ao direito à educação, sendo a gratuidade de oferta de transporte público para estudantes de escolas públicas uma reivindicação tradicional dos movimentos estudantis no Brasil.

Salvador é tida como a capital do desemprego, segundo estudos do Dieese,²⁴ com inúmeras pessoas vivendo em processo de informalidade e em condições precárias de trabalho. Em 2016, o salário médio mensal dos trabalhadores formais é de apenas 3,4 salários mínimos e somente 28,7% da população tem ocupação, ou seja, 841.999 pessoas.²⁵ O terceiro maior gasto para uma família de baixa renda é com a mobilidade urbana, constituindo-se em 8,15% da despesa, valor este bastante impactante no orçamento mensal familiar.²⁶

22 Cf. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) e Instituto Pólis. 2007. Disponível em: http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE_IPOLIS_revoltadobuzu_2007.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

23 Idem, p. 7.

24 A taxa de desemprego total da Região Metropolitana de Salvador aumentou de 25% para 25,5% da População Economicamente Ativa (PEA) em fevereiro de 2018. Estima-se hoje que sejam 510 mil pessoas desempregadas. Fonte: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Pesquisa de Emprego e Desemprego. Mercado de Trabalho na Região Metropolitana de Salvador. Disponível em: www.dieese.org.br/analiseped/2018/201802pedssa.html. Acesso em: 30 out. 2019.

25 Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Panorama da Cidade de Salvador. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/salvador/panorama>. Acesso em: 30 out. 2019.

26 Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de Orçamento Familiares (POF) de 2004*. Disponível em: ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/19052004pof2002html.shtm. Acesso em: 2 out. 2019.

Um ponto digno de nota na Revolta do Buzu foi a resistência dos estudantes envolvidos a se associarem, no evento, a qualquer tipo de entidade formalmente organizada, mesmo que estudantil, pois, segundo, Oliveira e Carvalho (2007, p. 8):

como pode ser observado em documentários e reportagens da época, a maioria dos estudantes associou a presença delas a partidos políticos, mecanismos de manipulação da opinião pública, disputa pelo poder e pela iniciativa das manifestações.

Nesta manifestação observa-se claramente a crise da democracia representativa que está acontecendo em todo o mundo, mas que é um processo com maior visibilidade principalmente na América Latina, em que investigações como as operadas na Lava-Jato expõem as vicissitudes da corrupção severa que abundam aqui, assim como acusações de golpes de Estado na Venezuela e violentos protestos ocorridos no Paraguai.²⁷

O cidadão-consumidor deseja respostas rápidas e satisfatórias em termos de políticas públicas, o que encontra óbices na própria ideia da representatividade, sujeita a procedimentos mais morosos de legitimação de seus ideais de governança.

Essa visão mercadológica da cidadania esteia-se no fato de que reclamações e sugestões de clientes são prontamente atendidas, em regra, pelas sociedades empresárias, o que difere bastante das respostas aos reclamos obtidas no setor público, seja na celeridade, seja na eficácia e presteza.

Partidos políticos são vistos – e muitos assim se colocam – como instituições voltadas ao lucro, buscando riqueza e glória na sociedade, ao invés de atenderem ao seu intuito originário de instrumento de operacionalização do direito de cidadania junto aos Poderes Públicos.

A compreensão da gênese desse processo de progressivo desgaste da democracia representativa na América Latina é assim descrita por Riffo (2017), cientista política chilena, em entrevista a João Paulo Charleaux:²⁸

É preciso lembrar que democracia e representação compõem uma aliança incômoda. Desde suas origens, a democracia era exercida de maneira direta, sem corpos políticos intermediários – ainda que fosse restrita aos homens livres, o que excluía escravos e mulheres. Já a representação, era exercida pelos monarcas, que enviavam seus representantes para distintos pontos do reino, para dar solução

27 Protestos no Paraguai em 2017 foram uma série de manifestações ocorridas no país que teve início em 31 de março. Durante os protestos, o Congresso foi incendiado por manifestantes. As manifestações ocorreram após 25 senadores aprovarem uma emenda constitucional que permitiria ao atual presidente do país, Horacio Goems, concorrer à reeleição em 2018, possibilidade vedada atualmente pela Constituição paraguaia. A emenda foi descrita pela oposição como “um golpe”. Vários políticos e jornalistas, bem como a polícia e manifestantes foram feridos, incluindo um deputado de oposição. Um líder da Juventude Liberal, Rodrigo Quintana, foi morto após ser baleado em uma invasão à sede do Partido Liberal Radical Autêntico, em Assunção. Cf. BBC News Brasil. *Entenda a crise que culminou com invasão e incêndio do Congresso do Paraguai*. Disponível em: www.bbc.com/portuguese/internacional-39466675. Acesso em: 30 out. 2019.

28 Cf. *Nexo Jornal*. “De onde vem a crise de representatividade dos partidos”, pesquisadora chilena, Javiera Arce Riffo, discute em São Paulo os entraves da democracia na América Latina e os meios de driblar a crise política, que não está restrita ao Brasil. Disponível em: www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/04/03/De-onde-vem-a-crise-de-representatividade-dos-partidos-segundo-esta-pesquisadora-chilena. Acesso em: 30 de out. de 2019.

aos problemas do governo e para cobrar impostos. Foi a Revolução Francesa que uniu os conceitos de democracia e representação. Por isso, em alguns momentos da história moderna, há essa tensão entre democracia e representação.

A República representativa, modelo forjado ao fim do século XVIII, dá claros sinais de esgotamento, tendo em vista a dissociação progressivamente gerada pela vontade popular real e o instituto da representação, baseada precipuamente em estruturas de poder verticalizadas.

A Revolta do Buzu acabou por receber grande apoio da população que encampou o movimento capitaneado pelos jovens estudantes soteropolitanos. De acordo com Oliveira e Carvalho (2007, p. 5), “os trabalhadores de maneira geral, professores, até mesmo alguns policiais e motoristas de ônibus reconheciam a importância do ato, mesmo diante do imenso transtorno causado na cidade”.

Não houve após a série de manifestações na capital baiana, entretanto, atendimento do pleito principal de diminuição do valor tarifário, mas o movimento foi muito belo e expressivo socialmente, pois teve impacto na construção identitária dos jovens participantes, o que faz parte da construção da noção de cidadania. Além disso, trouxe à baila a discussão sobre a necessidade de redução de tributos sobre valores das passagens (ISS, ICMS, CIDE, COFINS e PIS), bem como a grande influência para que houvesse manifestações em outros lugares do país, como a Revolta da Catraca, em Florianópolis em 2004, e a própria criação do Movimento Passe Livre, em 2005, durante o Fórum Social Mundial em Porto Alegre.

A Revolta da Catraca ou Guerra da Tarifa foi um movimento popular ocorrido na cidade de Florianópolis, em 2004, com 17 dias de protesto. Houve protestos de estudantes e população contra o reajuste das passagens de ônibus na capital de Santa Catarina, bem como o aumento de salário e vereador em 150% e da Prefeitura em 275%. O movimento foi considerado também, como a Revolta do Buzu, um movimento horizontal, sem líderes, que envolveu associações comunitárias e estudantes, não tendo sido arregimentado através da Internet. O movimento iniciou-se com alunos do Colégio de Aplicação pulando grades e cercas do instituto, seguindo em marcha para o centro e fechando o terminal da Trindade.

De acordo com Vinicius (2005, p. 14), estudantes e policiais militares reuniram-se no primeiro dia, com apoios recíprocos em diversos e importantes momentos. Ao longo do movimento o palco de embate foram as ruas e a estratégia era a ocupação, como a Avenida Paulo Fontes, com a rodovia SC-401, que é a principal ligação entre o centro da cidade e o norte da ilha de Florianópolis, bem como bloqueio de terminais e a estratégia catraca-livre, que consistia em deixar a porta de trás dos ônibus abertas.

O movimento teve certo nível de organização e preparação e encontrou forte represália por parte do Poder Executivo, que determinou a repressão violenta com policiais com bombas de gás, chutes nos rostos dos estudantes, spray de pimenta e balas de borrachas. Ocorreram também várias detenções e indiciamentos.

Ao fim, os manifestantes, principalmente os jovens, atingiram seu objetivo principal que era a revogação do aumento das tarifas, bem como conseguiram com que os vereadores fizessem um abaixo-assinado pedindo que a Chefe do Executivo municipal não sancionasse o projeto de aumento de salário que eles mesmos haviam aprovado. Fizeram renascer no povo catarinense a noção do poder da população unida para atingimento de conquistas sociais, o que foi confirmado por Vinicius (2005, p. 60):

O movimento já foi uma vitória em si mesmo. E ainda conquistou a sua reivindicação central. Modificou o imaginário popular. Enfrentou as forças mais conservadoras da sociedade catarinense e lhe impingiu uma derrota. O povo daqui agora sabe que é possível conquistar o que se deseja através da mobilização e da ação direta. Isso se vê nas ruas.

Na esteira das Revoltas do Buzu e da Catraca, o Movimento Passe Livre (MPL) autodefine-se como “um movimento social autônomo, apartidário, horizontal e independente, que luta por um transporte público de verdade e gratuito (MOVIMENTO PASSE LIVRE, 2005)”²⁹ para toda a população. Foi batizado na Plenária Nacional pelo Passe Livre, em janeiro de 2005, em Porto Alegre.

Apesar de apartidário, o MPL não refuta a participação de partidos no movimento, mas defende que a política deve transcender o simples ato de votar, abarcando a prática cotidiana do exercício da cidadania. Defende ainda a horizontalidade na participação, conclamando todos indistintamente a participarem do movimento.

O MPL dispõe que a gratuidade do transporte público deve ser entendida como o pagamento do transporte através dos impostos progressivos, analisando a capacidade contributiva de cada contribuinte, de forma que os mais pobres tenham as passagens custeadas pelos mais abastados.

A Internet, no caso do MPL, é utilizada por grupos de trabalho que executam as deliberações plenárias tomadas em consenso, e, em último caso, por votação. Almeja-se a inclusão do elemento participação popular de forma intensa na gestão dos transportes coletivos.

O direito à mobilidade urbana, para o MPL, é tido como um dos corolários do direito à cidade, pois, de acordo com o manifesto do movimento, a “circulação livre e irrestrita é um componente essencial deste direito que as catracas-expressão da lógica do transporte como circulação de valor bloqueiam” (MARICATO, 2013, p. 7).

O movimento ganhou destaque na imprensa e a discussão sobre a tarifa zero veio ainda mais à tona em 2013, após as grandes manifestações ocorridas em junho no país, as Jornadas de Junho, com grande mobilização do MPL de São Paulo, buscando-se impedir o aumento das passagens de transporte coletivo na cidade. No fim deste mesmo ano, mais de 100 cidades brasileiras haviam reduzido a tarifa do transporte, em consequência das manifestações.

Sobre a magnitude das manifestações, Maricato (2013, p. 19) assim se consignou:

Tomando as ruas, as Jornadas de Junho de 2013 rasgaram toda e qualquer perspectiva técnica acerca das tarifas e da gestão dos transportes que procurasse restringir seu entendimento aos especialistas e sua “racionalidade”, a serviço de cima. Ao reverter o aumento das passagens em mais de cem cidades do país, as pessoas deslocaram momentaneamente – e com impactos duradouros – o das barricadas, uma experiência de apoderamento que não se resume à ocupação física das cidades, mas estende-se à maneira como se organizam os transportes no país. É essa tomada de poder que assusta os gestores estatais e privados, que tentam agora reocupar o espaço que perderam para os trabalhadores urbanos.

Na cidade de São Paulo especificamente, o MPL exerceu pressão vitoriosa de duas semanas sobre a revogação do decreto municipal que aumentou em R\$ 0,20 a tarifa, que só viria a acentuar a exclusão social já existente na mobilidade urbana.

29 Movimento Passe Livre. Disponível em: www.tarifazero.org/mpl/. Acesso em: 5 de nov. de 2019.

Em todos os movimentos sociais de que se trata até agora, as tentativas de “ocupação da cidade” pelos cidadãos dela excluídos levou a respostas de violência, pois esta forma de linguagem ainda é bastante utilizada como forma de controle pelos políticos locais. Vocábulo como “baderna, quadrilha, arruaceiros, criminosos e vagabundos” legitimam o discurso estatal e midiático para tentar interromper a rebeldia dos excluídos sociais contra o processo alijador que vivenciam diariamente: sem mobilidade urbana, sem educação, sem saúde, sem moradia, sem lazer.

A gestão dos fluxos e dos espaços citadinos pelos participantes dos movimentos é tônica comum. Devolve-se à cidade o seu próprio veneno diário: bloqueia-se uma avenida principal, e como nossa mobilidade urbana é essencialmente rodoviarista e individualista, com péssimo transporte coletivo, o caos está formado.

O Estado do Rio Grande do Norte, em 2013, também foi palco do movimento Pau de Arara que ocupou as ruas de Mossoró, dirigindo-se à Câmara Municipal e à sede da chefia do Executivo local, o Palácio da Resistência.

Os protestantes, principalmente jovens estudantes, insurgiam-se contra um precaríssimo serviço de transporte público, ônibus sucateados, aumentos de tarifas abusivos, apesar de a União ter aberto mão de cobrança dos tributos PIS e COFINS para evitar aumento das tarifas, e lutavam pela efetiva aplicação do Plano de Mobilidade Urbana (já aprovado há dois anos) e integração das linhas.

A Internet foi utilizada como principal veículo de comunicação e o movimento acabou por obter conquistas como passe para estudantes e projeto de lei voltado à adaptação para mobilidade nos ônibus, que foi arquivado infelizmente.

5 · CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA BICICLETA E SEU PROGRESSIVO RECONHECIMENTO COMO MODAL DE TRANSPORTE

Diante da necessidade de revisão de uma política essencialmente rodoviarista em termos de mobilidade urbana, a bicicleta está paulatinamente sendo objeto de novos olhares nos planejamentos das cidades no que concerne ao deslocamento de até oito quilômetros, ou seja, em curtas e médias distâncias.³⁰

No que tange à educação do ciclista para uso do veículo e da população no respeito aos ciclistas, é válido ressaltar que o Código de Trânsito Brasileiro³¹ (CTB) regula a circulação por meio de bicicletas, que pode ser feita nos bordos da pista de rolamento, quando não houver ciclovia ou ciclofaixa,³² com preferência sobre os veículos motorizados. O ciclista que está desmontado empurrando a

30 *Revista Bicicleta*. “A eficiência dos 8 km”, de André Geraldo Soares. Nesta mesma reportagem, o autor afirma que “95% dos municípios brasileiros têm população de até 100.000 habitantes, cujos perímetros urbanos não ultrapassam 8km de diâmetro. Desta forma, ressalvadas as condições topográficas e atmosféricas, qualquer ciclista, em condições físicas medianas, pode atravessar essas cidades em não mais do que 40 minutos. E estamos autorizados a conceber que apenas uma parcela diminuta da população necessita cruzar diariamente uma cidade de ponta a ponta. Disponível em: http://revistabicicleta.com.br/bicicleta.php?a_eficiencia_dos_8_km&id=2781. Acesso em: 11 jan. 2019.

31 Cf. Lei n. 9.503, de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 26 abr. 2019.

32 Art. 58, *caput*.

bicicleta, por sua vez, é equiparado ao pedestre em direitos e deveres,³³ conforme disposto na referida lei.

Por ser tratado como veículo no CTB,³⁴ potencialmente causador de acidentes graves, há equipamentos obrigatórios que a bicicleta deve possuir, como campainha, sinalização noturna dianteira, traseira, lateral e nos pedais, bem como retrovisor do lado esquerdo.³⁵

Existe ainda no CTB previsão de punição para com atitudes agressivas com o ciclista, tal como ultrapassagens por veículos motorizados que, nas expressões populares, denomina-se “tirar fino”, ou seja, deixar de guardar a distância lateral de um metro e meio ao passar ou ultrapassar a bicicleta,³⁶ sendo esta considerada uma infração média sujeita a multa. Da mesma forma, o ciclista não pode conduzir a bicicleta onde não seja permitido ou conduzi-la de forma agressiva, sendo esta uma infração média, sujeita a multa e a remoção do veículo.³⁷

Considerado o primeiro veículo mecânico para transporte individual, a origem da bicicleta é um tanto controvertida, alguns estudiosos atribuem o primeiro desenho deste modal, além de estudos sobre a transmissão por corrente, ao artista renascentista italiano Leonardo da Vinci (1452-1519). Tal desenho consta do *Codex Atlanticus*, uma coleção de documentos do polímata, constituído por doze volumes. Como se sabe, da Vinci era apaixonado por mecânica e anatomia, tendo produzido obras nas mais diversas áreas do conhecimento.

Alguns estudiosos, por sua vez, contestam essa origem³⁸ e consideram o desenho incluído na compilação *Codex Atlanticus* uma fraude, atribuível a um monge italiano que teria incluído um trabalho seu na coleção de documentos do renomado artista italiano.

O historiador chinês Xu Quan Long alega que o primeiro invento que se assemelha à atual ideia de bicicleta teria sido uma engenhoca de rodas construída pelo inventor compatriota Lu Ban, que nasceu há 2.500 anos³⁹ e era especialista em construção de artefatos de guerra.

Historicamente, a origem com mais substrato documental é a de que, em 1790, o conde francês Mede de Sivrac inventou o celerífero, um cavalo de madeira de duas rodas, que se empurrava com um ou dois pés. Muitos consideram, no entanto, que o real inventor do veículo foi o barão alemão Karl Friedrich Von Drais que construiu a draisiana em 1817, espécie também de celerífero, com a roda dianteira servindo de diretriz e gerando mobilidade através de um comando com as mãos, o

33 Art. 68, § 1º.

34 Art. 96, inciso II, alínea a, item 1.

35 Art. 105, VI.

36 Art. 201.

37 Art. 255.

38 Cf. *The Leonardo da Vinci Bicycle Hoax*. Disponível em: <http://www.cyclepublishing.com/history/leonardo%20da%20vinci%20bicycle.html#>. Acesso em: 21 maio de 2018.

39 Cf. *Was this the world's First-ever Cycle?* Disponível em: <https://metro.co.uk/2010/03/24/was-this-the-worlds-first-ever-cycle-189288/>. Acesso em: 21 maio 2019.

que atualmente chamaríamos de guidão, o que lhe conferia equilíbrio e possibilidade de realização de curvas ao invento.

Não havia pedais no projeto da draisiana, o que levava os usuários a empurrarem a si mesmos com os pés. Tal objeto foi patenteado em 1818, em Baden e em outras cidades europeias, incluindo Paris, mas houve baixíssimo interesse pela industrialização do invento na Alemanha inicialmente.

Mais de setenta anos depois, passando-se neste íterim pela invenção do velocípede pelo francês Pierre Michaux, com diversos melhoramentos técnicos tais como a inclusão de pedais sobre disco e repasse da tração para a roda traseira e o câmbio de marchas, criado por Johann Walch, da Alemanha, o quadro trapezoidal, por Huber, na Inglaterra, e, em 1891 e os pneus tubulares desmontáveis, por Michelin, na França, tem-se a bicicleta da forma aproximada com que a temos hoje.

Com a revolução industrial, que se iniciou no século XVIII e atingiu seu ápice no século XIX, nasceu a primeira indústria de bicicletas denominada *Michaul and Company* em 1875, e o veículo tornou-se uma constante na paisagem em Paris e em outras cidades europeias.

No Brasil, de acordo com o Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta, em seu caderno de referência para elaboração do Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades (2007, p. 24-25), não se pode precisar data exata de chegada do veículo ao nosso território nem a localidade. Estima-se que a Capital do Império, entre os anos de 1859 e 1870, tenha recebido os primeiros exemplares, pois nela estariam concentradas as pessoas com maior poder aquisitivo e que mantinham relações com a Europa, em que haviam surgido várias indústrias que produziram as bicicletas.

Alguns estudiosos sustentam, no entanto, que a bicicleta teria chegado ao Brasil no século XIX através de imigrantes europeus que vieram trabalhar na região sul do País. Em 1895, há registros fotográficos de clube de ciclistas em Curitiba,⁴⁰ fundado por um grupo de alemães imigrantes.

SILVA (2014, p. 45-46) afirma que, quando da chegada do invento ao Brasil, símbolo de modernidade, no fim do século XIX e início do século XX, a bicicleta era usada por pessoas das mais diferentes classes sociais e tinha um certo *status* social. Com a chegada do bonde, calhambeque e, posteriormente, do carro, depois da Segunda Guerra Mundial, o modal, especialmente nas grandes capitais, foi alvo de estigmatização social e alijamento no que se refere aos planejamentos urbanos de transporte, essencialmente rodoviaristas.

De fato, estudos recentes conduzidos por Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 7), afirmam que “o ciclista brasileiro é de baixa renda, jovem e residente na zona rural” majoritariamente, “considerando-se zona rural a periferia de pequenas cidades ou uma região periurbana de transição nas grandes cidades”.

Em cidades pequenas e de médio porte a bicicleta foi muito utilizada para deslocamento por trabalhadores de indústrias e de pequenos estabelecimentos empresariais. Este fator deve ter contribuído também para o veículo ser visto como modo de locomoção de somenos por longo período nas políticas públicas brasileiras de

40 Disponível em: www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/colunistas/nostalgia/vida-equilibra-da-96xh0wkunsgfmyun0z. Acesso em: 22 maio 2019.

mobilidade urbana, visto que um veículo utilizado por trabalhadores, especialmente com a chegada do automóvel no Brasil ao fim do século XIX e posterior processo de industrialização realizado aqui na década de 1950, sequer era considerado como modal de transporte efetivamente.

Segundo Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 5), curiosamente, estima-se que hoje, no Brasil, ainda há mais bicicletas (50 milhões de unidades) que carros (41 milhões de unidades), mas somente 7% do total de viagens é feito por bicicletas, quando, na verdade, poderíamos atingir um patamar de 40% de viagens percorridas através deste modal.

De acordo com o Manual de Planejamento Ciclovitário (2001), diante da ideia de que os modais mais modernos como automóveis, caminhões e metrô, altamente poluentes, resolveriam os problemas de transporte urbano, por longo período acreditou-se que a bicicleta, por ser um veículo simples era uma tecnologia ultrapassada e fadada ao completo desaparecimento, o que, na verdade, mostrou-se ser uma afirmação falaciosa diante das crises energéticas e progressivas mudanças de paradigmas socioambientais.

De fato, esta estigmatização da bicicleta como veículo voltado unicamente para o uso das classes sociais menos favorecidas está progressivamente sendo vencida através de movimentos sociais de diversos usuários que acabam por também impactar a formulação de políticas públicas especialmente formuladas para fomentar o uso do modal.

Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 7) indicam que, por um “semianalfabetismo sobre mobilidade urbana eficiente” ainda há, é claro, resistência a este movimento, e, paradoxalmente, mesmo os usuários de baixa renda do modal, quando aumentam a sua renda familiar, tendem a aumentar a taxa de motorização, especialmente com a compra de motocicletas (processo denominado de *shifting*). Este fator indica que não necessariamente o uso da bicicleta está ligado atualmente à conscientização ambiental e de saúde, mas sim à deficiência de transporte público e segregação social.

Um dos fatores já experienciado na Europa que reverte esta tendência à motorização já é o oferecimento de redes ciclovitárias integradas a outros modais, como trens e ônibus, por exemplo, o que também foi objeto de constatação na cidade colombiana de Bogotá, e em Niterói, no Rio de Janeiro, com a integração entre o modal e o transporte aquaviário oferecido nesta última cidade através da construção do bicicletário Arariboia, ao lado da estação central das barcas.⁴¹

No que se refere à economia e conscientização socioambiental, o evento histórico conhecido como o Primeiro Choque do Petróleo, ocorrido em 1973, em que os países do Oriente Médio diminuíram a produção de barris diante da conscientização da finitude do recurso não renovável, elevando o valor de cada barril de US\$ 2,90 para US\$ 11,65 dólares em apenas três meses, ocasionou uma necessidade de

41 Quem usa diariamente as barcas na travessia para o Rio percebe o aumento de passageiros com bicicletas a bordo. E os números comprovam: levantamento da CCR Barcas mostra que o crescimento do trânsito de ciclistas e suas magrelas no trajeto Araribóia-Praça Quinze chegou a 125% nos últimos dois anos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/bairros/em-dois-anos-numero-de-ciclistas-na-travessia-de-barcas-entre-niteroi-praca-quinze-cresceu-125-16501882>. Acesso em: 15 set. 2019.

revisão das políticas de mobilidade urbana, estimulando-se o uso de novos modais que causassem impacto menor no meio ambiente.

Em 1976, a primeira política urbana consolidada da União sobre planejamento cicloviário é editada através do Manual de Planejamento Cicloviário da Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT), baseada em análise de técnicos sobre a experiência de cidades sulistas que estimulavam o uso do modal. Tal manual foi reeditado em 1980 e também em 2001.

Curitiba foi umas das cidades analisadas no Caderno, pois, já em 1976, implantava uma embrionária rede cicloviária no interior de parques e em conexões entre alguns deles. Mesmo que não tenha ocorrido um planejamento técnico mais apurado, pois o projeto baseou-se apenas na elaboração de um anteprojeto geométrico unicamente, demonstrou-se que a cidade já fomentava a mobilidade urbana que não fosse somente a rodoviarista, regra no País à época.

Atualmente Curitiba é a cidade brasileira que tem o maior número de ciclistas no país, o que pode ser atribuído a diversos fatores como o desenvolvimento contínuo de políticas públicas para o desenvolvimento da estrutura cicloviária, clima, e por também ainda apresentar, como a maioria das cidades brasileiras, problemas relacionados ao transporte público.⁴² O principal motivo listado para utilização do modal na cidade foi o fato de ser considerado mais rápido e prático, segundo cerca de 36% de entrevistados na cidade no ano de 2018.⁴³

Curitiba apresenta atualmente 207 km de vias cicláveis, utilizadas precipuamente para o deslocamento até o trabalho (60% das viagens). Cerca de 55% dos ciclistas contemplados na pesquisa supracitada consignaram que, se houvessem mais e melhores infraestruturas adequadas certamente usariam o modal de forma mais intensa.⁴⁴

Joinville, nos idos da década de 1970, também recebeu visita técnica por parte da GEIPOT, visto que, na época, possuía a fama de cidade com o maior uso de bicicleta do País, especialmente pela existência da Fundação Tupy, maior sociedade empresária da cidade. Esta indústria construiu um estacionamento coberto com 2.400 vagas, com utensílios para uso dos mais de 5000 mil funcionários ciclistas, o que já demonstrava o pioneirismo sulista na acolhida da bicicleta e a necessária infraestrutura.

Nos termos do Manual de Planejamento Cicloviário (2001, p. 1), assim era a situação do uso do modal naquele momento:

[...] A política de transportes urbanos, em particular a cicloviária, é essencial para estruturar soluções autossustentáveis para as áreas urbanas. Esse veículo, até o presente momento, não recebeu, em nosso país, o tratamento adequado

42 Cf. Pesquisa Nacional sobre o Perfil do Ciclista Brasileiro, elaborado pela Associação Transporte Ativo em parceria com o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: www.ta.org.br/perfil/ciclista18.pdf. Acesso em: 4 jan. 2019.

43 Cf. Pesquisa Nacional sobre o Perfil do Ciclista Brasileiro, elaborado pela Associação Transporte Ativo em parceria com o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: www.ta.org.br/perfil/ciclista18.pdf. Acesso em: 4 jan. 2019.

44 Cf. Pesquisa Nacional sobre o Perfil do Ciclista Brasileiro, elaborado pela Associação Transporte Ativo em parceria com o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: www.ta.org.br/perfil/ciclista18.pdf. Acesso em: 4 jan. 2019.

ao papel que desempenha como meio de transportes, nas áreas urbanas. No Brasil, poucos são os profissionais que se interessam em conhecer ou estudar o fenômeno do uso da bicicleta, mesmo sendo ela o único veículo cuja aquisição é acessível a todas as classes sociais. A falta de prestígio desse meio de transporte junto a autoridades e planejadores tem acarretado aos seus usuários uma situação de semimarginalidade.

Em 2001, a GEIPOT publicou um Diagnóstico Nacional do Planejamento Cicloviário⁴⁵ com dados coletados desde o ano de 1999, o estudo mais completo da União à época sobre o uso da bicicleta, depois de várias pesquisas realizadas em quase 60 cidades do País. Inicialmente, os pesquisadores contemplaram visitas a 25 cidades e, considerando que várias outras demonstraram interesse na participação sobre o diagnóstico, mais municípios foram englobados para a análise.

Considerando a importância da bicicleta para a realização de milhares de deslocamentos para lazer, estudo e trabalho, a SeMob implementou, em 2004, um fórum para discussão do Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta, visando à edificação de uma política sólida de expansão do transporte cicloviário no Brasil.

A transformação do espaço urbano e redução das desigualdades sociais pelo uso desigual e injusto do solo, bem como a reformulação da ênfase dada ao transporte individual motorizado foram motes para a constituição do Caderno de Referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades, publicado em 2007 pelo Ministério das Cidades, pretendendo fomentar uma política de mobilidade urbana baseada em princípios como a inclusão social, sustentabilidade ambiental, gestão participativa e equidade no uso do espaço público.

Neste Caderno delinea-se um quadro da política de mobilidade urbana no Brasil à época, um panorama sobre o uso da bicicleta, bem como um roteiro para elaboração de projetos cicloviários nas cidades, inclusive com a integração do modal com os outros meios de transporte, o que aumenta o raio de abrangência de uso do veículo a médias e longas distâncias, assim como reduz custo dos deslocamentos, acabando por beneficiar a grande parcela da população de menor renda.

O Caderno ainda informa que a bicicleta é vista como o veículo dos “excluídos sociais”, nem sequer lhe sendo reconhecido o *status* de modo de transporte pela população à época em que editado o documento. Considerada invisível, por quase não ser poluente e por ocasionar quase nenhuma poluição sonora, teve sua importância nos deslocamentos diários da população desconsiderada e ofuscada pelo massivo uso do automóvel, tornado símbolo de *status social* por intensas propagandas e apoio governamental.

A pressão socioeconômica, no entanto, pela revisão do excesso de viagens motorizadas, por questões ambientais, financeiras ou sociopolíticas, relançou um novo olhar sobre o uso do modal, com a consequente revisão do desenho urbano para seu integral acolhimento. Segundo o caderno de referência para elaboração do Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades (2007, p. 16), “a cidade não pode ser pensada como, se um dia, todas as pessoas fossem ter um automóvel”, o que levou, inclusive,

45 Cf. Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes. *Planejamento Cicloviário: Diagnóstico Nacional*. Disponível em: www.ciclocidade.org.br/biblioteca/file/47-planejamento-cicloviario-diagnostico-nacional-geipot. Acesso em: 22 maio 2019.

a União a criar programas para fomento a projetos de sistema de deslocamento não motorizados (a pé ou por bicicleta).⁴⁶

Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 10) afirmam que, a partir de 2004, houve um grande avanço em políticas públicas cicloviárias, especialmente com o fortalecimento de associações cicloativistas, como a União de Ciclistas do Brasil, fundada em 2007, mas, em 2009, o governo federal recuou ao novamente retomar o estímulo a políticas públicas rodoviaristas, com políticas fiscais diferenciadas para compra de automóveis:

Há uma incompatibilidade de discursos de mobilidade entre o rodoviarismo e o cicloativismo. Esta disputa de discursos fica evidenciada no governo federal, com avanços para visão cicloativista a partir de 2004, com o Programa Bicicleta Brasil, e retrocessos a partir do ano de 2009 com fortalecimento da visão rodoviarista e estímulo econômico e fiscal para compra de automóveis pelo governo federal, com destaque para a diminuição do imposto sobre produtos industrializados (IPI). A concentração de esforços governamentais na promoção do rodoviarismo, do ponto de vista das políticas públicas, não pode ser justificada, uma vez que os modos ativos e coletivo de transporte motorizado compõem a maioria das viagens, como mostrado anteriormente. (NOBRE, 2010, p. 15).

Com o “Programa de Aceleração de Crescimento 2” voltado para as médias cidades, em 2012, Belloto *et al.* (2014) sustentam que houve a formulação de 24 propostas, entre 63 apresentadas, relativas à criação de ciclovias e/ou ciclofaixas como itens de investimento.

Apesar de haver investimentos financeiros dos diversos entes federativos em infraestrutura cicloviária, também sob a pressão da sociedade civil, a denominada “onda *bike*” também recebeu estímulo ao desenvolvimento por parte de entidades financeiras, disseminando estratégias de marketing ecológico, como símbolo de sustentabilidade. Duas instituições financeiras foram pioneiras nestes projetos no Brasil: o Banco Itaú com o compartilhamento das “laranjinhas” e o Banco Bradesco também com as bicicletas do sistema denominado “ciclo sampa” e o estímulo ao cicloturismo local, através da separação de faixas cicláveis, nos fins de semana, em avenidas e parques municipais.

Tais projetos favoreceram maior visibilidade à bicicultura, havendo, no entanto, sérios questionamentos sobre ferimentos às regras gerais de licitação e de malversação do espaço na cidade que seria conferido a um oligopólio formado pelas instituições financeiras, em mais um processo de “financeirização” do solo e a mercadoria espaço urbano.⁴⁷

46 “1- Programa de Mobilidade Urbana, através da ação Apoio a Projetos de Sistemas de Circulação Não Motorizados, com recursos do Orçamento Geral da União – OGU; 2- Programa de Infraestrutura para Mobilidade Urbana- Pró-Mob, através de modalidades que apoiam a circulação não motorizada (bicicleta e pedestre), para financiamento com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)”. In: PROGRAMA BRASILEIRO DE MOBILIDADE POR BICICLETA – BICICLETA BRASIL. *Caderno de referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades*. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, 2007. Disponível em: www.intt.gov.br/repositorio/biblioteca/texto_relacionados/Livro_20Bicicleta_20Brasil.pdf. Acesso em: 21 maio 2019.

47 Cf. *Compartilhamento de bicicletas: prefeitura à mercê do setor privado?*. Disponível em: <http://ag.jor.br/blog/2016/02/02/contrato-bikesharing-itaubradesco/>. Acesso em: 15 set. 2019.

O fato de haver exploração da cidade, pertencente à coletividade, como a publicidade feita por meio de placas com o nome da sociedade empresária parceira, em troca de conservação de praças, canteiros e outros espaços públicos, quando se estão em jogo contraprestações muito mais lucrativas como o aluguel cobrado pelo sistema de *bike sharing*, demonstra que há malversação do espaço público através de instrumentos normativos firmados pelo Poder Público.

Também é alvo de críticas a edição de decretos municipais casuísticos e genéricos para lidar com a exploração de publicidade em espaços públicos por partes destas instituições financeiras sob o fundamento de que pressões político-partidárias poderiam influir sobre a continuidade dos serviços, caso algum candidato eleito não fosse estimulador do sistema de compartilhamento de bicicletas.

A este fenômeno, Rolnik (2015, p. 225) chama de “novas formas de financiamento municipal”:

A literatura sobre o impacto do neoliberalismo nas políticas urbanas identificou a emergência do chamado “empreendedorismo municipal” como resposta local à erosão da base econômica e fiscal das localidades em função dos processos de reestruturação produtiva e ajuste fiscal. Os governos das cidades abandonaram a visão administrativa predominante nos anos 1960 em direção a uma ação “empreendedora” nos anos 1970 e 1980. De um lado, as cidades foram envolvidas por um ambiente geoeconômico marcado por caos monetário, movimentos especulativos do capital financeiro, estratégias globais de localização de corporações multinacionais e intensificação da competição entre localidades. Ao mesmo tempo, o retraimento de regimes de bem-estar e de transferências intergovernamentais impôs limites ao financiamento das políticas urbanas. Por outro lado, os programas neoliberais de desregulação, privatização do gasto público também penetraram na agenda dos governos locais, o que transformou suas políticas urbanas em verdadeiros laboratórios, com experimentos que vão do marketing de cidades a zonas especiais de promoção econômica, megaprojetos globais e organizações locais de desenvolvimento urbano.

Ações integradas da sociedade civil cicloativista, juntamente com as demais pautas de luta urbana como moradia, saúde e defesa do meio ambiente também são importantes catalisadoras de avanços na institucionalização das políticas cicloviárias.

Especialmente em relação à proteção do meio ambiente (art. 225, *caput*, da CF), as bicicletas são consideradas veículos de baixo impacto ambiental e, de acordo com Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 13), emitem apenas “21kg de CO₂ por passageiro por quilômetro transportado”, enquanto um “carro sedan”, acrescido da infraestrutura rodoviária para sua locomoção, “emite 239Kg de CO₂ por passageiro por quilômetro”.

Neste tocante, é um modal de transporte que se coaduna com as metas da Política Nacional de Mudança Climática, que visa à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático e à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes, conforme expressa a Lei n. 12.187/2009, em seu artigo 4º, incisos I e II.

Já em 2008, o Plano Nacional de Mudança de Clima, elaborado pelo Governo Federal (2008, p. 83), consignava que o estímulo ao uso do modal bicicleta, através do projeto do Ministério das Cidades denominado de “Bicicleta Brasil”, reduziria

impactos ambientais no setor de transportes, devendo ser revertida a predominância rodoviária de mobilidade, de viagens motorizadas.

No final de 2018, a Lei n. 13.724 institui o Programa Bicicleta Brasil, sob coordenação do denominado Ministério das Cidades, para incentivar a inserção da bicicleta como modal de transporte nas cidades com mais de 20 mil habitantes, o que também representa um avanço no intuito de fomento da bicicultura.⁴⁸ A bicicleta foi legalmente reconhecida como “meio de transporte econômico, saudável e ambientalmente adequado”.⁴⁹

Gize-se que o apoio previsto para inserção das bicicletas nas cidades com mais de 20 mil habitantes, torna-se uma obrigação no que tange às cidades com mais de 500 mil habitantes, em que deve haver obrigatoriamente a previsão da implantação de ciclovias e promoção do transporte cicloviário em atendimento ao que é exigido pelo art. 41 da Lei n. 10.257/2001, no que tange ao plano de transporte urbano integrado.⁵⁰

O referido diploma legal, na verdade, reafirmou o fato de que, em cidades pequenas e médias, em geral, já há intensa utilização do modal em apreço, especialmente se consideramos a quase inexistência de transporte coletivo urbano em várias cidades brasileiras.

De acordo com a Lei n. 13.724/2018, a União deverá apoiar os estados e municípios na construção de toda a infraestrutura cicloviária, bem como na instalação de bicicletários públicos e equipamentos de apoio ao usuário, promovendo ainda a integração do modal aos modais de transporte público coletivo.⁵¹

Os atores envolvidos neste processo de estímulo à implantação de infraestrutura cicloviária foram órgãos governamentais e organizações não governamentais com atuação relacionada ao uso da bicicleta como meio de transporte e lazer e por sociedades empresárias que atuem no setor produtivo ligado ao modal,⁵² sendo que os dois últimos atuarão em regime de contratação ou parceria público-privada.

O dever de estímulo ao desenvolvimento de uma educação e conscientização sobre a mobilidade urbana também foi trazida a comento na lei em apreço, especialmente quando se instaura como uma das diretrizes a necessidade de “conscientização da sociedade quantos aos efeitos indesejáveis da utilização do automóvel nas locomoções urbanas” e o objetivo de “implantar políticas de educação para o trânsito que promovam o uso da bicicleta e a sua boa convivência com os demais modais”.⁵³

Como nenhum programa pode ser criado sem o devido substrato operacional econômico e financeiro, os recursos contemplados no caso foram parcelas dos recursos da CIDE-combustíveis, a ser ainda regulamentada, dotações específicas dos orçamentos de União, estados e municípios e Distrito Federal, bem como

48 Lei n. 13.724/2018. Institui o Programa Bicicleta Brasil (PBB) para incentivar o uso da bicicleta visando à melhoria das condições de mobilidade urbana. Arts. 2º e parágrafo único, inciso I, em especial.

49 Art. 3º, inciso III.

50 Art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 13.724/2018.

51 Art. 3º, inciso I e II.

52 Art. 4º, § 1º, incisos I, II e III.

53 Art. 2º, parágrafo único, inciso VI e art. 3º, IV.

contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais.⁵⁴

Infelizmente houve veto ao artigo da lei que reservava 15% dos recursos arrecadados com multas de trânsito, o que disponibilizaria cerca de 1 bilhão por ano ao programa.⁵⁵

O veto baseou-se em argumentos eivados de retrocesso social, inicialmente consignando que não haveria relação de causas e efeitos entre o programa e a aplicação de multas. Exclusivamente atribui-se às verbas arrecadadas à sinalização, engenharia de tráfego e de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito (art. 320 da Lei n. 9.503/1997).

Ora, se o trânsito contempla a utilização de bicicletas,⁵⁶ considerada veículo de passageiros, ela também está regida pelas disposições do Código de Trânsito Brasileiro e, conseqüentemente, as verbas arrecadadas deveriam ser utilizadas para os diversos aspectos de utilização do modal. No mínimo, o veto peca por desconhecer a noção de tráfego ou fingir que desconhece.

Além disso, como razão de veto, o Chefe do Executivo federal consignou que poderia haver um possível

enfraquecimento dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, com o comprometimento de valores destinados a cobrir os custos e despesas com rotinas e procedimentos relativos à atuação das infrações, podendo se acarretar insuficiência e conseqüente sensação de impunidade.

Ocorre que, se não houver regulamentação no que concerne a parcelas dos recursos da CIDE-combustíveis, conforme previsto no Programa, uma das fontes de financiamentos já restará bastante prejudicada o que, em se tratando de Brasil, não é difícil, pois várias leis remanescem sem aplicação por falta de atuação regulamentadora do Poder Executivo.

6 · A BICICLETA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A QUALIDADE DE VIDA E PARA A ECONOMIA EM GERAL NO BRASIL

Ao contrário do que inicialmente possamos pensar, a simplicidade e praticidade do modal bicicleta está cada vez mais sendo estudada no que tange à sua inserção na economia brasileira, em consonância com o que dispõe o art. 170 da Constituição de 1988, em especial no que concerne à valorização do trabalho humano, melhoras na condição de dignidade da nossa existência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e ajuda na busca do pleno emprego.⁵⁷

54 Art. 6º, incisos I, II e III.

55 Observemos que o artigo do Projeto de Lei n. 83/2007, que mudava o código de trânsito justamente para prever essa destinação ao programa em questão, também foi vetado.

56 Art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.503/1997: “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

57 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 170, *caput* e incisos, *in verbis*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Em recente estudo de julho de 2018, o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LABMOB/UFRJ) e a Associação Brasileira do Setor de Bicletas (Aliança Bike) desenvolveram pesquisas acerca do mapeamento e monetização do complexo econômico representado pela bicicleta.⁵⁸

Em relação aos gastos com mobilidade urbana, que, no Brasil, representam em média quase 20% dos gastos da renda média mensal de uma família que vive na área urbana,⁵⁹ o estudo supracitado demonstrou que há grande economia pelo uso da bicicleta em análise de hábitos de deslocamento em cinco grupos familiares, que variam de rendas superiores a 20 salários-mínimos entre rendas de 1 a 2 salários-mínimos:

A realização de estudo de caso com cinco famílias na região metropolitana do Rio de Janeiro estimou que a economia no orçamento de uma família de classe A que usa a bicicleta como meio de transporte no lugar do Uber, por exemplo, pode chegar a R\$ 10.032 ao ano. Também se verificou que R\$ 12.831,68 é a economia média no orçamento de uma família em que ao menos um dos membros trocou o carro pela bicicleta.

Ora, uma economia média anual de cerca de R\$ 12 mil em uma renda mensal familiar em lares mais abastados já é bastante significativa, mas num núcleo familiar de renda mensal de 1 a 2 salários-mínimos mensais tal média anual é extremamente representativa da importância da utilização da bicicleta para a mobilidade urbana.

Conforme havíamos inicialmente previsto, a bicicleta é mais utilizada por famílias de renda salarial mais baixas, pela falta de acesso financeiro e material efetivos à mobilidade urbana por outros modais, o que, no nosso entender, é uma situação extremamente vexatória em nosso País, corroborando a intensa exclusão social aqui presente.

Nestes domicílios, a bicicleta é a única opção existente para se locomover pelo território da cidade, juntamente com o deslocamento peatonal, o que está totalmente em dissonância com o que é preconizado com a Lei n. 12.587/2012, no que tange à acessibilidade universal e à equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo.⁶⁰

A bicicleta não deve ser vista como uma imposição, mas como uma opção saudável e menos poluente para deslocamentos de média e curta distância em condições climáticas favoráveis no dia a dia. Um ser humano jamais deveria ser obrigado a utilizar qualquer modal de transporte por falta absoluta de condições materiais

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego”.

58 *Estudo Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019.

59 IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45130.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

60 Lei n. 12.587/2012. Art. 5º, inciso I e III.

para se valer de um modal mais eficiente ao contexto do deslocamento que pretende alcançar, pois isto fere inegavelmente a dignidade ínsita a sua condição.⁶¹

Em domicílios em que há mais condições financeiras, a bicicleta é utilizada como “opção de modal”, muitas vezes por desenvolvimento de uma conscientização ambiental e social sobre seu uso e pelos integrantes desta casa estarem mais perto das centralidades, em perímetros cicláveis de até 8 quilômetros, o que se coaduna, inicialmente, com a previsão de uso do modal nos estudos de mobilidade.

Como inicialmente inferíamos de nossa observação da realidade, estas foram também as conclusões alcançadas no estudo em comentário:

Dentre os casos estudados, cabe observar que a participação semanal do uso da bicicleta tende a ser maior nas famílias de mais baixa renda do que nos estratos mais altos. Essa constatação está em consonância com outros estudos realizados sobre o uso da bicicleta como meio de transporte no Brasil, como é o caso da Pesquisa Perfil do Ciclista Brasileiro, realizada em 2015.

Os casos das famílias D e E, que apontaram não dispor de outro meio de locomoção senão a bicicleta, diferem dos demais casos na medida em que a utilização de modais alternativos é mais presente nos estratos mais altos.

A explicação mais plausível é o fato de que as três faixas de renda mais elevadas, tendo em vista também seus locais de moradia, situados em áreas mais centrais, dispõem de maiores recursos financeiros e alternativas de transporte do que os dois domicílios menos favorecidos.

Além disso, é importante destacar que a bicicleta, para as famílias de mais alta renda, tende a simbolizar a opção por um estilo de vida determinado, *enquanto para os estratos mais baixos ela pode tratar-se de uma solução para os deslocamentos diários dadas as restrições orçamentárias e/ou de infraestrutura de transporte público dos locais em que residem.* (Grifo nosso).

De fato, no Brasil, calcula-se haja cerca de oito milhões e trezentos mil ciclistas (4% da população)⁶² e o perfil apurado deste público no ano de 2018⁶³ é de geralmente homens que têm entre 25 e 34 anos, que concluíram o ensino médio e recebem até dois salários-mínimos, pedalam até 30 minutos até seu destino principal, que, na maior parte das vezes, é o trabalho (75,8% dos deslocamentos). Quase 83% dos entrevistados pedalam 5 dias ou mais por semana.

A motivação para começar a utilizar a bicicleta como modal de transporte foi preponderantemente a rapidez e praticidade (38,4% dos entrevistados), seguido de custo do transporte público (22,1%) e a preocupação com a saúde (25,8%).

A consciência ambiental ainda é relativamente baixa (3,5%) como motivação, dado que pode ser atribuível ao baixo nível de escolaridade apresentado pela

61 Ver notícia do Jornal *O Globo* de 3/7/2017, “Para economizar, professor da FAETEC percorre 70km de bicicleta para ir ao trabalho”, em que um professor, por falta de pagamento de seus vencimentos pelo Estado do Rio de Janeiro, pedala do município de Seropédica até a Escola Técnica em Nova Iguaçu. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/emprego/para-economizar-professor-da-faetec-percorre-70km-de-bicicleta-para-ir-ao-trabalho-21547962>. Acesso em: 13 jan. de 2019.

62 Cf. *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019. p. 143.

63 Cf. Pesquisa *Perfil do Ciclista 2018*. Disponível em: www.ta.org.br/perfil/perfil18.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

média dos ciclistas. Além disso, a noção de solidariedade como limitadora da atuação de gerações atuais em relação ao meio ambiente e preocupação com as gerações futuras ainda é uma muito afastada de nossa realidade social, extremamente calcada no referencial individualista para o qual falta ainda falta o básico necessário à vivência minimamente aceitável.

Marques (2012, p. 3-8) assim dispõe sobre a temática da solidariedade em termos da proteção ao meio ambiente:

Além da preocupação em garantir as escolhas futuras, parece necessário superar o paradigma moderno sujeito-objeto, introduzindo uma concepção dialética homem-natureza de modo que o domínio e a exploração de um sobre o outro seja substituído por uma lógica sustentável, e, assim, o acesso equitativo aos recursos seja garantido para o futuro.

[...]

Numa perspectiva mais pragmática, o dever de ser solidário para com os outros em razão de sermos humanos, reflete a tentativa de alargar o que se entende por *nós*. Entretanto, é provável que a humanidade ainda não tenha reconhecido/aceitado a necessidade, ou até mesmo o dever moral, de ser solidária para com aqueles que não promovem benefícios diretos, sejam eles sujeitos existentes ou ainda não existentes. Torna-se, assim, necessária uma transição paradigmática.

Os dois maiores problemas apontados pelo ciclista brasileiro são a ausência de infraestrutura cicloviária (37,9% dos entrevistados) e a segurança no trânsito (40,8%). A motivação para pedalar seria maior com o aumento desta infraestrutura (47,6% dos entrevistados) e da segurança (30,3% dos entrevistados), ou seja, fatores como políticas públicas cicloviárias e educação sobre mobilidade urbana seguidas de penalidades civis mais severas e penais realmente aplicadas poderiam aumentar ainda mais o número de deslocamentos feitos por bicicletas.

A necessidade de interligação entre os modais também restou clara nas pesquisas, bem como a criação da necessária infraestrutura cicloviária, como estacionamento para a bicicleta, facilitando os deslocamentos dos ciclistas que integram os núcleos familiares analisados.

Em termos de benefícios, ou seja, dos impactos diretos e indiretos da economia da bicicleta, a utilização atual do modal evitou a emissão de 1925 milhões de toneladas por ano de emissão de gases poluentes para a atmosfera,⁶⁴ o que se alinha ao compromisso assumido pelo Brasil de maior proteção ao meio ambiente e da diminuição de emissão de gases causadores de efeito estufa.⁶⁵

No que concerne ao direito à saúde,⁶⁶ diversos estudos comprovam que o ciclista geralmente tem melhor capacidade cardiorrespiratória, menor risco de doenças

64 Ver tabela 4 na p. 144 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019.

65 Conferência de Estocolmo, em 1972, Primeira Conferência Mundial do Clima, em 1979, a Eco-92 ou Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, em 1992, a Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, em 2002, a Rio+20 ou Conferência da ONU sobre o Desenvolvimento Sustentável, em 2012, Acordo de Paris, de 2015, ratificada pelo Brasil em 2016.

66 CF/88, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

crônicas como o diabetes, infarto, derrame e alguns tipos de câncer, assim como evita quadros de obesidade e melhora casos de distúrbio do sono.

Em termos de saúde psíquica, ao ciclista ocorre aumento de autoestima, humor, percepção de vigor e qualidade do sono, diminuição do nível de ansiedade, além da diminuição da possibilidade de demência e doença de Alzheimer⁶⁷ e diminuição de episódios de depressão e até a cura.⁶⁸

Teixeira (2013, p. 30) demonstrou que exercícios aeróbicos regulares, em que se inclui o ciclismo, estão diretamente associados à melhora cognitiva, como fator de indução de neurogênese, “melhorando o desempenho em tarefas que requerem funções executivas, memória operacional e memória espacial”.

A bicicleta também cria diversos postos de trabalho no Brasil, participando de uma rede de atividades econômicas, seja na fabricação de bicicletas e de peças para importação e exportação, seja na comercialização, reparos e aluguel. Estima-se hoje que o Brasil tenha 13.783 pessoas empregadas no varejo e que haja cerca de 99 estabelecimentos que prestam o serviço de aluguel de bicicletas, distribuídos em 24 capitais brasileiras.⁶⁹

Como bem ressaltado no estudo da COPPE/UFRJ (2018, p. 9), uma correta análise da modal bicicleta deve ser multifacetária, sob pena de não o analisarmos da maneira merecida:

A concepção de economia da Bicicleta é vasta e envolve uma rede emaranhada de atividades econômicas. Trabalhar com a ideia de Economia de bicicleta vai além das simples considerações sobre as vantagens econômicas que sua utilização pode trazer ao orçamento doméstico de uma família, ao desenvolvimento local ou, ainda, ao bem-estar individual.

Considerando-se que somente se realize 7% de deslocamentos pelo modal, quando poderíamos realizar 40%, caso alcançássemos o patamar ideal, poderíamos ter um aumento considerável de postos de trabalho na dimensão cadeia produtiva referente ao modal.

Outra faceta abordada em termos econômicos é a dimensão políticas públicas, seja na provisão de infraestrutura cicloviária para implantação vias cicláveis, bicicletários e paraciclos, seja no compartilhamento de bicicletas públicas. As cidades com mais investimento em infraestrutura cicloviária por habitante são Rio Branco, Vitória, Brasília e Rio de Janeiro, sendo que São Paulo, curiosamente, alcança o 11º lugar no *ranking*. O percentual dos investimentos na malha cicloviária é disparadamente maior na região Sudeste (51%), seguido pelo Nordeste e Centro-Oeste com 17%, ambos.⁷⁰

67 Cf. Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019. p. 147.

68 Ver reportagem do jornal *Globoesporte* de 3 de nov. de 2013 denominada de “Estudante deixa remédios de lado e cura depressão com pedaladas, em que a estudante Larissa Paiva afirma ter sido curada da depressão pela prática de ciclismo”. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/2013/11/estudante-deixa-remedios-de-lado-e-cura-depressao-com-pedaladas.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

69 Cf. *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019. p. 3.

70 Cf. *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 de jan. 2019. p. 55 e 57.

Com o estímulo do recém-aprovado Programa Bicicleta Brasil (Lei n. 13.724/2018), de que já tratamos no tópico anterior, sob coordenação do então denominado Ministério das Cidades, para incentivar a inserção da bicicleta como modal de transporte nas cidades com mais de 20 mil habitantes, haverá um incremento de políticas públicas e consequente investimento de milhares de reais, que geram empregos para a mão de obra empregada na construção de infraestrutura cicloviária.

No que tange a estacionamento para as bicicletas, este se revela um ponto altamente nevrálgico, pois, na maioria das cidades, ainda se observa que não foi reservado espaço para o modal, sendo acorrentado a postes e grades, perturbando a ordem urbanística e ainda podendo ser objeto de furtos. Este é, sem dúvida, um desafio a ser vencido pelas municipalidades, juntamente com os setores civis envolvidos neste processo de reconhecimento do respeito e espaço do modal em comento na sociedade.

Neste processo de instalação dos estacionamentos também, há de se preservar o respeito ao deslocamento peatonal, bem como aos demais modais. Os modais de transporte não competem entre si, muito mais se completam e devem ser analisados em conjunto, para que haja integração entre eles. Além disso, há de se observar o espaço de deslocamento das pessoas com mobilidade reduzida, algumas dependentes de cadeiras de rodas, pois a cidade também lhes pertence.

Nesta mesma linha de raciocínio ora trazida à baila, também foi a conclusão do estudo da COPPE/UFRJ:

Da mesma maneira, embora a metodologia empregada não indique um panorama preciso e de escala nacional, é possível perceber que a Infraestrutura de Estacionamento ainda se mostra pouco incorporada às políticas públicas na maioria das cidades. Em muitas delas, a implantação de paraciclos e bicicletários ocorre pela via da iniciativa privada, sendo também utilizada como estratégia de marketing pelo argumento da imagem de sustentabilidade como fator que agregaria valor à marca de algumas empresas. Por outro lado, o estacionamento de bicicletas é realizado, muitas vezes, em locais inadequados, como postes e grades, onde a guarda da bicicleta é feita de forma improvisada. Com isso, apesar da demanda por paraciclos e bicicletários – garantindo segurança e incentivo ao uso da bicicleta –, o poder público investe pouco nesta infraestrutura em grande parte das cidades brasileiras, refletindo a falta de dados mais elucidativos sobre a temática.

Outro ponto interessante, tratado como serviço público de transporte, foi o sistema público de bicicletas compartilhadas operada por sociedades empresárias do setor privado assim considerados para o estudo, que hoje estão presentes em 13 capitais do País, com 951 estações e quase 10 mil bicicletas, no Nordeste, e sobretudo, na região Sudeste.⁷¹

Com a maior criação de infraestrutura cicloviária e maior fomento da bicicultura na sociedade, este sistema pode ganhar ainda maior expressividade, gerando empregos e favorecendo os cidadãos em seus deslocamentos diários.

71 Vide *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019. p. 65.

Ainda no que se refere ao transporte urbano, também relativa ao deslocamento de cargas⁷² no País, para a prestação de serviços, entrega de mercadorias e desenvolvimento de atividades profissionais, demonstrou-se no estudo a importância da participação da bicicleta para fins econômicos em áreas de concentração residenciais e de sociedades empresárias, ou seja, nas centralidades e subcentralidades.

Neste tipo de localidade, tal como o bairro de Copacabana no Rio de Janeiro ou o bairro de Bom Retiro em São Paulo, o deslocamento motorizado por automóvel, motocicleta e caminhão só serve para congestionar mais as ruas, degradando a qualidade da vida urbana.

Para exemplificar, uma sociedade empresária do Bom Retiro (SP) foi analisada, afirmando empregar 220 funcionários, ter 202 bicicletas e triciclos e ter 2.349 entregas. Uma outra sociedade de São Paulo afirmou ter obtido um faturamento de R\$ 3 milhões em 2017, gerando 124 empregos diretamente ligados à bicicleta⁷³. A rapidez e praticidade do modal associada aos baixos custos de manutenção foi, sem dúvida, o maior motivo para escolha na consecução das atividades operacionais (87,7% das pessoas jurídicas entrevistadas no bairro *in casu*).

Sendo o Brasil um país extremamente farto de belezas naturais, não se pode desconsiderar ainda seu potencial para o cicloturismo e a realização de eventos esportivos com a bicicleta.

Ainda que de forma incipiente, o estudo da Coppe/UFRJ aponta que o “segundo o Ministério do Turismo (2012) o cicloturismo foi incentivado em 53 municípios brasileiros, os quais receberam R\$ 20,2 milhões para a construção de ciclovias entre 2001 e 2011. O faturamento das empresas brasileiras só cresce e há potencial para muito mais”.

Já mapeadas, há atualmente 24 rotas⁷⁴ de cicloturismo no País, sendo uma das mais expressivas o Circuito de Cicloturismo do Vale Europeu, em Santa Catarina, englobando 9 municípios, numa rota percorrível em média, em 7 dias, com extensão de 287,1 km com uma média de 2.000 visitantes credenciados (estima-se um número maior de visitantes não credenciados).

72 Art. 4º, I e II, da Lei n. 12.587, de 2012, “Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II - Mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”.

73 Vide *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019.p. 97 e 99.

74 A saber: Ilha de Marajó (Pará), Jalapão (Tocantins), Sertão Nordestino (Piauí), Chapado do Araripe (Ceará), Rota do Descobrimento (Bahia), Chapada dos Veadeiros (Goiás), Serra da Canastra (MG), Estrada Real (MG), Caminho da Luz (MG), Serra da Mantiqueira (MG), Trilha Verde da Maria Fumaça (MG), Estrada Real (RJ), Volta do Desengano (RJ), Estrada Real (SP), Caminho do Sal (SP), Caminho do Sol (SP), Caminho da Fé (SP), Estrada Petrobrás (SP), Lagamar (Paraná), Estrada da Graciosa (Paraná), Vale Europeu (SC), Costa Verde e Mar (SC), Circuito das Araucárias (SC), Cataratas e Montanhas (RS), Vale dos Vinhedos (RS), Gramado -Canela (RS).

A estrutura para o cicloturismo ainda é um pouco precária, mas em lugares em que esta estrutura já está mais consolidada, como a Europa, o segmento movimentou 44 bilhões de euros em 2012 e gerou empregos para 524 mil pessoas.⁷⁵ O Brasil deve, então, fomentar a bicicultura, criar infraestrutura cicloviária e aparelhar os envolvidos no turismo para lidar com o público cicloturista, de forma mais sistematizada, com informações compiladas pelo Ministério do Turismo.

A realização de eventos esportivos no país que envolvem a bicicleta também fomenta a criação de empregos, acesso a lazer e cultura e movimentação da economia em diversos locais, impactando sobretudo a rede hoteleira. No ano de 2016, por exemplo, segundo a Confederação Brasileira de Ciclismo, foram 203 eventos desportivos, com 37.555 participantes, 17 milhões de custos de eventos, cerca de 11 milhões de gastos de hospedagem e pensão e 28 milhões de reais movimentados.⁷⁶

Este estudo da COPPE/UFRJ, sobre o qual ora nos debruçamos, tem, sem dúvida, valor inestimável para o desenvolvimento da bicicleta no Brasil, ajudando a angariar o devido respeito e também a desestigmatizar o modal, considerado por muitos indivíduos, de somenos importância. Na verdade, na sua simplicidade ecológica e economicamente elegante, a bicicleta é um modal de alta aplicabilidade aos deslocamentos no país, de que dependem muitas pessoas pobres para se locomover, como observamos, e que diminui consideravelmente a poluição no País, além de criar diversos postos de trabalho.

Por ser muito mais barata e acessível, é claro, não interessa a muitos do setor econômico que seja fomentada, pois o automóvel rende muito mais lucros para o capitalismo e para o Estado, na sua ganância tributária. Como vimos, no entanto, paulatinamente esta mentalidade vem sendo superada, porque a cidade deve ser espaço das pessoas e não do capital. Assim, no que concerne à sua aplicabilidade em termos de deslocamento, a bicicleta deve ser estimulada, evitando deslocamento motorizados excessivos e poluentes.

7 · CONCLUSÃO

Neste artigo, visou-se desvelar a pecha que pende sobre a mobilidade urbana de não ser tratada como um direito, apesar de já estar inserida na Constituição da República Federativa do Brasil e em outros diplomas legais há um considerável tempo, além de demonstrar que, atualmente, em vários documentos internacionais, normativos ou não, tal tema constitui-se em objeto de debate e preocupação intensa, considerando a alta taxa de urbanização já alcançada em todo o mundo e a mobilidade decadente na maioria das cidades.

O tema foi abordado de forma multidisciplinar, pois o enfoque, sob o prisma único do Direito, dissociado de outras ciências e abordagens, empobrece a visão do estudioso, o que pode ser consequência de se conferir uma suposta

75 Vide *Mesmo com pouca estrutura, cicloturismo cresce no Brasil e no mundo*. Disponível em: <https://ciclovivo.com.br/arq-urb/mobilidade/mesmo-com-pouca-estrutura-cicloturismo-cresce-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 14 jan. 2019.

76 Cf. *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: [www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf). Acesso em: 12 jan. 2019. p. 136.

cientificidade ao Direito, tornando-o, entretanto, asséptico e afastado da realidade social, múltipla por essência.

Sob o enfoque da Teoria Crítica, observou-se que a cidade, especialmente localizada em países semiperiféricos como o Brasil, é espaço de lutas, de segregação social, em que as benesses materiais e imateriais oferecidas pertencem somente a poucos indivíduos, em detrimento de uma grande parcela de pessoas totalmente alijadas de qualquer processo de inclusão urbana.

Nesta senda, os novos atores de luta não são mais os trabalhadores das fábricas. A intensa urbanização e a intensa concentração de riqueza na mão de poucos acabam por criar as cidades e seus novos oprimidos: aqueles que vivem neste espaço atrativo e ao mesmo tempo excludente chamado cidade.

A mobilidade urbana brasileira é calcada nas cidades espaiadas, em que a financeirização da moradia, ou seja, a transformação deste último direito em uma mercadoria altamente valiosa expulsa as pessoas mais pobres para as áreas mais desprovidas de qualquer equipamento urbano. A cada nova valorização, a cada novo processo de gentrificação, mais são os desprovidos de capacidade econômica expulsos para os confins do espaço urbano, tornando a qualidade de vida mais decadente e indigna.

E um grande ciclo vicioso, então, é formado: sem condição de subsistência para morar em áreas mais centrais, providas da infraestrutura básica, mais o brasileiro se afasta da educação, da saúde, do acesso à educação, do acesso à família, do posto de trabalho, do acesso ao lazer na cidade, à cultura, à vida que não seja aquela descrita em *Morte e Vida Severina*.

Não se forma uma noção de cidadania, não há sentimento de pertencimento ao espaço, uma noção real de solidariedade, uma visão política como espaço de busca por conquistas sociais e avanços. Como se sentem excluídos, em geral, do seu direito básico de ir e vir, além de muitos outros, as pessoas contendem entre si, seja no trânsito, seja na arena do exercício dos destinos políticos, seja na vida. Se o espaço urbano é caro, o meu quinhão virá primeiro, meu automóvel vai passar primeiro, nem que, com isso, eu despreste pedestres e ciclistas, pois a terra, o solo urbano, não lhes pertence.

O impacto de busca por novos territórios lucrativos no pós-guerra para o capital, através da indústria automobilística, acabou por fomentar uma mobilidade urbana intensamente rodoviarista em nosso País, que é gerada também pelo espriamento das cidades e que recria mais difusão da mancha urbana, um processo indesejado no planejamento urbano.

Num país de intensa exclusão social, como demonstrado neste artigo, muitos trabalhadores nem sequer recebem salários que cubram os gastos com transporte (hoje calculado em 20% dos rendimentos das famílias), sendo alijados do transporte coletivo, de tarifas caras e de condições precárias.

Várias questões influenciam para este transporte coletivo caro e ineficiente: o Poder Público se queda inerte e, não raro, através de administradores corruptos, se mancomuna, muitas vezes, com os grandes empresários do ramo para manter indevidos ajustes que impactam os valores das tarifas, o que pode ser exemplificado com a fraude na gestão pública, no setor de transportes, com severas perdas

socioeconômicas no Estado do Rio de Janeiro, apurada pela Assembleia legislativa local em caso recente, resultando na prisão do então Chefe do Executivo.

Outro problema apontado é a inexistência de previsão de um programa como fonte de recurso para o setor de transportes, que existe em muitos países que têm uma boa mobilidade urbana, o que faz com que a população arque com os custos finais totais das tarifas e também das gratuidades em flagrante oneração excessiva.

Uma tributação draconiana de um serviço público essencial pela União e Estados também impacta sobremaneira na tarifa, o que já vem sendo muito questionado por movimentos civis ocorridos no Brasil.

O custo social dessa falta de mobilidade, é claro, grassa no território urbano: nos centros urbanos, não raro, conforme reportagens adunadas a este trabalho, trabalhadores informais dormem pelos chãos das ruas, porque não podem economicamente retornar aos seus lares diariamente, acabando por ter sua convivência familiar destruída com o tempo, numa visão de Dante Alighieri sobre a desumanidade no trato do ser humano.

Diversos movimentos civis como a Revolta do Buzu, movimento Passe Livre, Revolta da Catraca insurgiram-se contra a lógica mercantilista conferida à mobilidade urbana brasileira nestas últimas duas décadas, trazendo à tona o quadro de infinita precariedade de acesso a este direito em todo o país. Apesar de os movimentos não terem atingido todas as reivindicações, alcançaram grande êxito, no entanto, em demonstrar que não estávamos inertes diante das barbáries assoladas contra os estudantes, trabalhadores e demais brasileiros em relação a nosso direito de ir e vir, ao nosso acesso ao espaço urbano.

Não se pode olvidar os impactos de uma mobilidade urbana precária na saúde emocional e física dos indivíduos, pois vários estudos demonstram que um deslocamento de mais de uma hora, em média, acaba por gerar estresse e outros problemas físicos, sobrecarregando o sistema previdenciário e de saúde do País.

O número de mortos em acidentes atribuídos à mobilidade essencialmente rodoviária também é gritante, especialmente em relação aos motociclistas, modal extremamente estimulado com estímulos fiscais nas últimas décadas.

Diante de todo este quadro ora descrito, sendo observadores das cercanias em nossos deslocamentos diários, percebemos que a bicicleta vinha progressivamente ganhando novos usuários na cidade em que resido.

Assim, os estudos aqui demonstraram que, na grande maioria de cidades pequenas e médias no País, este modal de transporte já era bastante utilizado; mais uma vez, gize-se pela precariedade do transporte coletivo e pela quase ausência de condições econômicas para pagamento do custo do transporte existente.

Revisões de paradigmas energéticos com as crises mundiais do petróleo, de paradigmas de proteção ao meio ambiente, de padrões urbanísticos, de retomada do espaço urbano para o ser humano e não para o capital, bem como também alterações de paradigmas referentes à mobilidade urbana em si, fizeram com que a bicicleta voltasse ao cenário de inclusão de planejamento urbano.

O modal, que alguns especialistas acreditaram estar fadado ao desaparecimento pelas novas tecnologias, é incluído em políticas públicas de mobilidade urbana por ser pouco poluente, econômico e acessível a maior parte das pessoas.

Para muitos brasileiros, este é o único modal de transporte com que podem contar para deslocamentos na cidade, como vimos no estudo de hábitos de família do Rio de Janeiro. Se não fosse a bicicleta, ficariam os componentes do núcleo familiar completamente tolhidos em termos de mobilidade.

Atualmente, movimentos civis cicloativistas impulsionam a edição de leis, que, para sua execução, sua aplicação no mundo fático, dependem de políticas públicas, ou seja, políticas sociais com metas organizadas, que devem ser reavaliadas e continuamente fiscalizadas.

Estas políticas inicialmente vinham precipuamente da União, detentora de maior capacidade informacional e até mesmo econômica. A União atua como fomentadora do desenvolvimento da estrutura cicloviária em Estados e, principalmente, nas municipalidades, que detêm menor capacidade econômica e informacional em regra.

No Brasil, conforme demonstrado, há intermitência no estímulo à aquisição de veículos automotores, em detrimento do transporte coletivo urbano e do fomento do deslocamento pelas bicicletas e pelo deslocamento peatonal.

Apesar desta intermitência, o número de políticas públicas para criação de infraestrutura cicloviária progressivamente aumenta, especialmente forçada por movimentos civis cicloativistas, altamente engajados em obter respeito a um modal tão útil em nossa sociedade.

Consideramos que estamos no meio desse processo, avançando. Além da luta dos que pedalam diariamente em condições ainda inóspitas, seja por prazer, seja por falta de dinheiro para pagar a passagem ou ainda pela preservação da saúde, já temos diversos administradores públicos e estudiosos que apoiam a revisão deste rodoviarismo inerte e asfixiante brasileiro.

Estamos, decerto, num “pedalar” sem volta rumo à ciclomobilidade.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. (org.). *Direito da cidade*: Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. Tomo I e Tomo II.

AG JORNALISMO CIDADE E DIREITOS HUMANOS. *Compartilhamento de bicicletas: prefeitura à mercê do setor privado?* Disponível em: <http://ag.jor.br/blog/2016/02/02/contrato-bikesharing-itaubradesco/>. Acesso em: 15 set. 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. Por Jaime Lerner e Arquitetos Associados. *Avaliação comparativa das modalidades de transporte público urbano*. Curitiba, 2009. Disponível em: www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635109537433018893.pdf. Acesso em: 4 jan. 2019.

BALBIM, Renato; KRAUSE, Cleandro; LINKE, Clarisse (Orgs.). *Cidade e movimento: mobilidades e interações no desenvolvimento urbano*. Brasília: Ipea; ITDP, 2016. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28489&Itemid=406. Acesso em: 14 maio 2018.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco: rumo a uma modernidade*. São Paulo: 34, 2010.

BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2013.

- BELLO, Enzo; KELLER, René José. *Curso de direito à cidade: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BELLO, Enzo; PAROLA, Giulia; TOLEDO, Bianca Rodrigues (orgs.). *Direito à Cidade: regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. Disponível em: www.academia.edu/34937158/Direito_à_Cidade_regularização_fundiária. Acesso em: 12 de out. 2019.
- BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais*. Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2015. p. 49-61. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.05>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- BELLO, Enzo; GODOY, Arion Escorsin de. Cidadania e acesso à justiça no espaço urbano: um estudo empírico da atuação da Defensoria Pública na luta pela moradia na cidade do Rio de Janeiro. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, v. 3, p. 1-17, 2014. Disponível em: <https://cidadaniacrítica.files.wordpress.com/2015/09/artigo-enzo-arion-rtrj-2014.pdf>. Acesso em: 12 de out. 2019.
- BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.
- BELLOTO, José *et al.* *A cidade em equilíbrio: contribuições teóricas ao 3º Fórum Mundial da Bicicleta*. Curitiba: UFPR, 2014. Disponível em: www.ciclovida.ufpr.br/wp-content/uploads/2015/10/Cidade-em-Equil%C3%ADbrio.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.
- BIANCO, Sérgio Luiz. O papel da bicicleta para a mobilidade urbana e a inclusão social. *Revista dos Transportes Públicos*, v. 25, n. 100, p. 167-176, jul./set. 2003.
- BOARETO, Renato (Org). *A bicicleta e as cidades: Como inserir a bicicleta na política de mobilidade urbana*. 2. ed. São Paulo: Instituto de Energia e Meio ambiente, 2010.
- BORJA, Jordi; MUXÍ, Zaida. *El espacio público: ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Electa, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Laura Dallari *et al.* (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* (org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.
- COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz. *Cidades cicláveis: avanços e desafios das políticas cicloviárias no Brasil*. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2017. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/170307_td_2276.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.
- COELHO JUNIOR, Euelinton.; VILAS, Genivaldo Teixeira; PEREIRA DA SILVA, Karem Khetllen *et al.* Impactos positivos das implementações de ciclovias, ciclofaixas e faixas compartilhadas no município de São Paulo. *Anais... In: Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, XVII*, 2015. Disponível em: <http://engemausp.submissao.com.br/17/anais/arquivos/220.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- CORREA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Ática. 1989.

DE SÁ, Thiago Héricck *et al.* Diferenças socioeconômicas e regionais na prática do deslocamento ativo no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 50, n. 37, 2016. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rsp/v50/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872016050006126.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

DUARTE, Fábio; LIBARDI, Rafaela; SÁNCHEZ, Karina. *Introdução à mobilidade urbana*. Curitiba: Juruá, 2008.

EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES. *Manual de planejamento cicloviário*. 3. ed. rev. e ampl. Brasília: GEIPOT, 2001. Disponível em: <http://projects.mcrit.com/tiete/attachments/article/291/Manual%20de%20planejamento%20ciclovi%C3%A1rio%20-%20GEIPOT%20-%202001.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES. *Planejamento cicloviário: Diagnóstico Nacional*. Disponível em: www.ciclocidade.org.br/biblioteca/file/47-planejamento-cicloviario-diagnostico-nacional-geipot. Acesso em: 22 maio 2019.

FAGNANI, Eduardo. *Mobilidade urbana e subdesenvolvimento: soluções paliativas para problemas estruturais*. Unicamp: Instituto de Economia, Campinas, n. 302, 2017. Disponível em: www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3531&tp=a. Acesso em: 16 set. 2019.

FARRET, Ricardo. *O espaço da cidade*. São Paulo: Projeto Editores Associados, 1985.

FLORES, Ramiro *et al.* *Ciclo-inclusión en América Latina y el Caribe: guía para impulsar el uso de la bicicleta*. Disponível em: https://publications.iadb.org/handle/11319/6808?scope=1234567891&thumbnail=true&rpp=5&page=1&group_by=none&etal=0#sthash.j7gAt6yv.dpuf. Acesso em: 17 set. 2019.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. *Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas*. Texto para discussão n. 960. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4191. Acesso em: 30 out. 2019.

HANSEN, Weobtaina Hansen. How accessibility shapes land use. *Journal of American Institute of Planners*, v. 25, n. 2, 1959.

HARDING, Alan; BLOKLAND, Talja. What is Urban Theory? *In: HARDING, Alan; BLOKLAND, Talja. Urban theory: a critical introduction to power, cities and urbanism in the 21st century*. London: Sage, 2014.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HIERNAUX, Daniel. Proyectos que dividen, ciudades que segregan. *In: HIERNAUX, Daniel. Ciudades latinoamericanas: desigualdad, segregación y tolerância*. Buenos Aires: CLACSO, 2014. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140505032950/CiudadesLatinoamericanas.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

JENNINGS, Andrew *et al.* *Brasil em jogo: o que fica da Copa e das Olimpíadas*. São Paulo: Boitempo, 2014.

KELLER, Rene José. *Direitos emergentes e cidadania: as lutas sociais urbanas por emancipações no cotidiano do capital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARICATO, Ermínia. *Para entender a crise urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

- MARICATO, Erminia. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2013.
- MARICATO, Ermínia. O Ministério das Cidades e a política urbana no Brasil: quais as ações do Ministério desde sua criação, os problemas e desafios enfrentados. *Revista AU - Arquitetura e Urbanismo*, n. 156. São Paulo: PINI, 2007. p. 64-65. Disponível em: www.revistaau.com.br/arquitetura-urbanismo/156/artigo44395-1.asp. Acesso em: 27 abr. 19.
- MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito-UFC*, Fortaleza: 2012. p. 37-56. v. 32, n. 2, 2012. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350/332. Acesso em: 13 jan. 2019.
- MOTA, Mauricio; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *O direito fundamental de propriedade e a função socioambiental nas cidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- NIGRIELLO, Andreina. *O valor do solo e sua relação com a acessibilidade*. Dissertação. COPPE/UFRJ, RIO DE JANEIRO, 1977.
- NIGRIELLO, Andreina. O impacto do sistema de transporte sobre o espaço urbano. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAU/USP*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 47-54, 1992.
- OLIVEIRA, Júlia Ribeiro de; CARVALHO, Ana Paula (orgs.). *A Revolta do Buzu – Salvador (BA): Manifestações dos estudantes secundaristas contra o aumento da Tarifa de Ônibus*. Relatório das Situações-Tipo Brasil. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) e Instituto Pólis. 2007. Disponível em: http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE_IPOLIS_revoltadobuzu_2007.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.
- PADDINSON, Ronan; McCANN, Eugene. *Encountering the city - multiple perspectives on Urban Social Change*. Cities & Social Change: encounters with contemporary urbanism. London: Sage, 2014.
- PLATAFORMA DHESCA BRASIL. *Direito humano à cidade*. Coleção cartilhas de direitos humanos. 2. ed. Curitiba: 2010. v. 2. Disponível em: <http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/01/Cartilha-Direito-à-Cidade-Plataforma-Dhesca.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.
- QUIJANO, Aníbal. *Dependencia, cambio social y urbanización en Latinoamérica*. In: QUIJANO, Aníbal. Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/ descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 75-124. Disponível em: www.google.com/url?. Acesso em: 12 de out. 2019.
- ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2009.
- SILVA, Ricardo Corrêa da. *A bicicleta no planejamento urbano: situação e perspectivas da inserção da bicicleta no planejamento de mobilidade (no Brasil e em São Paulo)*. Programa de Pós-Graduação de Arquitetura e Urbanismo, São Paulo, 2014. Dissertação de Mestrado (Área de Concentração: Planejamento Urbano e Regional). São Paulo: FAUUSP, 2014.
- SMITH, Neil. Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano. *GEOUSP - Espaço e Tempo*, São Paulo, n. 21, 2007. Disponível em: www.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046/77688. Acesso em: 12 out. 2019.
- SOLDANO, Daniela. La desigualdad social en contextos de relegación urbana. Un análisis de las experiencias y los significados del espacio (Gran Buenos Aires, 2003-2010). In:

SOLDANO, Daniela. *Ciudades latinoamericanas: desigualdad, segregación y tolerância*. Buenos Aires, CLACSO, 2014. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140505032950/ciudadeslatinoamericanas.pdf>. Acesso em: 12 de out. 2019.

TEDESCHI, Sebastian. Los conflictos urbanos en el territorio y el derecho en America Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (orgs.). *A construção do direito urbanístico na América Latina*. Belo Horizonte: Gaia Cultural, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/edesiofernandes/docs/construcao-direito-urb-americalatin>. Acesso em: 12 out. 2019.

TEIXEIRA, Livia Clemente Motta. *Exercício físico, neurogênese e memória*. 2013. 107 f. Tese (doutorado em fisiologia geral). Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TERÁN, José Ángel. *Mobilidade urbana sustentável*. São Paulo: Scortecci, 2013.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. São Paulo: Senac, 2012.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara. *Transporte urbano nos países em desenvolvimento: reflexões e propostas*. São Paulo: Annablume, 2002.

VAINER, Carlos. Megaeventos, cidade de exceção e democracia direta do capital: reflexões a partir do Rio de Janeiro. In: VAINER, Carlos; BROUDEHOUX, Anne Marie; OLIVEIRA, Fabricio Leal de. (orgs.). *Os megaeventos e a cidade: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2016. p. 19-46.

VILLAÇA, Flávio. *Estatuto da cidade: para que serve?* Carta Maior. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Política/Estatuto-da-cidade-para-que-serve-%250D%250A/4/26206>. Acesso em: 12 out. 2019.

VINICIUS, Leo. *A guerra da tarifa*. São Paulo: Faísca, 2005.

WRI BRASIL. *Benefícios da bicicleta para a saúde*. Disponível em <http://wricidades.org/conteudo/benef%C3%ADcios-da-bicicleta-para-sa%C3%BAde>. Acesso em: 9 maio 2019.

XAVIER, José Carlos. A nova política de mobilidade urbana no Brasil: uma mudança de paradigma. *Revista dos Transportes Públicos*, v. 28, n. 111, p. 59-68, 2006.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Felipe Alexandre Abrantes Souza¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Processualidade administrativa como instrumento mitigador de frustrações e legitimador da atuação estatal. 3 O conceito de processo administrativo. 3.1 Exercício da função judicante pelo Poder Executivo. 4 Imparcialidade do julgador como direito fundamental do cidadão. 4.1 O CARF e a Operação Zelotes. 5 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

O Estado moderno possui diversas obrigações a cumprir para os cidadãos que nele habitam. Sob o prisma brasileiro, tais obrigações assumem relevância, tendo em vista a escolha constitucional pela perseguição do Estado do bem-estar social ou *Welfare State*.

Desse modo, para que possa cumprir as obrigações constitucionais, dentre as quais a prestação de serviços de saúde e educação, o Estado necessita de recursos, também denominados receita pública, que, na visão de Aliomar Baleeiro, citado por Sabbag (2013, p. 43), pode ser conceituada como “a entrada, que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.

Além disso, as receitas públicas podem ser subdivididas em extraordinárias, quando ocorridas em hipótese de anormalidade ou excepcionalidade, e em ordinárias, quando a entrada ocorre com regularidade e periodicidade. As receitas ordinárias ainda comportam dois grupos: receitas derivadas e receitas originárias.

Nas palavras de Sabbag (2013, p. 45), receita originária “é, em regra, proveniente da exploração estatal de seus bens e empresas comerciais ou indústrias, à semelhança de particulares, nas atividades de locação, administração ou alienação”, ou seja, são as receitas obtidas pelo Estado quando este pratica atividades no mercado econômico sem utilizar sua soberania estatal.

Ainda segundo Sabbag (2013, p. 44), as receitas derivadas “agrupam, pois, os rendimentos do setor público que procedem do setor privado da economia, por meio de prestações pecuniárias compulsórias”. Nessa linha, a receita derivada é, entre outras formas, obtida por meio da atuação do Fisco em sua competência fundamental de recolher tributos.

No exercício da atividade de cobrança de tributos, ocorrem diversas situações de conflito em relação ao direito aplicável ao fato concreto. Dessa forma, os contribuintes

1 Assessor da 3ª Promotoria de Justiça Regional de Defesa dos Direitos Difusos do MPDFT. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

que se sentirem prejudicados pela má aplicação da norma poderão pleitear seus direitos diretamente no Fisco, resguardado o princípio de índole constitucional de inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Ao buscar a solução da lide, no âmbito administrativo, o cidadão depara com o problema da imparcialidade do julgador em relação à causa, porque o competente para decidir é um agente do próprio Fisco.

Portanto, o objeto de análise do presente artigo será justamente constatar se há imparcialidade do julgador nos processos administrativos fiscais e, mais, se há a aplicação do devido processo legal em seu âmbito. Informa-se que a abordagem será realizada tomando por referência o processo administrativo fiscal federal como parâmetro.

2 · PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO MITIGADOR DE FRUSTRAÇÕES E LEGITIMADOR DA ATUAÇÃO ESTATAL

O Estado, em busca de atingir seus objetivos constitucionalmente estabelecidos, age por meio de agentes públicos, imbuídos de determinada gama de deveres e prerrogativas ou, conforme leciona o professor Carvalho Filho (2012, p. 13), “por inspiração do jurista alemão Otto Gierke, foi instituída a teoria do órgão, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes”.

Em não raros casos, a atuação dos agentes públicos ocorre por meio de processos administrativos. Contudo, nem sempre a ideia de processualidade no âmbito administrativo foi aceita de forma majoritária, tendo em vista que muitos entendiam que o processo se restringia ao ramo judicial. Tal entendimento, porém, foi superado e hoje se consagra o processo administrativo como instrumento garantidor da cidadania.

Nesse sentido, justamente pelo fato de a atuação do Estado ser realizada por meio de seres humanos e por estes serem falíveis, tendo em vista sua própria condição humana, faz-se necessária a existência de mecanismos para que a própria Administração reveja seus atos, no uso do seu poder de autotutela, através de iniciativa própria ou pela provocação de terceiros interessados.

Quando há a provocação para que se discuta a respeito da legitimidade ou legalidade de determinado ato, tal discussão se realiza por meio de um processo que, por ocorrer no âmbito da Administração Pública, recebe a qualificação de administrativo. Nessa linha, o processo administrativo, como ferramenta para corrigir falhas na execução de atos administrativos, torna-se importante instrumento mitigador de frustrações e legitimação da atuação estatal; à medida que permite a revisão dos referidos atos, confere-lhes segurança jurídica.

Portanto, o processo administrativo fiscal presta-se a resolver conflitos porventura existentes entre a Administração e o administrado sem a necessidade de utilização do Poder Judiciário, sendo, assim, muito mais afeto ao Direito Processual do que propriamente ao Direito Administrativo. Nessa esteira, são os brilhantes ensinamentos de James Marins, citado pelo professor Dias do Amaral (2011, p. 53):

a “processualidade” enquanto voltada para a solução de conflitos entre particulares deduzidos perante a Administração (como ocorre com frequência no bojo de certames licitatórios) ou conflitos entre o particular e a própria Administração

(como sucede no bojo dos processos administrativos tributários) é matéria que está muito mais próxima da disciplina processual que da administrativa e, dessarte, muito mais afeta a um “Direito Processual Administrativo” que a um “Direito Administrativo Processual”.

Percebe-se, desse modo, a atuação da processualidade administrativa como meio para dirimir conflitos, no bojo da Administração Pública, promovendo a pacificação social, sendo identificada como ramo da ciência jurídica mais ligado ao Direito Processual do que ao Direito Administrativo, apesar de ter estreita vinculação com ambos.

3 · O CONCEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo, em sua acepção genérica, é o conjunto de procedimentos realizados com o intuito de alcançar determinado fim. Dessa forma, apresenta-se como instrumento para realização de objetivos.

Nas palavras do professor José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 958), “pode definir-se o processo como a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim”.

Nessa linha, pode-se tentar conceituar especificamente o processo administrativo, contudo, conforme ensina José Cretella Jr. (2010, p. 27), conceituar o processo administrativo é missão das mais difíceis, uma vez que, “na realidade, cada aparelhamento administrativo imprime características específicas, típicas, inconfundíveis ao instituto, condicionando-o ao direito positivo vigente local”.

Entretanto, apesar de árdua, não se pode fugir da tarefa de realizar tal conceituação. Desse modo, pode-se definir processo administrativo como a relação jurídica integrada pela Administração e pelo administrado, que tem por intuito solucionar a lide existente entre eles ou, nas melhores palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Assim, pode-se falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo, para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição. (DI PIETRO, 2009, p. 573).

Ou, conforme lição de Diogenes Gasparini:

Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronológica, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros. (GASPARINI, 2012, p. 857).

Dessa forma, obtém-se uma noção do conceito de processo administrativo e percebe-se o seu amplo espectro de aplicação, sendo utilizado para resolver conflitos nos

mais variados ramos do direito material e nas áreas da Administração Pública. A respeito das citadas espécies de processos administrativos, importante consignar a advertência realizada pelo professor Helly Lopes Meirelles, citado por Dias do Amaral:

[...] vem-se escrevendo e legislando sobre essas espécies como se elas constituíssem categorias autônomas, desvinculadas dos princípios gerais que regem todo o gênero administrativo. Essa visão isolada do processo disciplinar e do processo tributário responde em boa parte pelas distorções de seus procedimentos, que ficam assim indevidamente afastados das regras superiores que devem nortear toda e qualquer conduta jurisdicional da Administração para segurança de seus julgamentos e garantias dos direitos dos administrados. Já é tempo de inserirmos o processo disciplinar e o tributário no quadro geral dos processos administrativos, sujeitando-os aos seus princípios e ao tratamento doutrinário conveniente à correta sistematização dos respectivos procedimentos. (AMARAL, 2011, p. 56).

Na citada lição, o professor Helly Lopes pugna pela regular aplicação dos princípios que regem os processos administrativos a todas as espécies existentes, incluindo o processo administrativo tributário.

Vislumbra-se, dessa forma, que o conceito de processo administrativo ainda está em construção e que se faz necessário como medida relevante à aplicação regular dos princípios constitucionais e legais na tramitação dos referidos processos.

3.1 · EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JUDICANTE PELO PODER EXECUTIVO

Após a conceituação do processo administrativo, é importante analisar a função por este exercida. No caso, questiona-se se estaria presente a função administrativa ou judicante.

Conforme já exposto, o processo administrativo se presta a uma infinidade de aplicações, portanto existem processos administrativos de licitação, de sindicância administrativa, disciplinares, tributários, entre outros.

Na melhor lição do professor Carvalho Filho (2012), uma importante classificação a ser aplicada aos processos administrativos é a sua divisão em dois grandes grupos, quais sejam, os processos litigiosos e os não litigiosos.

Nas palavras do ilustre professor, “processos não litigiosos, como o próprio nome indica, são aqueles em que não se apresenta conflito de interesses entre o Estado e um particular” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 961). Dessa maneira, os processos não litigiosos são aqueles que se prestam a formalizar as atividades da Administração em nome do princípio do formalismo, sendo um exemplo a sindicância administrativa.

Por sua vez, os processos litigiosos, de acordo com Carvalho Filho (2012, p. 962), são aqueles que, “ao contrário do que ocorre com a categoria anterior, [...] contêm realmente um conflito de interesses entre o Estado e o administrado”. Nesse ponto, percebe-se que essa segunda classificação de processos administrativos se assemelha muito com os processos judiciais, que também têm em seu bojo um conflito de interesses e se destinam a resolvê-lo.

Nesse íterim, alguns doutrinadores entendem que existe o exercício da função judicante ou da jurisdição administrativa pelo Poder Executivo quando este conduz os processos litigiosos, sempre lembrando a inafastabilidade da jurisdição plasmada no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Cabe aqui consignar o entendimento de Marcelo Caetano, citado por Dias do Amaral (2011, p. 57):

Segundo a doutrina tradicional, todo aquele que define, com força executória, o Direito aplicável a casos concretos, exerce jurisdição: há uma jurisdição judicial e uma jurisdição administrativa, como existe jurisdição eclesiástica, militar etc.

Contudo, Dias do Amaral conclui da seguinte forma:

Embora esta linguagem já esteja corriqueira, o certo é que, tecnicamente, não se pode falar de verdadeira jurisdição administrativo no Brasil. A existência de duas espécies de processo (administrativo e judicial) não implica, por corolário, dualidade de jurisdição – como ocorre em outros países.

Processo é meio, caminho ou instrumento para a solução de controvérsias, ao passo que jurisdição traz em si a ideia de definitividade da solução. Dessa forma, não haveria, no Brasil, dualidade de jurisdição, mas jurisdição una, na medida em que, via de regra, a revisibilidade das decisões administrativas pelo Poder Judiciário faz com que somente este detenha a prerrogativa de julgar definitivamente. (AMARAL, 2011, p. 58).

Portanto, o processo administrativo tributário, enquanto exemplo de processo litigioso, no qual há a possibilidade de imposição de obrigações ao administrado, mesmo que não se aceite a ideia de jurisdição administrativa, deve ter pleno respeito aos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa e da celeridade, enfim, deve respeito pleno ao princípio do devido processo legal.

4 · IMPARCIALIDADE DO JULGADOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

Dentre tantos princípios que informam o processo administrativo fiscal, não se pode deixar de citar o princípio do juiz natural ou julgador natural, termo mais adequado na hipótese, que se apresenta sobre dois enfoques, o objetivo e o subjetivo.

No tocante ao objetivo, refere-se à proibição de tribunal de exceção, de acordo com o art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal, e ao respeito às regras objetivas de determinação de competência, insculpido no art. 5º, LIII, da Carta Magna. Quanto ao aspecto subjetivo, que será o foco da presente análise, relaciona-se com a imparcialidade do julgador.

A respeito do princípio do juiz natural dispõe o nobre jurista e processualista Nelson Nery Jr.:

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral. (NERY JUNIOR, 2000, p. 65).

Dessa forma, impõe-se que a Administração, na condução dos processos administrativos tributários, garanta aos contribuintes, em geral, que o julgador responsável por decidir a lide agirá de maneira imparcial, atuando de forma isenta, e deverá proporcionar a todos um devido processo legal, com o pleno respeito aos princípios constitucionais processuais, em especial os da ampla defesa e do contraditório.

Sob esse prisma, não é aceitável que um agente dotado de poder decisório seja tendencioso e restrinja a participação do cidadão na formação do seu convencimento. É imperioso, portanto, que o princípio do contraditório seja respeitado ao longo de todo o processo, conforme leciona Amaral:

A ideia de justiça fiscal é comumente apresentada em estudos de direito material. É necessário, no entanto, inseri-la também no campo processual. Aliás, não há, no Direito, recanto onde a presença da justiça não seja impositiva. E uma das formas de sua efetivação, indubitavelmente, é a garantia do contraditório. (AMARAL, 2011, p. 219).

Contudo, é difícil imaginar que exista realmente essa isenção ideal, tendo em vista que o agente julgador compõe os quadros do Fisco e é membro de uma carreira que tem por intuito principal justamente realizar os lançamentos tributários e fiscalizar o pagamento de tais obrigações; ou seja, é um agente que está de certa forma condicionado a atuar em favor do Estado e que tem a tendência de atuar para maximizar o recolhimento de tributos aos cofres públicos (ABREU, 2020).

Nesse ínterim, analisando o proceder subjetivo por meio do qual se forma a decisão, percebe-se que, não raras vezes, ela se forma inicialmente do convencimento puro do julgador que depois de decidir busca os elementos para embasar sua posição. Dessa forma, antes mesmo do início concreto da instrução processual com vistas a reunir elementos de convencimento do agente responsável por decidir, este já escolheu a sua posição e irá tão somente reunir os fundamentos para isso.

Constata-se que ocorre um caminho de formação de convencimento inverso, em que primeiro o julgador decide para depois olhar os fatos e colher as justificativas de tal decisão. Essa maneira de proceder causa enorme prejuízo para a solução eficaz da lide, pois esta ficará viciada pela ação tendenciosa do decisor.

Em uma situação como essa, sendo o julgador um agente do Fisco, suas ideias pré-formadas estarão a favor de um julgamento em prol do Estado tributador e não do contribuinte (ABREU, 2020), e o processo administrativo tributário servirá apenas para que se possam pinçar as justificativas do *decisum*. Verdade que, em determinadas situações-limite, será mais difícil isso ocorrer, porém a realidade é que a maioria dos casos concretos que se apresentam não proporcionam essa identificação tão facilmente.

Uma forma de resolver o problema narrado acima seria a criação de um órgão julgador que fosse composto também por representantes dos contribuintes. Tal estrutura existe, em relação à jurisdição da Secretaria da Receita Federal do Brasil, instituída inicialmente com o nome de Câmara Superior de Recursos Fiscais, pelo Decreto n. 83.304, de 28 de março de 1979, tendo sua estrutura ampliada para, além da Câmara Superior, abranger também seções especializadas por matéria e constituídas por câmaras, passando a se chamar Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), por força da Medida Provisória n. 449, de 3 de dezembro de 2008 (convertida na Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009). Todavia, já existiam instituições que realizavam atividades semelhantes ao CARF desde 1924, com a instituição dos Conselhos de Contribuintes do Imposto de Renda.

O CARF tem sua estrutura formada por representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes com proporções igualitárias, sendo órgão de apelação no âmbito

do processo administrativo fiscal, tendo por finalidade, nos próprios termos definidos em seu Regimento Interno, o que segue:

Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (BRASIL, 2009).

Pelo exposto, percebe-se que esse órgão foi idealizado para ser uma garantia ao cidadão de que as decisões no âmbito do processo administrativo tributário se dariam com imparcialidade. Com tal objetivo foi concebido o CARF como órgão de apelação com composição paritária para reexaminar, em sede de recurso, matérias de ordem tributária.

Se, por um lado, a existência de órgão superior, formado por agentes do Estado e representantes dos contribuintes para o reexame de matérias tributárias no âmbito administrativo, foi uma resposta para garantir a isenção sob o prisma da relação julgador e Fisco, por outro lado, essa estrutura concentradora de poder decisório fez surgir um problema em relação às isenções dos julgados, a possibilidade de captura dos julgadores.

Além disso, recentemente, houve alteração no procedimento de votação do CARF, com a retirada do voto de qualidade pelo art. 28 da Lei n. 13.988/2020, o que causa preocupação com o possível desequilíbrio do sistema paritário construído no referido órgão.²

4.1 · O CARF E A OPERAÇÃO ZELOTES

A possibilidade de revisão das decisões administrativas em matéria tributária, por um órgão superior e central, ocasionou, em certa medida, uma relevante concentração de poder. Assim, as decisões de primeira instância já não teriam mais tanto peso, pois poderiam ser revistas pelo CARF, enquanto órgão isento e de formação paritária.

Essa concentração de poder fez com que os conselheiros do referido órgão começassem a ser alvo de lobistas de grandes empresas interessados em propor acordos escusos que culminassem na procedência dos recursos das empresas que estes representavam. Essas espécies de acordos ilegais foram descobertas no bojo da Operação Zelotes, que apurou o recebimento de vantagens por conselheiros do CARF para direcionamento de votos (ENTENDA..., 2015).

2 O procurador-geral da República, Augusto Aras, apresentou, em abril de 2020, a ADI n. 6.399 contra o art. 28 da Lei n. 13.988/2020, que prevê a extinção do voto de qualidade no âmbito do CARF. Em seu pedido, o procurador-geral solicitou, cautelarmente, a suspensão do referido artigo, o que não foi apreciado, tendo em vista o acionamento do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 pelo ministro relator Marco Aurélio, que encaminhou o processo ao pleno para julgar definitivamente a ação. Até outubro de 2020, ainda não havia sido decidido o mérito do processo. A tese central da ADI, conforme exposto na inicial, é “a de inconstitucionalidade formal, por vício no processo legislativo, em decorrência da inserção, em lei de conversão de medida provisória, de matéria de iniciativa reservada e sem pertinência temática com o texto originário, por meio de emenda parlamentar”. Registre-se que o Partido Socialista Brasileiro (PSB) também questionou a constitucionalidade do fim do voto de qualidade no CARF, por meio da ADI n. 6.403.

Tal situação põe mais uma vez em xeque a imparcialidade dos julgadores, no âmbito do processo administrativo fiscal, pois, dessa forma, percebe-se que aqueles que possuem meios para realizar negociações ilícitas têm seus recursos providos, o que leva à interpretação de que aqueles que não possuem essa condição não terão sucesso em seus pleitos.

É preciso repensar o modelo a fim de que se possa garantir ao cidadão a isenção dos responsáveis por julgar seus processos; não há como permanecer essa situação de insegurança jurídica. O economista Marcos Lisboa, especialista em microeconomia, tem defendido a transformação do CARF em uma autarquia autônoma, nos moldes do CADE, sem relação hierárquica com o Ministério da Economia (SAFATLE, 2016).

Outra ideia seria a seleção desses conselheiros por meio de concurso público, de tal forma que não existiriam conselheiros representantes do Estado ou dos contribuintes, mas sim conselheiros com conhecimento técnico e reputação ilibada para julgar com isenção os recursos a eles apresentados.

Tendo em vista a importância e o vulto das matérias analisadas, as exigências do concurso poderiam ser semelhantes ao que se solicita para os conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas Estaduais, quais sejam, a experiência comprovada de dez anos na matéria pertinente, no caso o Direito Tributário, e a reputação ilibada.

De tal forma, o concurso seria uma alternativa para pôr fim ao poder do *lobby* no âmbito do CARF, uma vez que acabaria com as indicações políticas para a sua composição.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo administrativo tributário é importante instrumento disponível ao cidadão para que este possa arguir diretamente a Administração tributante a respeito de alguma inconsistência porventura ocorrida no procedimento de lançamento do tributo.

Entretanto, percebe-se que o aparelho estatal que conduz referido processo enfrenta algumas falhas que afetam principalmente a isenção das decisões em seu âmbito.

Nesse diapasão, o CARF é um órgão com uma excelente proposta, visando proporcionar a participação paritária de representantes dos contribuintes no sistema de julgamento dos processos administrativos fiscais. Contudo, sua diagramação necessita ser revista para que possa efetivamente realizar seu intento.

Portanto, fica clara a intenção da Administração em respeitar os direitos fundamentais dos contribuintes por meio de um regular processo administrativo tributário que lhes garanta todas as prerrogativas insculpidas na Constituição e em normativos próprios; porém, para que esse objetivo seja alcançado, faz-se necessária a reestruturação dos órgãos atualmente existentes.

REFERÊNCIAS

ABREU, Anselmo Zilet. O voto de qualidade nos tribunais e conselhos administrativos de julgamento tributário e questões correlatas. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 1º jul. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-voto-de-qualidade-nos-tribunais-e-conselhos-administrativos-de-julgamento-tributario-e-questoes-correlatas>. Acesso em: 2 ago. 2020.

- AMARAL, Paulo Adyr Dias do. *Processo administrativo tributário – e o problema da supressão do contraditório*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 256, de 22 de junho de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jun. 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- ENTENDA a Operação Zelotes da Polícia Federal. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 1º abr. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1611246-entenda-a-operacao-zelotes-da-policia-federal.shtml>. Acesso em: 2 ago. 2020.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAFATLE, Claudia. Lisboa propõe reformulação do CARF e redução da insegurança jurídica. *Valor Econômico*, Brasília, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/coluna/lisboa-propoe-reformulacao-do-carf-e-reducao-da-inseguranca-juridica.ghtml>. Acesso em: 2 ago. 2020.

O TRABALHO PRECOCE E A AFRONTA À DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES QUE TRABALHAM

Fernanda Brito Pereira¹

Martha Diverio Kruse²

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve contextualização sobre o trabalho precoce. 3 Aspectos do enfrentamento do trabalho precoce. 4 Dos diversos direitos fundamentais violados. 5 O trabalho precoce como afronta à dignidade. 6 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

O trabalho precoce³ é um fenômeno multifacetário, que, por vezes, entrelaça contextos econômicos, sociais, culturais e históricos desfavoráveis, entre outros. Ele viola o direito fundamental de crianças e adolescentes ao não trabalho,⁴ bem como impede a concretização de vários outros direitos fundamentais,⁵ tanto em decorrência lógica da ocupação do tempo advinda com o trabalho como pelo cansaço ou exaurimento que ele provoca. E tudo com a conivência do Estado, da sociedade e da família, que ainda hodiernamente não confrontam efetivamente essa forma de trabalho não digno.

A dignidade é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro e está prevista em diversas normas internacionais das Nações Unidas de proteção da

-
- 1 Procuradora do Ministério Público do Trabalho (MG). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Inteligência de Estado e de Segurança Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais.
 - 2 Procuradora do Ministério Público do Trabalho (RS). Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito do Trabalho e Direito do Estado pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).
 - 3 Consistente: (a) na realização de qualquer trabalho antes dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos; (b) no trabalho realizado por qualquer pessoa com menos de dezoito anos em período noturno, em locais e (ou) atividades perigosos, insalubres ou penosos, prejudiciais ou atentatórios à saúde, à segurança, à moral, à formação e ao desenvolvimento; ou (c) nas piores formas de trabalho infantil, tal como previsto na CR/1988, art. 7º, inciso XXXIII, e art. 227, § 3º, III, c/c arts. 403, 404 e 405 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); no art. 67 do ECA; e no Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008.
 - 4 Decorrente das disposições contidas na Constituição da República de 1988, art. 7º, inciso XXXIII (CR/1988); no Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que “aprova a Consolidação das Leis do Trabalho” (CLT); na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente” (ECA); no Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, que trata das piores formas de trabalho infantil, entre outros.
 - 5 Tais como vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, profissionalização – direitos arrolados nos arts. 227 da CR/1988, e 4º do ECA.

pessoa humana, bem como da infância e da adolescência. Dela decorre a incorporação no ordenamento jurídico pátrio da doutrina da proteção integral da comunidade infantoadolescente – no art. 227 da Constituição da República de 1988 (CR/1988) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Contudo, a existência de 2,4 milhões de pessoas com faixa etária entre cinco e dezessete anos em situação de trabalho⁶ nega os elementos caracterizadores dessa proteção.

De fato, a submissão de crianças e adolescentes ao trabalho ignora que eles sejam sujeitos de direitos e pessoas em fase especial de desenvolvimento. Somado a isso, o trabalho precoce viola a dignidade das crianças e dos adolescentes que são diuturnamente submetidos a esse tipo de violência. Daí a relevância de analisar a questão sob o prisma da dignidade.

2 · BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O TRABALHO PRECOCE

O trabalho precoce decorre, normalmente, das desproteções sociais de que são vítimas as crianças e os adolescentes pobres e extremamente pobres. Esses sujeitos, quando de família com melhor renda, são incentivados ao estudo (inclusive de línguas estrangeiras, música etc.), ao lazer, à prática de esportes, entre outros direitos relativos à idade. Àqueles oriundos de classes menos favorecidas se dirige a visão deturpada de que trabalho é o único meio de lhes garantir a sobrevivência e de os livrar da marginalidade. Trata-se de uma forma escancarada de discriminação e de responsabilizar a criança e o adolescente por sua própria condição de pobreza.

Também está entre as causas do fenômeno em foco a convivência da família, da sociedade e do Estado, que, por suas omissões, favorecem ou, ao menos, aceitam o trabalho precoce. Contraditoriamente, são essas três instituições que possuem o dever solidário de concretizar a proteção integral, priorizando, de forma absoluta, o atendimento das necessidades das crianças e dos adolescentes e dando materialidade aos seus direitos.

Culturalmente, há uma consciência espaiada no imaginário popular que naturaliza e torna invisível essa prática no mundo capitalista e consumista, sobretudo pela propagação de mitos. Os mitos do trabalho precoce consistem em afirmações falsas, que visam a justificar ou a valorizar o trabalho infantoadolescente, e têm larga aceitação social. Há, também, alegações no sentido de ser o trabalho infantil uma forma de expressão cultural. Isso ocorre, por exemplo, no Rio Grande do Sul, sob o argumento de se tratar de herança da cultura ítalo-germânica. Contudo, a imigração de italianos e alemães para o referido estado ocorreu no início do século XX, cronologicamente antes da evolução dos direitos humanos e das discussões sobre a proteção da criança e do adolescente.⁷

6 Segundo resultado da pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD) de 2016, realizada pelo IBGE.

7 Atualmente, a própria União Europeia, integrada, entre outros países, pela Itália e a Alemanha, conta com instrumentos normativos que vedam a exploração da mão de obra de crianças e adolescentes. Nesse sentido, citam-se: (a) a Diretiva 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994, relativa à proteção dos jovens no trabalho; e (b) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que concede às crianças o direito ao não trabalho, especificamente em seu artigo 32.

Destarte, não há que se falar em “brasileirismos” ou se atribuir à proteção da criança e do adolescente e à defesa do direito ao não trabalho questões políticas e culturais. Para além da legislação pátria que veda o trabalho antes dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos, e veda o trabalho do menor de dezoito anos sob determinadas condições, o Brasil é signatário de instrumentos internacionais que lhe impõem a obrigação de promover ações concretas para acabar com o trabalho precoce. Citam-se, por oportuno, a Convenção n. 138, da Organização Internacional do Trabalho (OIT),⁸ “sobre a idade mínima de admissão ao emprego”, e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas (ONU).⁹

3 · ASPECTOS DO ENFRENTAMENTO DO TRABALHO PRECOCE

Para promover o enfrentamento efetivo do trabalho precoce, a fim de erradicá-lo – o que está pactuado internacionalmente para ocorrer até 2025, conforme objetivo número 8 da Agenda 2030 já referida –, é imperativa a adoção de medidas de diversas ordens. Podem-se enumerar, exemplificativamente: a conscientização e sensibilização social acerca das consequências desse tipo de trabalho, com o intuito de romper a convivência social, familiar e do poder público com a situação; a desconstrução dos valores e mitos que permeiam o imaginário de uma certa parcela da população e caracterizam o trabalho precoce como um fenômeno positivo; o resgate da criança e (ou) do adolescente em situação de exploração e a reparação do ocorrido; o impedimento da reincidência da situação, tanto na perspectiva da vítima (com a eliminação das causas que a levaram ao trabalho precoce) quanto do explorador; o atendimento às famílias; a oferta de trabalho protegido para o adolescente a partir dos quatorze anos completos, por meio da aprendizagem.

A implementação das medidas acima pontuadas é atribuída, em regra, por lei, a diversos atores e políticas que integram o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA),¹⁰ que, por sua vez, ganha vida na “rede de proteção” (ou de atendimento). O Ministério Público do Trabalho (MPT) é um dos integrantes da rede e sustenta a condição de articulador político e agente de transformação social, capaz de propor – inclusive aos outros atores – a adoção de medidas visando ao resgate das crianças e dos adolescentes que precisam se valer dos serviços da rede de proteção para sair da condição de explorados.

8 Adotada em Genebra, em 26 de junho de 1973, promulgada no Brasil em 15 de fevereiro de 2002 e em vigor desde 28 de junho de 2002, conforme consolidado no art. 2º, LXX, do Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. “Artigo 1. Todo Membro, para o qual vigore a presente Convenção, compromete-se a seguir uma política nacional que assegure a abolição efetiva do trabalho de crianças e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho a um nível que torne possível aos menores o seu desenvolvimento físico e mental mais completo”.

9 “Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos. [...] Meta 8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas”.

10 Previsto no ECA e minuciado na Resolução n. 113, de 19 de abril de 2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

A conscientização e a sensibilização social acerca das consequências do trabalho precoce são relevantes para legitimar a atuação dos órgãos de proteção perante a sociedade, não sendo incomuns represálias decorrentes da devida atuação. Discursos de ódio em redes sociais, por exemplo, são justificados sob a alegação, por exemplo, de que se deveria deixar a criança trabalhar, já que ela não estaria fazendo nada de errado. Assim, é importante que um número cada vez maior de pessoas veja a criança ou o adolescente que está trabalhando; nesse último caso, sem observância das permissões legais, como vítima de violação de direito. É imperativo cessar a violação e conceder à criança ou ao adolescente a devida proteção social.

Especificamente quanto aos mitos, o caderno de orientações pedagógicas de combate ao trabalho infantil, elaborado e utilizado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) no âmbito do projeto nacional da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (COORDINFÂNCIA), intitulado *Resgate a Infância*,¹¹ traz orientações técnicas para instrumentalizar ações para o seu enfrentamento. No documento mencionado, estão registrados os seguintes mitos (p. 6 a 9):¹²

É melhor que a criança e o adolescente trabalhem do que roubem ou usem drogas.

O trabalho é um bom substituto para a educação.

O trabalho forma o caráter e desenvolve um valor ético e moral.

Criança trabalhadora é disciplinada, séria e corajosa. A que vive “sem fazer nada” se torna preguiçosa, desonesta e desordeira.

É necessário que a criança contribua com o orçamento doméstico, ajudando a família a sobreviver. Caso contrário, passará fome.

Criança que trabalha fica mais esperta, aprende a lutar pela vida e tem condição de vencer profissionalmente quando adulta.

Trabalho doméstico não prejudica a criança.

Trabalhar é melhor que ficar na rua sem ter o que fazer.

Nas sensibilizações e capacitações promovidas pelo MPT, para fins de implementação do projeto acima citado, em especial do eixo educação, cada um desses mitos é encarado e indica-se a forma de abordá-los, notadamente em espaços sociais institucionalizados, como as escolas.¹³

Da simples leitura dos mitos, num contexto de evidente desigualdade social e de milhões de adultos desempregados, como o brasileiro, depreende-se que eles têm destinatários certos: crianças e adolescentes pobres ou miseráveis. A disparidade desse tratamento, direcionado a determinadas classes sociais, no sentido de que as crianças delas oriundas devem começar a trabalhar de forma precoce, perpetua,

11 Projeto instituído pela Portaria PGT n. 659, de 25 de outubro de 2016.

12 Material disponível ao público no seguinte endereço eletrônico: http://www.prt3.mpt.mp.br/images/Ascom/2018/Junho/01_ORIENTA%C3%87%C3%95ES_PEDAG%C3%93GICAS_COMBATE_AO_TRABALHO_INFANTIL.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

13 O eixo educação, do projeto resgate à infância, tem como público-alvo professores e outros agentes escolares (como pedagogos, diretores, coordenadores de ensino, por exemplo) das redes públicas municipais de ensino. Almeja-se que, após a capacitação, os representantes dos Municípios que dela participaram voltem para o seu território sensibilizados e ajam como multiplicadores do conhecimento apreendido para os demais professores e integrantes da comunidade escolar.

a médio e longo prazos, o distanciamento social e impossibilita a escalada social, importando na manutenção de um ciclo vicioso de falta de educação formal e adequada, bem como na perpetuação do ciclo de pobreza.

Ao se propagarem os supostos (e não comprovados) benefícios do trabalho infantil, no que tange à disciplina, ao eventual senso de responsabilidade, ou à ilusão de um futuro melhor, a situação das vítimas não é levada em consideração, pela condição de invisibilidade. Não há, na construção da opinião pública supostamente comum sobre o trabalho infantil, escuta ativa do público afetado.

Diante da constatação individual do trabalho da criança ou do adolescente, alguns integrantes da rede, entre eles a Inspeção do Trabalho, atualmente vinculada ao Ministério da Economia, e o Ministério Público do Trabalho, promovem o resgate do trabalhador, com o rompimento do vínculo de trabalho, de modo a impedir a manutenção da conduta danosa em relação ao empregado identificado bem como a assegurar o recebimento de todos os direitos trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

Importa destacar que, sob a perspectiva da vítima, tanto a vedação total como as restrições para o trabalho têm por escopo a proteção da infância e da adolescência. Os sujeitos que se encontram na faixa etária de até quatorze anos incompletos não podem trabalhar; por sua vez, aqueles entre quatorze e dezoito anos somente podem fazê-lo sob determinadas condições. Mas se o trabalho foi, de fato, prestado por eles, sem observância da proibição ou das restrições impostas, a relação estabelecida gera todas as consequências jurídicas trabalhistas. Somado a isso, os atores da rede acima mencionados atuam para impedir que o empregador ou a cadeia produtiva reincida na exploração do trabalho precoce, seja por meio da aplicação de multas administrativas (pelos auditores fiscais do Trabalho), seja por meio da celebração de termo de ajuste de conduta ou da propositura da ação civil pública pertinente (pelo *Parquet* laboral).

Por seu turno, o impedimento da reincidência da situação sob a perspectiva da vítima impõe a adoção de medidas diversas, a depender do motivo específico que levou a criança ou adolescente ao trabalho, em regra a situação econômica. Isso obriga, notadamente o ente federado municipal,¹⁴ à adoção de políticas públicas eficazes, eficientes e efetivas de enfrentamento ao trabalho precoce.

4 · DOS DIVERSOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Para além da violação do direito fundamental ao não trabalho, o estar ocupado com o labor, independentemente de qualquer outra circunstância, obsta ou, no mínimo, põe em risco a concretude de outros direitos fundamentais próprios da infância e da adolescência, quais sejam, a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o esporte, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.¹⁵ Ilustra-se: (a) entre 2007 e 2018, aproximadamente duzentas crianças e adolescentes morreram, e 300.469 sofreram acidente de trabalho grave enquanto trabalhavam; (b) de 2003 a 2018, foram resgatados 959 adolescentes em condições análogas às de escravo, por estarem privados

14 Em decorrência do disposto nos arts. 203, 204, I, e 227, §7º, da CR/1988, bem como no art. 88, I, do ECA.

15 Direitos garantidos nos arts. 227 da CR/1988, e 4º do ECA.

de sua liberdade em razão do trabalho;¹⁶ (c) crianças tornam-se infrequentes ou se evadem da escola pelo cansaço ou pelo exaurimento decorrente do trabalho; mas, antes disso, mesmo no período em que elas comparecem à escola, é notório que o labor compromete a sua disposição e capacidade de aprender. O trabalho precoce viola, pois, outros direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Os dados dos observatórios digitais do MPT e da OIT¹⁷ indicam que a maioria dos acidentes (21%) ocorreu em atividades econômicas em que o trabalho infantil é mais aceito socialmente, as quais, perante um olhar acrítico ou apático, não revelam seus perigos, a exemplo do comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados e supermercados. Entretanto, os números demonstram que, nesse ambiente, acidentes ocorrem, principalmente quando são inseridos nele sujeitos que não deveriam estar lá trabalhando, como as crianças e os adolescentes.

Importa referir, ainda, que todo ambiente de trabalho apresenta riscos para a saúde, a segurança e a integridade dos trabalhadores.¹⁸ Por essa razão, as normas regulamentadoras (NRs) do extinto Ministério do Trabalho e Emprego (cujas funções prioritárias estão atualmente vinculadas ao Ministério da Economia), em conjunto com o texto da CLT, estabelecem a obrigatoriedade de elaboração de programas que reconheçam, avaliem, antecipem e previnam os riscos ocupacionais, tais como o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e a Análise Ergonômica do Trabalho.¹⁹ Justamente por se tratar de pessoas em fase especial de desenvolvimento e que, por sua inocência, desconhecem os riscos a que estão sujeitos, os agravos ordinariamente decorrentes do meio ambiente de trabalho são potencialmente mais graves à comunidade infantoadolescente do que aos adultos trabalhadores. Reforça-se, assim, uma tragédia social já em curso, com múltiplas violações de direitos.

5 · O TRABALHO PRECOCE COMO AFRONTA À DIGNIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Carta Cidadã, garantista de direitos fundamentais sociais, entre outros, estabeleceu em seu art. 7º, inciso XXXIII, a proibição normativa segundo a qual as crianças e os adolescentes não podem trabalhar, salvo a partir dos quatorze anos, na condição de aprendiz, e desde que observadas determinadas condições. Essa proibição decorreu da evolução da discussão acerca dos direitos fundamentais sociais, do reconhecimento da necessidade de se proverem condições materiais de exercício

16 Ambos os exemplos (a e b) se baseiam em dados estatísticos extraídos dos observatórios digitais de saúde e segurança do trabalho e de trabalho escravo, respectivamente, desenvolvidos pelo MPT em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Trata-se da “Iniciativa *SmartLab* Promoção do Trabalho Decente Guiada por Dados”, acessível ao público pela plataforma <https://smartlabbr.org/>. Acesso em: 16 set. 2019.

17 Ver nota de rodapé anterior.

18 Os riscos são classificados em cinco grupos e consistem em: (1) físicos, (2) químicos, (3) biológicos, (4) ergonômicos e (5) de acidentes. Tudo de acordo com a tabela constante no anexo IV da Portaria n. 25, de 29 de dezembro de 1994, do Secretário de Segurança e Saúde no Trabalho, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30.12.94, e republicada em 15.2.95.

19 Previstos, respectivamente, nas NRs n. 7, 9 e 17 do MTE.

da cidadania, o que começa na infância, por meio da proteção e da garantia de saúde e educação adequadas.

Há que se interpretar o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República de forma sistemática e integrativa com outros dispositivos e princípios insertos na Carta Magna, como, por exemplo, o princípio da igualdade, refletido, *inter alia*, no *caput* do art. 5º e no inciso III do art. 3º, que caracteriza como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Esse objetivo não se coaduna com um estado de coisas que conceda a determinadas pessoas de classes mais favorecidas o direito a permanecer estudantes até a idade adulta, e a outras o dever de trabalhar de forma precoce.

Outros dispositivos constitucionais também regulamentam e protegem todas as crianças, em especial aquelas a quem falta o básico, a exemplo dos arts. 203, II; 208, IV; e o 227. As creches e a educação infantil, preconizadas pelo art. 208, são importantes para se suplantar a alegação de que as crianças ficarão sozinhas e desamparadas se não acompanharem os pais no trabalho.

Contudo, a incorporação da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 227 da CR/1988, e a existência de normas garantistas não são suficientes para concretizar o direito fundamental da comunidade infanto-adolescente ao não trabalho. A proibição não é suficiente para se concretizar que, no cotidiano de suas vidas, crianças e adolescentes não trabalhem. Eros Roberto Grau (2018, p. 318) destaca que,

paulatinamente, vai se desnudando a evidência de que ela [a Constituição formal] não basta para superar as distorções sociais da nossa realidade – a Constituição, isoladamente considerada, não desencadeia nenhum processo de mudança social.

Grau reforça, ainda, que a ausência de políticas públicas pode aniquilar a força da Constituição dirigente, esvaziando-a e tornando-a incompatível com a realidade.

Ademais, essas normas decorrem do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, inclusive de crianças e adolescentes, que é fundamento da República Federativa do Brasil. Esse reconhecimento é, também, alicerce da Declaração Universal dos Direitos Humanos – proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, aos 10 de dezembro de 1948 –, declarado em seu preâmbulo.

Neomi Rao (2011) explica que nem mesmo os elaboradores da referida Declaração concordaram com a semântica do vocábulo dignidade. Contudo, a abertura do conceito utilizado foi importante para que se pudessem fundamentar os demais direitos humanos em um valor universal. Rao classifica três concepções de dignidade: dignidade inerente, dignidade na concepção substantiva (ligada ao bem-estar social) e dignidade como reconhecimento. E destaca que há conflitos entre as três abordagens, sendo necessária a opção por uma delas. Contudo, apesar das divergências entre as três concepções, o trabalho precoce e o tratamento desigual dado às crianças e aos adolescentes de determinadas classes sociais parecem afrontar a dignidade em todas as suas formas.

Para os que adotam a noção de *dignidade inerente*, a ideia básica é que a dignidade da pessoa é mais bem respeitada ou fomentada quando o sujeito pode perseguir seus fins pessoais de seu próprio modo. Na concepção *substantiva*, alcançar dignidade pode também corresponder a uma forma de autorrealização, se a dignidade adota a forma de um padrão social que os indivíduos e a comunidade devem seguir. Por

outro lado, aqueles que reivindicam a *dignidade como reconhecimento* argumentam que se pode buscar proteção legal contra insultos ou danos simbólicos, visando a evitar os sentimentos de ser estigmatizado e marginalizado.

Ao evidenciar os três conceitos de dignidade, Neomi Rao lança duras críticas à abordagem da dignidade como reconhecimento, indicando a sua incompatibilidade com a Constituição norte-americana, inspirada em princípios nitidamente liberais. Contudo, a própria autora admite que esse conceito se vincula aos direitos de terceira geração, ou seja, aos direitos de solidariedade, e que os Estados Unidos da América são uma exceção na manutenção da visão mais liberal, enquanto a Europa e outras democracias modernas caminham na direção de uma visão mais comunitária da dignidade.

O art. 3º da Constituição da República de 1988 deixa claro que o Brasil adota o conceito mais comunitário de dignidade, uma vez figuram entre os objetivos fundamentais da república

construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Carta Magna demonstra, pois, explicitamente a opção pela abordagem da dignidade como reconhecimento. A menção à solidariedade e a vedação de qualquer forma de discriminação evidencia ainda a incompatibilidade da ordem constitucional com os mitos do trabalho precoce, uma vez que eles estigmatizam e marginalizam crianças e adolescentes de determinadas condições sociais, além de perpetuar o ciclo vicioso de dificuldades econômicas e educacionais.

6 · CONCLUSÃO

Conquanto se tente afastar a observância do direito fundamental ao não trabalho em idade precoce com recursos ao relativismo cultural e à falsas polarizações entre violações diversas, importa reconhecer que submeter a criança e o adolescente ao trabalho em tenra idade é violar a sua dignidade, afrontando um dos princípios basilares dos direitos humanos.

Há também um viés extremamente discriminatório nas colocações que defendem o trabalho precoce, pois os pretensos dogmas que o apresentam como uma alternativa positiva são direcionados apenas às crianças e aos adolescentes inseridos em um contexto econômico e social desfavorável, preservando-se o direito à educação, à saúde, ao lazer, ao bem-estar social, entre outros, das crianças e adolescentes integrantes das classes mais favorecidas social e economicamente.

Muito embora o conceito de dignidade seja amplo, por qualquer perspectiva que se analise, é nítida a afronta à dignidade decorrente do trabalho em tenra idade, seja porque a criança ou o adolescente estão sendo usados como meios e não como fim em si mesmo (concepção kantiana e inerente), seja porque acabam sendo privados dos meios mínimos para o gozo de uma vida saudável e do direito à educação e à saúde (concepção substantiva), seja pela desconsideração da sua condição de pessoa em desenvolvimento e de suas potencialidades (concepção de dignidade como reconhecimento).

Destarte, não se pode tolerar a ocorrência do trabalho precoce, sendo necessário, também, sensibilizar a sociedade para esse tipo de violação de direitos, para que não seja ofuscada por todas as demais violações a que estão sujeitas a comunidade infantoadolescente, e para que não se coadune com o tratamento diferenciado de determinadas crianças e adolescentes, pois o tratamento discriminatório afronta cabalmente a Constituição da República.

REFERÊNCIAS

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Trabalho Infantil: 2016. PNAD contínua: trabalho infantil: 2016 Rio de Janeiro: IBGE, 2017. ISBN: 9788524044359. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101389>. Acesso em: 26 ago. de 2020.

RAO, Neomi. Three concepts of dignity in constitutional. *Notre Dame Law Review*, v. 86, Issue 1, p. 183-272, February 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss1/4/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DISPENSA COLETIVA

O trabalho como valor jurídico, social e econômico

Fernanda Daher Caram Farah¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Requisitos da dispensa coletiva. 2.1 Aspecto causal. Motivo. 2.2 Natureza objetiva. 2.3 Quantidade numérica. Percentual. 2.4 Lapso temporal. 2.5 Redimensionamento da empresa. Manutenção da atividade econômica. 3 Do despedimento coletivo e a representação de classe. 4 Direito comparado. 4.1 A solução no Brasil. 4.2 A solução na Europa. 4.3 A solução de Portugal. 4.4 A solução da Itália. 4.5 A solução da França. 5 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

Abordar o tema “dispensa coletiva” constitui um dos maiores desafios para o estudioso do Direito do Trabalho, uma vez que a exposição da questão desnuda as contradições mais profundas do capitalismo: a geração de riqueza, o desenvolvimento social e tecnológico, as crises econômicas e o desemprego.

Marco, decerto, dos mais importantes, foi a Primeira Revolução Industrial, que significou muito mais do que uma nova concepção na relação entre o capital e o trabalho.

A revolução industrial inaugurou uma forma de produção, com o legítimo surgimento de uma classe proletária, na demonstração mais clara de que os direitos de primeira dimensão não bastariam. As forças aderiram o ritmo das máquinas. As cidades se tornaram palco de fome, de desnutrição, de amontoados de casebres, de desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano.

Após as máquinas a vapor da Primeira Revolução Industrial (séc. XVIII), a energia elétrica e as grandes fábricas da Segunda Revolução Industrial (sécs. XIX e XX), e a eletrônica, a computadorização e a telecomunicação da Terceira Revolução Industrial (meados do séc. XX), hoje se vivenciam a digitalização e integração dos processos, a “internet” das coisas e a computação em nuvem.

As tecnologias disruptivas, assim conhecidas aquelas que vêm inovar e romper com as até então conhecidas, marcam a Quarta Revolução Industrial ou a Indústria 4.0. É nesse inédito contexto que máquinas inteligentes tendem a assumir postos de trabalho de imensa parte da população ativa. Com a utilização de inteligência artificial de autoaprendizagem, serão possíveis mudanças e atualizações automáticas durante uma operação.

1 Analista do MPU e Assessora Jurídica da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestranda na Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Minas Gerais.

Desde o último semestre do ano de 2008, principalmente após a quebra da instituição financeira Lehman Brothers nos Estados Unidos da América, a grave crise econômica mundial também demonstrou que o direito coletivo é, mais do que nunca, essencial para tentar salvaguardar os efeitos deletérios das dispensas coletivas.

Para se alcançarem as pretendidas ilações quanto ao tema ora proposto, este estudo foi dividido em partes principais, nas quais se busca abordar o significado da dispensa coletiva, o papel dos representantes das categorias profissionais neste contexto e, finalmente, o direito comparado, com enfoque no direito português.

2 · REQUISITOS DA DISPENSA COLETIVA

Inicialmente, faz-se necessária a distinção de dispensa plúrima da dispensa coletiva. Enquanto aquela se vincula ao direito individual, esta se constitui sob as asas do direito coletivo. Em ambos os casos ocorre o desligamento de um conjunto de trabalhadores, todavia a modalidade plúrima se refere a um número disperso de dispensas individuais; já na coletiva o que ocorre é a rescisão simultânea de pluralidade de contratos de trabalho por motivo único em uma empresa, sem substituição dos empregados dispensados. Sucintamente, na coletiva existem uma peculiaridade da causa e a redução definitiva do quadro de pessoal.

Orlando Gomes dos Santos (1974) há longa data já fazia a distinção. Segundo ele, na dispensa coletiva o empregador, compelido a dispensar uma pluralidade de empregados, não seleciona traços pessoais, mas um grupo não identificável, uma lotação, uma seção ou um departamento da empresa. Nesse caso a causa que principia a dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa:²

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. [...] O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa. (SANTOS, 1974, p. 575).

A Comunidade Europeia regulamenta a despedida coletiva a partir de critérios, quais sejam: causal (quando caracterizados motivos ensejadores da despedida), numérico (quando determinado número ou percentual de empregados

2 De acordo com a autora Marcele Carine dos Praseres Soares (2014, p. 10-11), conforme *Boletim Estatístico* de maio de 2011, produzido pelo Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social de Portugal, que fraciona os processos de despedimentos coletivos nas regiões Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve, houve, no ano de 2009, em sua globalidade, 379 processos judiciais concluídos e 5.522 empregados despedidos, dos quais foram revogados, por meio de acordo, 208 despedimentos e, “por outras medidas”, outros 49. Embora não haja esclarecimentos quanto ao significado de “outras medidas”, quer-se crer que as revogações dos despedimentos foram promovidas por via judicial.

despedidos for alcançado) e temporal (quando as despedidas ocorrerem dentro de determinado período).

2.1 · ASPECTO CAUSAL. MOTIVO

O motivo é um elemento basilar que diferencia as despedidas coletivas das despedidas individuais plúrimas, porque naquelas “a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa [...] sem substituição dos empregados despedidos”, ao passo que nesta “para cada demitido pode haver causa diferente e normalmente tem o propósito de substituição do demitido por outro empregado” (PANCOTTI, 2010, p. 534).

Em outras palavras, as razões das despedidas plúrimas se relacionam à pessoa ou à conduta do empregado, significando que, para cada um deles, o motivo para rescisão contratual pode ser único e particular; ao passo que nas despedidas coletivas o motivo é comum e relacionado à circunstância econômica, financeira ou organizacional da empresa.

O aspecto causal varia de país para país. Na França, a despedida coletiva é caracterizada pela concepção de motivo econômico (art. L. 321-1 do CT). Na Espanha, por motivos econômicos, técnicos, organizativos ou de produção (art. 51 do Estatuto do Trabalhador).³ Em Portugal, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos (art. 359, CP).

2.2 · NATUREZA OBJETIVA

Outro elemento sucedâneo do anterior é a natureza objetiva dos fatos ensejadores da despedida, que no caso da coletiva suplantam o relacionamento interpessoal das partes para questões de ordem econômica, tecnológica ou estrutural. A plúrima, por sua vez, pode advir de comportamento do empregado ou de dificuldades financeiras da empresa.

Esse é o ponto trazido pela Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, a despeito de não conceituar despedida coletiva, a relaciona objetivamente a motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos (Parte III), fazendo aí distinção da dispensa individual por motivo subjetivo, de cunho disciplinar, que deve ser fundamentada pelo empregador (Parte II).

Por sua vez, a Diretiva n. 75/129/CEE da Comunidade Europeia conceitua a despedida coletiva como aquela ocasionada por um ou vários motivos não inerentes à pessoa do trabalhador (art. 1.1).

3 Já ensinado por Eduardo Soto Pires (2012), é importante notar que a lei exige a apresentação da documentação econômica dos últimos três anos. Isso reforça a ideia de que a situação econômica negativa não pode ser conjuntural, mas deve ser grave e de difícil transposição, para que possa ser autorizadora da dispensa coletiva. Deve haver uma situação em que a dispensa coletiva sirva para estancar as perdas. No entanto, de acordo com a nova redação do art. 51 do ET, o empregador não precisa justificar como as dispensas deverão contribuir para a superação da situação negativa, basta que exista uma relação razoável entre a má situação econômica alegada e as dispensas coletivas propostas. Já não recai sobre a empresa o ônus de provar que a medida seja suficiente para eliminar a crise, nem que sejam adotadas outras medidas que garantam a superação da situação econômica negativa (PIRES, 2012, p. 54, 62, 56).

2.3 · QUANTIDADE NUMÉRICA. PERCENTUAL

A Diretiva n. 75/129/CEE também indica números e percentuais de redução do quadro de empregados para que seja configurada a despedida coletiva (art. 1.1):

[...] efetuada por um empresário, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa do trabalhador, quando o número de dispensas no período de trinta dias corresponda a: a) Dez empregados, cujo centro de trabalho empregue habitualmente entre vinte e cem trabalhadores; b) Dez por cento do número de empregados, nos centros de trabalho que empreguem habitualmente entre cem e trezentos trabalhadores; c) Trinta empregados nos centros de trabalho que empreguem habitualmente o mínimo de trezentos trabalhadores; d) Ou vinte empregados, seja qual for o número de trabalhadores habitualmente empregados nos centros de trabalho afetados, desde que a dispensa se verifique dentro de um período de noventa dias.

A base de cálculo utilizada para a consideração do número de despedimentos ou incidência do percentual deve levar em conta a quantidade de empregados na totalidade de filiais, seções ou unidades; excluídos os trabalhadores eventuais, temporários e terceirizados.

No art. 51 do Estatuto Espanhol do Trabalhador:

[...] entender-se-á por dispensa coletiva a extinção de contratos de trabalho fundada em causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção quando, em um período de noventa dias, a extinção afete pelo menos: – dez trabalhadores, empresas que ocupem menos de cem trabalhadores; – 10% dos trabalhadores naquelas empresas que ocupem entre cem e trezentos trabalhadores; – trinta trabalhadores nas empresas que ocupem trezentos ou mais trabalhadores.

Dentre os sistemas jurídicos, aquele que se apresenta mais restrito é o ordenamento português, que tem como coletiva a despedida que abranja, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de empresas de dois a cinquenta ou mais de cinquenta trabalhadores (art. 359 do Código Português):

[...] a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respetivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias seções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

2.4 · LAPSO TEMPORAL

Consoante a Diretiva n. 75/129/CEE e a Diretiva n. 98/59/CE, os despedimentos devem ocorrer num determinado lapso temporal a fim de que a despedida possa ser qualificada como coletiva. O prazo trazido como referência é de trinta ou noventa dias.⁴

4 A Diretiva n. 98/59/CE do Conselho da União Europeia, de 20 de julho de 1998, assim dispõe: “Artigo 1º, 1. Para efeitos da aplicação da presente diretiva: [...] i) ou, num período de 30 dias: – no mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100, – no mínimo 10% do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores, – no mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 300; ii) ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão”.

Na França, esse prazo de rescisões contratuais para configuração de despedimento coletivo é de trinta dias; na Espanha, em até noventa dias; em Portugal, simultânea ou sucessivamente em três meses.

2.5 · REDIMENSIONAMENTO DA EMPRESA. MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Por fim, o elemento de redimensionamento da empresa. A despedida coletiva no sentido jurídico é um instituto que visa à viabilidade e à manutenção da atividade econômica mediante uma organização mais adequada dos recursos.

Assim, há de haver vinculação entre a eliminação dos postos de trabalho e o resultado da operação almejado que, ao menos em tese, seja favorável à continuidade da empresa e dos demais postos de trabalho, e não como mecanismo meramente de maximização de lucros.⁵

3 · DO DESPEDITO COLETIVO E A REPRESENTAÇÃO DE CLASSE

Comumente, existem dois tipos de representantes diretos dos interesses dos empregados perante o empregador: as comissões representativas dentro das empresas e os sindicatos da categoria.

As comissões representativas representam todos os empregados perante a administração da empresa, promovendo o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho, com o fim de prevenir ou solucionar conflitos; assegurando tratamento justo e imparcial aos empregados, sem qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical; exercendo o controle da gestão da empresa; obtendo informações ao exercício da atividade; participando em processo de reestruturação e alteração das condições de trabalho; participando das obras sociais e da elaboração da legislação do trabalho.

A Comissão possui caráter de direito fundamental, a ponto de ser prevista nas próprias constituições dos países. A título de exemplo, citam-se as constituições portuguesa e brasileira.

A Constituição portuguesa, no art. 54, dispõe que: “É direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa”. E, dentre outros, constituem direitos das comissões de trabalhadores (item 5):

- a) Receber todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade; b) Exercer o controlo de gestão nas empresas; c) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.

5 “Nos casos analisados pelos tribunais (espanhóis), foram declaradas improcedentes as extinções nos casos em que a redução de postos de trabalho se embasava simplesmente em um projeto empresarial e estava absolutamente desconectada da existência real de dificuldades que impedissem o bom funcionamento da empresa, seja por exigência da demanda ou pela posição competitiva da referida empresa no mercado. Entendendo definitivamente que, de fato, pode existir, como muito, uma conveniência para que a empresa adote a medida, mas não uma necessidade verdadeira e isso não é causa suficiente para justificar uma extinção contratual (STS 23 de janeiro de 2008, QS 2008/88270).” (PRIETO, 2010, p. 22 *apud* PIRES, 2012, p. 103).

Por sua vez, a brasileira assegura o mesmo direito em seu art. 11: “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Outro órgão representativo dos interesses coletivos dos trabalhadores são os sindicatos. Além do dever de fiscalizar, possuem condições de se opor ao exercício arbitrário do poder diretivo do empregador, equiparando-lhe as forças. O intuito é resguardar os interesses econômicos e laborais dos filiados, bem como a representatividade e a defesa da categoria de trabalhadores.

A Organização Internacional do Trabalho preconiza a importância do direito à representação pelo sindicato, em discussões sobre direitos coletivos dos trabalhadores.

Também a título exemplificativo, citam-se as constituições portuguesa e brasileira.

O art. 56 da Constituição portuguesa atribui às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem. E constitui como direito: a) participar na elaboração da legislação do trabalho; b) participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores; c) pronunciar-se sobre os planos econômico-sociais e acompanhar a sua execução; d) fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei; e) participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.

Ao passo que a brasileira em seu art. 8º estipula que é livre a organização profissional ou sindical, observando que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (incisos III e VI).

Pois bem. É na dispensa coletiva que os órgãos representativos se revelam essenciais.

No Direito do Trabalho, até mesmo pela condição notadamente desigual de forças entre empregado e empregador, tem-se a adoção frequente de uma postura mais protetiva. Não se deve imaginar, entretanto, que se apresente como empecilho à correta discussão acerca das relações trabalhistas. Pelo contrário, beneficia empresas que atuam corretamente, sanciona às que agem em desrespeito à legislação e equilibra o cenário empresarial.

Os despedimentos coletivos são objeto de regulamentação internacional, regional e nacional. Geralmente, determina-se que as empresas informem e consultem os órgãos representativos de classe, como os sindicatos e os representantes dos trabalhadores, antes de promoverem dispensas em massa.

Preconiza a Convenção n. 158 da OIT, de 1982, que trata da cessação da relação de trabalho, que os procedimentos de informação e consulta devem ser seguidos quando presentes despedimentos por razões “econômicas, estruturais, tecnológicas e análogas”, com o objetivo de encontrar medidas “para evitar ou minimizar os despedimentos” e “atenuar os efeitos negativos de quaisquer despedimentos para os trabalhadores em causa, tais como encontrar um emprego alternativo”. Assim dispõe seu art. 13:

Art. 13 – 1. Quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos; a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno,

a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual seriam efetuados esses termos: b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

A Recomendação n. 166 da OIT sobre a cessação do contrato de trabalho, com vigência a partir de 23 de novembro de 1985, complementa orientações nesse sentido.

Informação e consulta entre as partes também se encontram previstas em fontes regionais de regulamentação, como a Lei Modelo de Harmonização da Cessação de Emprego da Comunidade do Caribe (Caricom) e a Diretiva da União Europeia (UE) relativa aos despedimentos coletivos.

Os instrumentos regionais, como a Diretiva n. 2002/14 da UE, preveem o dever de diálogo social, ou seja, de informações e consultas sobre a situação, a estrutura e o provável desenvolvimento do emprego dentro da empresa ou estabelecimento e sobre quaisquer medidas antecipatórias previstas, em particular quando houver uma ameaça ao emprego; inclusive suscetíveis de levar a mudanças substanciais na organização do trabalho ou nas relações contratuais.⁶

Regulamentações nacionais estatuem deveres semelhantes.⁷⁻⁸

Isso significa que as normatizações que asseguram o funcionamento dos sistemas de relação laboral claramente sustentam o papel ativo dos representantes dos trabalhadores nos despedimentos coletivos, levando a resultados econômicos positivos (ADAMS *et al.*, 2019), o que se verifica, principalmente, quando presentes instituições coletivas fortes (DEAKIN; MALMBERG; SARKAR, 2014).

4 · DIREITO COMPARADO

4.1 · A SOLUÇÃO NO BRASIL

No Brasil, com o intuito de assegurar o adimplemento das obrigações trabalhistas, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 8º, incisos III e VI, previu:

6 Diretiva n. 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia.

7 A lei sueca sobre o emprego (codeterminação no local de trabalho) (1976:580), seção 19, por exemplo, obriga os empregadores a “informar regularmente uma organização de trabalhadores em relação à qual [estão] vinculados por acordos de negociação coletiva sobre a forma como a empresa está a evoluir no que respeita à produção e às finanças e sobre as orientações em matéria de política de pessoal”. São igualmente previstas obrigações análogas quando o empregador não está vinculado por uma convenção coletiva.

8 A base de dados da legislação à proteção do emprego da OIT indica que mais de sessenta países, pertencentes a todos os continentes do mundo, preveem deveres processuais de informação e consulta em caso de despedimentos coletivos. Disponível em: <https://eplex.ilo.org/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Art. 8º [...]:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...]

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; [...]

Assim, seria inconstitucional discussão sobre direitos coletivos dos trabalhadores sem a participação de entidade sindical; salvo, naturalmente, situações excepcionais, como no caso de ausência de sindicato de uma categoria na região na qual se discute determinado assunto.

A presença do sindicato como porta-voz de seus representados é tão importante que sua ausência já se mostrou danosa em mais de uma ocasião. Pela proximidade temporal, vale a citação do caso “Greve dos Caminhoneiros” como exemplo das consequências desastrosas de não se ter um representante definido para uma negociação, que muitas vezes ocorre sem grande intervalo de tempo para a preparação das partes.

Em relação à dispensa coletiva brasileira, a precursora foi a doutrina, que há três décadas já reconhecia a existência dessa forma de extinção contratual e já delimitava o seu alcance, mostrando-se a legislação ordinária e constitucional ainda muito insuficiente e escassa. A jurisprudência predominante até 2009 nos tribunais trabalhistas aplicava à dispensa coletiva o mesmo tratamento da dispensa individual, cuja legislação trabalhista faculta ao empregador a decisão de dispensar o empregado sem justa causa.

Só com o impacto socioeconômico das dispensas coletivas ocorridas em 2009 e após, especificamente a promovida pela Embraer, sem qualquer aviso ou negociação, que atingiu mais de 4.200 empregados diretos, com repercussões em toda a cadeia produtiva e no comércio e serviços das regiões atingidas, que foi trazida à tona a discussão sobre a arbitrariedade da dispensa coletiva principalmente frente aos princípios e direitos estabelecidos na Constituição Federal.

Segue ementa do TST, que condenou a empresa Embraer a pagar indenização financeira a todos os empregados demitidos e deu o caso como marco inicial para a obrigatoriedade de negociação coletiva prévia com entidade sindical para validade de demissões coletivas:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem

prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pressões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (Processo: ED-RODC – 30900-12.2009.5.15.0000. Data de Julgamento: 10.8.2009. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Data de Publicação: *DEJT* 4 set. 2009).

Com a Reforma Trabalhista n. 13.467/2017,⁹ o art. 477-A da nova CLT passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

9 Não há como negar que a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017 várias normas constitucionais foram desrespeitadas pelo afastamento do ser coletivo obreiro da dinâmica das dispensas massivas deflagradas pelo empregador em sua empresa ou em estabelecimentos dela componentes.

A redação do novo artigo equipara, para todos os fins, as dispensas individuais, plúrimas e coletivas, ignorando a diferente natureza jurídica desses institutos, como já mencionado. Além de eximir a necessidade de prévia negociação coletiva ou participação sindical do evento de qualquer tipo de dispensas, não apenas precariza e fragiliza as relações de emprego, mas também não veda expressamente eventuais arbitrariedades do patronado.

As normas constitucionais, internacionais e legais adotadas pelo Brasil afastam o caráter unilateral e potestativo das dispensas coletivas. Pela própria natureza de constituir um fato coletivo já se pressuporia a necessária participação de um órgão representativo (arts. 8º, VI e VIII, e 11 da CF). Até de modo a assegurar mais eficazmente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, 6º, 170, VIII, e 193 da CF), a função social da propriedade (arts. 5º, XXXII, e 170, III, da CF), a proteção e promoção do emprego (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141, 151, 158 e 168).

Em especial, quanto à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – que proíbe a dispensa sem justo motivo e arbitrária –, em que pese sua curta duração no Brasil, teve sua força programática reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 17 de setembro de 1992, publicada no *Diário Oficial* em 11 de abril de 1996, denunciada em 20 de novembro de 1996, e pende de Ação Direta de Inconstitucionalidade tramitando no STF sob n. 1.480-3.

Vista disso, o art. 477-A da CLT precisa ser interpretado e aplicado tanto respeitando a Constituição da República (controle de constitucionalidade), quanto às convenções internacionais (controle de convencionalidade) e às leis infraconstitucionais (controle de legalidade); por conseguinte, assegurando o direito à informação das entidades representativas, bem como a negociação coletiva dos impactos da demissão em massa.

Acrescenta-se que o propósito maior da Reforma Trabalhista, insistentemente mencionado pelos seus defensores, foi o de valorizar e fortalecer o papel das negociações coletivas, o que coincide, à perfeição, com os fundamentos da jurisprudência produzida pelos tribunais trabalhistas com relação ao tema dispensas em massa.

Afinal, se o negociado “prevalece sobre o legislado”, não é concebível que nos momentos mais relevantes da relação de emprego – ou seja, no seu nascimento, com a contratação ou admissão do empregado, quanto no seu fenecimento, com o distrato imotivado, tudo em termos coletivos e não meramente individuais – a negociação não seja elemento-chave, imprescindível e necessário.

Noutro giro, vale dizer, se a redação do dispositivo legal fosse outra, e ele de fato afastasse a necessidade de prévia negociação coletiva, isso apenas conduziria, forçosamente, ao reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição Federal e com os tratados internacionais firmados pelo Brasil.¹⁰

10 A essa conclusão se chegou na recente 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília pela Anamatra, na qual foi aprovado o seguinte enunciado: “57. Dispensa coletiva: inconstitucionalidade. O artigo 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconveniência, pois viola os artigos 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, *CAPUT*, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o artigo 4º da Convenção Nº 98, o artigo 5º

Esclareça-se que essa matéria, mais recentemente, foi afetada ao Tribunal Pleno do TST, com os demais processos suspensos a seu respeito no âmbito trabalhista.¹¹ De igual modo, sobre o mesmo assunto, já existe repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, declarada antes da vigência da Lei n. 13.467/2017.

Assim, o novel art. 477-A da nova CLT colide frontalmente com a legislação correlata mais moderna dos países-membros da União Europeia, como pode-se inferir a seguir.

Apenas importa ressaltar que foi editada no Brasil a Medida Provisória n. 936, de 2020 (convertida na Lei n. 14.020/2020), que passou a autorizar a redução da jornada de trabalho e do salário, ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, por meio de acordos individuais, em razão da pandemia de Covid-19, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria. A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI n. 6.363, que em plenário manteve a eficácia da medida provisória, revogando uma medida liminar outrora concedida pelo ministro relator Ricardo Lewandowski, que entendia por sua inconstitucionalidade.

4.2 · A SOLUÇÃO NA EUROPA

A Europa segue diretriz comum fixada para todos os países-membros da União Europeia, de observância obrigatória, independentemente do seu direito interno, de normas comunitárias. As dispensas coletivas no ordenamento jurídico da União Europeia seguem diretrizes uniformes em todos os Estados que a integram, de acordo com as Diretivas n. 75/129/CEE, de 17 de fevereiro de 1975, n. 92/56/CEE, de 24 de junho de 1992, n. 98/59/CE, de 20 de julho de 1998, e n. 2002/14/CE, de março de 2002 – que se harmonizam com as regras da Convenção n. 158 da OIT.¹² Em geral, há fases de comunicação da dispensa coletiva aos repre-

da Convenção Nº 154 e o artigo 13 da Convenção Nº 158, todas da OIT. Viola, ainda, a vedação de proteção insuficiente e de retrocesso social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: A) O direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; B) O dever geral de boa-fé objetiva; E C) O dever de busca de meios alternativos às demissões em massa”.

- 11 Como a nova Lei n. 13.467/2017 passou a afastar a exigência de negociação coletiva em caso de dispensa em massa no Brasil, tramita no Supremo Tribunal Federal o RE 999435, com repercussão geral reconhecida (Tema 638). Foi proferida decisão liminar monocrática prolatada em sede de correção parcial, garantindo a validade da norma (n. 1000393-87.2017.5.00.0000).
- 12 A Diretiva n. 98/59/CE do Conselho da União Europeia, de 20 de julho de 1998, assim dispõe: “Artigo 2º 1. Sempre que tenciona efetuar despedimentos coletivos, a entidade patronal é obrigada a consultar em tempo útil os representantes dos trabalhadores, com o objetivo de chegar a um acordo. 2. As consultas incidirão, pelo menos, sobre as possibilidades de evitar ou de reduzir os despedimentos coletivos, bem como sobre os meios de atenuar as suas consequências recorrendo a medidas sociais de acompanhamento destinadas, nomeadamente, a auxiliar a reintegração ou reconversão dos trabalhadores despedidos. Os Estados-membros podem prever que os representantes dos trabalhadores possam recorrer a peritos, nos termos das legislações e/ou práticas nacionais. Para que os representantes dos trabalhadores possam formular propostas construtivas, o empregador deve, em tempo útil, no decurso das consultas: a) Facultar-lhes todas as informações necessárias; e b) Comunicar-lhes, sempre por escrito: i) os motivos do despedimento previsto, ii) o número e as categorias dos trabalhadores a despedir, iii) o número e as categorias dos trabalhadores habitualmente empregados, iv) o período durante o qual se pretende efetuar os despedimentos, v) os critérios a utilizar na seleção dos trabalhadores a despedir, na medida em que as leis e/ou práticas nacionais deem essa competência ao empregador,

sentantes dos empregados (fundamento, número de trabalhadores atingido, prazo para dispensa, cálculo de compensação), seguida de negociação (com fiscalização pela Administração do Trabalho e possível presença de peritos) e posterior comunicação de dispensa aos empregados.

A política trabalhista da União Europeia possui como objetivo reforçar a proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas, tendo em vista a necessidade de um desenvolvimento equilibrado na Comunidade.

Tais diretivas, em resumo, estabelecem um procedimento prévio de consulta às representações de trabalhadores, com a finalidade de chegar a um acordo para evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente a ajuda para reciclagem dos trabalhadores atingidos.

Prescrevem, ainda, um procedimento de dispensa coletiva, a ser implementado no prazo de trinta dias, a contar da notificação à autoridade pública, podendo, no entanto, ser dispensada essa notificação segundo o direito interno de cada país ou nas hipóteses em que a referida autoridade solicitar expressamente as informações da empresa, assegurada “a faculdade dos Estados-membros de aplicar ou introduzir disposições legais, regulamentares ou administrativas ou de permitir e incentivar a aplicação de disposições convencionais mais favoráveis, para os trabalhadores” (art. 5º da Diretiva) (NASCIMENTO, 2009, p. 9).

4.3 · A SOLUÇÃO DE PORTUGAL

Em Portugal, nos termos do art. 359, n. 1, do Código do Trabalho:

Considera-se despedimento coletivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência dê lugar a encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou a redução do número de trabalhadores e seja determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

Importante destacar que Portugal, após constatar por meio dos dados estatísticos disponíveis que as microempresas representavam mais de 80% de seu tecido empresarial, nelas laborando quase 30% da mão de obra assalariada naquele país, desenvolveu uma classificação tipológica das empresas laborais, promovendo uma espécie de dimensionamento do Direito do Trabalho, de forma a construir regimes laborais diversificados e adaptados à dimensão da empresa na qual o trabalho é prestado.

O próprio Código do Trabalho português, no art. 91, distingue vários tipos de empresas laborais tendo em vista seu critério ocupacional, ou seja, o número de trabalhadores empregados. Assim, o Código do Trabalho português procede à seguinte classificação tipológica: microempresa (a que emprega menos de dez trabalhadores); pequena empresa (a que emprega de dez a menos de cinquenta trabalhadores);

vi) o método previsto para o cálculo de qualquer eventual indenização de despedimento que não a que decorre das leis e/ou práticas nacionais”.

média empresa (a que emprega de cinquenta a menos de 250 trabalhadores); e grande empresa (a que emprega 250 ou mais trabalhadores). Procurando minorar as previsíveis dificuldades práticas suscitadas pela aplicação dessa classificação, o n. 2 do art. 100º esclarece que o número de trabalhadores será calculado com recurso à média do ano civil antecedente, salvo no ano de início da atividade, caso em que a determinação do número de trabalhadores se reporta ao dia da ocorrência do fato que determina o respectivo regime (n. 3 do mesmo artigo).

O mecanismo da dispensa coletiva surge como um mecanismo de resposta a situações de crise empresarial. Assim, o empregador que pretende promover a dispensa coletiva precisa comunicar sua intenção à estrutura representativa dos trabalhadores, nos termos do art. 360, seguida de uma fase de negociação com objetivo de buscar um acordo entre as partes (AMADO, 2019, p. 377).¹³

Importa ressaltar a ordem trazida pela legislação portuguesa. O item 1 do referido artigo expressa que a comunicação do despedimento deve ser direcionada à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger. E, inexistindo tais representatividades, que se deve comunicar individualmente, por escrito, a cada um dos trabalhadores a intenção de dispensa, os quais podem designar, de entre eles, no prazo de cinco dias úteis a contar do recebimento da comunicação, uma comissão representativa com o máximo de três ou cinco membros consoante o despedimento abranja até cinco ou mais trabalhadores (item 2).

Ressalte-se, aqui, que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) já apreciou casos em que, a despeito de não haver estruturas representativas, os empregados também não promoveram a nomeação de uma comissão representativa. Em tais circunstâncias, entendeu que as empresas não possuíam o dever de efetuar a fase negocial diretamente com os trabalhadores que seriam despedidos. Outrossim, considerou que apenas estruturas representativas estariam aptas a

13 “Artigo 360.º Comunicações em caso de despedimento coletivo. 1 - O empregador que pretenda proceder a um despedimento coletivo comunica essa intenção, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger. 2 - Da comunicação a que se refere o número anterior devem constar: a) Os motivos invocados para o despedimento coletivo; b) O quadro de pessoal, discriminado por setores organizacionais da empresa; c) Os critérios para seleção dos trabalhadores a despedir; d) O número de trabalhadores a despedir e as categorias profissionais abrangidas; e) O período de tempo no decurso do qual se pretende efetuar o despedimento; f) O método de cálculo de compensação a conceder genericamente aos trabalhadores a despedir, se for caso disso, sem prejuízo da compensação estabelecida no artigo 366.º ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. 3 - Na falta das entidades referidas no n.º 1, o empregador comunica a intenção de proceder ao despedimento, por escrito, a cada um dos trabalhadores que possam ser abrangidos, os quais podem designar, de entre eles, no prazo de cinco dias úteis a contar da receção da comunicação, uma comissão representativa com o máximo de três ou cinco membros consoante o despedimento abranja até cinco ou mais trabalhadores. 4 - No caso previsto no número anterior, o empregador envia à comissão neste referida os elementos de informação discriminados no n.º 2. 5 - O empregador, na data em que procede à comunicação prevista no n.º 1 ou no número anterior, envia cópia da mesma ao serviço do ministério responsável pela área laboral com competência para o acompanhamento e fomento da contratação coletiva. 6 - Constitui contraordenação grave o despedimento efetuado com violação do disposto nos nº 1 a 4 e constitui contraordenação leve o efetuado com violação do disposto no n.º 5.”

uma discussão paritária na busca de um acordo sobre dimensão e sopesamento de alternativas possível à dispensa.¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶

Pois bem. O processo principia com a comunicação inicial da intenção de despedir e dos seus fundamentos endereçada à estrutura representativa dos trabalhadores. O conteúdo obedece a um padrão fixado em lei (art. 360), em que deverá constar, dentre outras informações, os fundamentos econômicos, financeiros e técnicos da intenção de despedir e o número de trabalhadores visados, por categorias profissionais.

Durante um período de dez dias, que segue à informação, deve-se desenvolver uma fase de negociação, nos termos do art. 361. Essa fase será assistida pelos serviços da Administração do Trabalho, para efeito de controle preventivo de legalidade, com poderes de conciliação (art. 362) (FERNANDES, 2019, p. 774/775).¹⁷

14 Ac. n. 381/12.3TTLSB.LI.S1 (Pinto Hespagnol): “Na ausência das estruturas representativas dos trabalhadores a que se refere o n.º 1 do artigo 360.º do Código do Trabalho de 2009 e não sendo designada a comissão *ad hoc* representativa dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento colectivo, aludida no n.º 3 do mesmo artigo, o empregador não é obrigado a promover a fase de informações e negociação tal como se acha desenhada no artigo 361.º seguinte”.

Ac. n. 1222/10.ITTVNG-A.PI.S1 (Pinto Hespagnol): “Ora, o envio das informações complementares justificativas da intenção de proceder ao despedimento colectivo, indicadas no n.º 2 do artigo 360.º, às estruturas representativas dos trabalhadores previstas no n.º 1 do artigo 360.º e à comissão *ad hoc* representativa dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento a que alude o n.º 3 do artigo 360.º visa facilitar a obtenção de informações úteis sobre a projectada medida de despedimento colectivo e a subsequente negociação com o empregador.

Na falta das ditas estruturas representativas dos trabalhadores, e posto que a constituição da comissão *ad hoc* representativa dos trabalhadores a abranger pelo despedimento consubstancia um ónus, cujo não exercício determina o afastamento do carácter obrigatório da fase de negociações, fica destituído de sentido útil o envio da documentação indicada no n.º 2 do artigo 360.º aos trabalhadores abrangidos, sendo que, então, a explicitação dos motivos justificativos do despedimento fica reservada para a decisão final do despedimento a comunicar a cada um dos trabalhadores e ao ministério responsável pela área laboral [artigo 363.º, n.ºs 1 e 3, alínea *a*], pelo que, neste contexto, o não envio, a cada um dos trabalhadores a despedir, das informações complementares mencionadas no n.º 2 do artigo 360.º, bem como a não promoção da fase de informações e negociação tal como se encontra desenhada no artigo 361.º, não ofende os princípios constitucionais da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa, consagrados no artigo 53.º da Constituição, visto que ainda são compatíveis com as mencionadas garantias constitucionais, havendo, além disso, fundamento material para a adopção de um tal regime jurídico”.

15 Ainda de acordo com o STJ, como os trabalhadores seriam informados dos motivos do despedimento não haveria violação dos princípios constitucionais de isonomia, segurança no emprego e proibição dos despedimentos sem justa causa.

16 Nos dizeres de Pedro Furtado Martins, “nada impede o empregador de promover uma negociação direta com os trabalhadores abrangidos pelo despedimento, convocando-os para uma reunião. Nesta eventualidade, desenvolver-se-á uma negociação facultativa, na qual o Ministério do Trabalho não participará, uma vez que entende não dever fazê-lo quando não exista uma das estruturas de representação previstas na lei” (MARTINS, 2012, p. 320).

17 “Art. 361.º Informações e negociação em caso de despedimento coletivo. 1 - Nos cinco dias posteriores à data do ato previsto nos n.º 1 ou 4 do artigo anterior, o empregador promove uma fase de informações e negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores, com vista a um acordo sobre a dimensão e efeitos das medidas a aplicar e, bem assim, de outras medidas que reduzam o número de trabalhadores a despedir, designadamente: a) Suspensão de contratos de trabalho; b) Redução de períodos normais de trabalho; c) Reconversão ou reclassificação profissional; d) Reforma antecipada ou pré-reforma.

No que se refere aos motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, o item 2 do mesmo artigo informa que se trata de motivos definidos em moldes bastante amplos e indeterminados, que revelam a especial vocação do despedimento coletivo para fazer face a situações de crise da empresa que impliquem a reestruturação ou o redimensionamento desta, bem como a respectiva orientação estratégica no mercado.

Observa-se, destarte, que o despedimento coletivo é visto aos olhos dos países-membros da União Europeia como um mecanismo de resposta a situações de crise empresarial, de forma a garantir a viabilidade econômica e financeira da empresa, ou ainda como um instrumento utilizado para prevenir a crise empresarial de sorte a assegurar que a empresa permaneça saudável e viva.

De acordo com João Leal Amado (2016, p. 326-327), em Portugal, para promover o despedimento coletivo as empresas devem observar um procedimento distinto das dispensas individuais. Assegura o autor que “o empregador que pretenda promover um despedimento coletivo deve comunicar esta intenção à estrutura representativa dos trabalhadores, nos termos do art. 360 do Código de Trabalho”, seguindo-se uma fase de informações e negociação “com vista a um acordo sobre a dimensão e efeitos das medidas a aplicar e, bem assim, de outras medidas que reduzam o número de trabalhadores a despedir” (art. 361 do mesmo Código de Trabalho), negociação esta “em que participará o serviço competente do ministério responsável pela área laboral (art. 362)”.

Em ocorrendo o despedimento coletivo, o trabalhador fará jus a uma compensação financeira, na forma disposta no art. 366. Chama-se a atenção à presunção de aceitação do despedimento coletivo quando o trabalhador aceita a referida compensação; a qual somente seria ilidida caso este, simultaneamente, entregue ou coloque à disposição do empregador o referido montante (itens 4, 5).

Eventual ilegalidade será discutida apenas posterior e judicialmente; sendo certo que predomina a análise de aspectos formais, processuais, diante do legalmente previsto (FERNANDES, 2019, p. 772).¹⁸ Todavia, é certo que a dispensa pode ser entendida como ilícita se não houver sequer nexos entre o motivo/fundamento invocado e a relação com as funções exercidas pelos que tiveram seus contratos cessados. Nesse sentido, o STJ já entendeu que

o controlo judicial da validade do despedimento coletivo implica, por parte do Tribunal, não só a verificação objetiva da motivação invocada para justificar a

Art. 362.º Intervenção do ministério responsável pela área laboral. 1 - O serviço competente do ministério responsável pela área laboral participa na negociação prevista no artigo anterior, com vista a promover a regularidade da sua instrução substantiva e procedimental e a conciliação dos interesses das partes. 2 - O serviço referido no número anterior, caso exista irregularidade da instrução substantiva e procedimental, deve advertir o empregador e, se a mesma persistir, deve fazer constar essa menção da ata das reuniões de negociação.”

18 Entrementes, conquanto pouco frequentes, existem decisões de inutilizações de despedimentos coletivos. Cita-se o Ac. STJ 19/11/2008-P. 08S1873 (Sousa Peixoto): “O encerramento temporário de um hotel para obras não constitui fundamento de despedimento colectivo”. E o Ac. STJ 13/01/2010-P 15275/09.IT2SNT.SI (Vasques Dinis), no mesmo sentido: “Apurando-se que a actividade desenvolvida pela Autora continuou a existir, mesmo após o encerramento das mencionadas instalações, é de reputar de lícito o despedimento de que esta veio a ser alvo, com fundamento na incongruência entre a motivação comum invocada para justificar o despedimento colectivo e a individualização do concreto despedimento da Autora”.

redução global dos postos de trabalho, mas também a verificação da idoneidade de tal motivação para, em termos de razoabilidade, determinar a extinção dos concretos postos de trabalho.¹⁹

4.4 · A SOLUÇÃO DA ITÁLIA

As normas da União Europeia refletiram-se sobre o Direito na Itália, com a Lei n. 223, de 23 de julho de 1991, no dizer de Luisa Galantino, em sua obra *Diritto del lavoro* (1994), “substancialmente atuativa da diretoria comunitária 75/129, de 17 de fevereiro de 1975, sucessivamente modificada pela diretiva 92/56, de 24 de junho de 1992”.

Mostra, a citada juslaborista, que as dispensas coletivas, no direito do seu país, submetem-se a um procedimento sindical, judicial e público.

A fase sindical tem por finalidade a consecução de um acordo coletivo com base no qual a questão será resolvida. Não ocorrendo o entendimento, o empregador dará o aviso prévio aos trabalhadores, levando em conta, para efeito de organização da dispensa, certos fatores pessoais do trabalhador, como os encargos familiares e a antiguidade.

O controle judicial tem por finalidade julgar eventual impugnação sobre regularidade do processo, e, em caso de concluir-se que não estão presentes as exigências para redução do pessoal, a consequência pode consistir na anulabilidade de cada dispensa.

A intervenção pública resulta da atuação preventiva do Estado quanto à redução do pessoal e à promoção de medidas de natureza previdenciária, de desocupação dos trabalhadores, inclusive a promoção de cooperativas de produção.

4.5 · A SOLUÇÃO DA FRANÇA

Na França, também é lícita a dispensa coletiva por motivos econômicos. A lei de 1975 já autorizava a referida dispensa “por motivo econômico de ordem conjuntural ou estrutural”; e a lei de 1989 definia dispensa econômica como a

efetuada por um empregador por um ou muitos motivos não inerentes à pessoa do empregado, resultante de uma supressão ou transformação do emprego ou de uma modificação substancial do contrato de trabalho, consequente

19 Ac. STJ 13/01/2010 - P. 15275/09.IT2SNT - (Vasques Dinis). A mesma linha de sindicância pode ser vista em outros acórdãos, como no Ac. STJ 27/06/2007-P.07S1147: “Na apreciação da procedência dos fundamentos invocados para o despedimento coletivo, o tribunal deve proceder, à luz dos factos provados e com os invocados, mas também a verificação da existência de um nexo entre aqueles fundamentos e o despedimento, por forma a que, segundo juízos de razoabilidade, tais fundamentos sejam aptos a justificar a decisão de redução de pessoal através do despedimento coletivo”. Também no Ac.1222/10.ITTVNG-A.PI.SI: “Na apreciação da procedência dos fundamentos invocados para o despedimento coletivo, o tribunal deve proceder, à luz dos factos provados e com respeito pelos critérios de gestão da empresa, não só ao controlo da veracidade dos fundamentos invocados, mas também à verificação da existência de um nexo entre aqueles fundamentos e o despedimento, por forma a que, segundo juízos de razoabilidade, tais fundamentos sejam aptos a justificar a decisão de redução de pessoal através do despedimento coletivo. 3. Tendo-se apurado que não existe nexo de causalidade (relação causa-efeito) entre a poupança de custos derivados do despedimento e as alegadas necessidades de saneamento económico e financeiro do empregador, e que este, apesar de invocar como fundamento do despedimento o «desequilíbrio económico-financeiro» e a «redução de pessoal por motivos estruturais», procedeu, em simultâneo, à contratação de novos trabalhadores, cujos encargos superam os dos primeiros, mostram-se improcedentes os fundamentos invocados para o despedimento coletivo, que é de considerar ilícito”. Além de outros, como Ac. 7031/16.7TFNC. LI.SI; Ac. 3020/09.6TTLSB-A.LISI, que podem ser acessados nas bases de dados jurídicas da DGSJ.

notadamente das dificuldades econômicas ou de transformações tecnológicas. (Código do Trabalho, art. 1.321-1).

Assim, a Diretiva da União Europeia de fevereiro de 1975 não trouxe modificações.

O sistema francês, desde a década de 70 do séc. XX, resumia as dispensas em três categorias: as dispensas individuais (lei de 1973), as grandes dispensas coletivas, que pressupõem um procedimento de entendimentos (lei de 1975), e as pequenas dispensas coletivas, assim consideradas aquelas que afetam de dois a nove empregados, acrescentando que a reforma legislativa de 1986 e 1989 deu uma certa unidade ao sistema.

Para dispensas decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos ou de reorganização da empresa, é obrigatório um procedimento, que tem início com a elaboração, pela empresa, de um plano de dispensa, a reunião com os representantes do pessoal, a participação de um perito contábil remunerado pela empresa para esclarecer questões técnicas sobre a situação econômica da empresa, um período de reflexão previsto no acordo nacional interprofissional de segurança do emprego, o envio de cartas de dispensa após o decurso do período, medidas sociais de acompanhamento aos trabalhadores envolvidos (que podem prever diversas alternativas e providências paralelas, como redução de jornada, trabalho em tempo parcial, conversão por acordo da dispensa em suspensão do contrato de trabalho e por um período que pode ir de quatro a dez meses e com pagamento de 65% dos salários pelo Fundo Nacional de Emprego, reciclagem profissional, ajuda para a procura de novo emprego, preservação dos mais idosos, aviso-prévio mais prolongado, que pode chegar a dois meses) e a participação do Estado por meio da autoridade administrativa.

Atualmente, a participação administrativa se restringe a apontar irregularidades no processo. A necessidade dessa autorização foi suprimida em 1986, de modo que o sentido que na atual legislação está presente é o de mero acompanhamento do processo, sendo, fundamentalmente, uma negociação. Por sua vez, o controle judicial do Conseil de prud'hommes se refere mais à regularidade do processo e à garantia de indenizações do que à falta de causa real e séria para a dispensa ou de ausência dos motivos econômicos ou estruturais da empresa.

5 • CONCLUSÃO

O cenário fático da Quarta Revolução Industrial com a presença disruptiva de tecnologias inovadoras também revela possível substituição de postos de trabalho de imensa parte da população ativa por máquinas inteligentes.

Somada a isso, em tempos de crises econômicas em um contexto globalizado, uma das primeiras consequências constatadas é a despedida maciça de trabalhadores.

Juridicamente, o despedimento coletivo se configura quando determinado número ou percentual de empregados é dispensado, num lapso temporal específico, por motivo de caráter objetivo comum, sem previsão de substituição ou recontração de pessoal, de forma a pressupor a manutenção do empreendimento econômico.

Em geral, ocorrem as seguintes fases antes da dispensa coletiva: a comunicação pela empresa da dispensa massiva aos representantes dos empregados (com os fundamentos objetivos, o número de trabalhadores atingido, o prazo para dispensa, o cálculo de compensação), seguida de negociação (com fiscalização pela Administração do Trabalho e possível presença de peritos) e posterior comunicação de dispensa aos empregados.

A normativa internacional da OIT, as diretivas da União Europeia e várias das legislações nacionais dos países falam da necessidade de comprovação de reais e relevantes motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos para ocorrer a dispensa coletiva, não justificando a mera maximização de lucros. Para tanto, devem ser previamente comunicadas as associações autônomas coletivas dos trabalhadores, verdadeiros porta-vozes dos representados, que buscarão meios de conciliar os interesses da classe, minimizando os prejuízos sociais gerados, e, até mesmo, formas alternativas à dispensa, como suspensão de contratos de trabalho; redução de jornada; reconversão; reclassificação profissional; reforma antecipada; e reciclagem.

A autoridade administrativa do Estado participa apenas para aferir a validade do procedimento adotado. Também é possível impugnação pela via judicial, que, como regra geral, verificará a legalidade da dispensa coletiva.

Nesse sentido, o presente artigo não pretende estabelecer conclusões definitivas ou expor uma fórmula mágica apta a superar as vicissitudes que emanam da situação internacional, mas, tão somente, demonstrar a necessidade inarredável de que sejam resguardados os direitos coletivos de participação do duplo canal de representação dos empregados nas dispensas coletivas, tendo em vista o trabalho como valor social, jurídico e econômico.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Zoe; BISHOP, Louise; DEAKIN, Simon; FENWICK, Colin; GARZELLI, Sara Martinsson; RUSCONI, Giudy. The economic significance of laws relating to employment protection and different forms of employment: analysis of a panel of 117 countries, 1990-2013. *International Labour Review*, Geneva, v. 158, issue 1, p. 1-35, March 2019. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/ilr.12128>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 4, p. 391-393, abr. 2009.

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016.

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Noções básicas. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Artigos 1.º a 107.º. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. I.

DEAKIN, Simon; MALMBERG, Jonas; SARKAR, Prabirjit P. How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income? The experience of six OECD countries, 1970-2010. *International Labour Review*, Geneva, v. 153, issue 1, p. 1-27, March 2014.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 19. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 1994.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade*. As instituições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011.

MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do contrato de trabalho*. 3. ed., revista e actualizada. Cascais: Princípia, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para manutenção dos empregos. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 7-16, jan. 2009.

PAGANI, Marcella. Sistema recursal das ações coletivas. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros; FERNANDES, Nadia Soraggi (org.). *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 222-236.

PANCOTTI, José Antonio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 74, n. 5, p. 529-541, maio 2010.

PIRES, Eduardo Soto. *Demissões coletivas: lições para a sua regulamentação futura pelo sistema jurídico brasileiro*. Estudo do modelo regulatório espanhol. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Orlando Gomes dos. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa*. Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. São Paulo: LTr, 1974.

SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo Judiciário. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 6, p. 650-670, jun. 2009.

SOARES, Marcele Carine dos Praseres. *O dever de motivação na despedida coletiva*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30082017-144038/publico/Dissertacao_MarceleSoares_Final.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, n. 116, p. 110-125, out./dez. 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008.

NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA APLICADO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fernanda Marinela¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A segurança jurídica como direito fundamental. 3 O valor jurídico no ordenamento pátrio e os contornos clássicos aplicados ao direito administrativo. 4 Novos contornos do princípio da segurança jurídica aplicado ao direito administrativo. 5 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

A problemática da segurança nas relações jurídicas é percebida em diversos momentos da história da vida em sociedade, seja entre indivíduos, seja em face da Administração Pública, com maior ou menor intensidade. Não à toa, Canotilho (1991, p. 384) aponta que este princípio constituiria uma das vigas mestras da ordem jurídica.

Os valores inerentes ao princípio da segurança jurídica foram manifestos inicialmente no âmbito privado e, construindo um panorama histórico, pode-se encontrá-lo desde o Estado Absolutista, perpassando os regimes autoritários, perpetuando-se até os tempos hodiernos, tudo em razão das raízes do direito romano e seu legado civilista. Dos frutos desse império, destaque para a noção de *fides* e as *actiones bonae fidei* que inspiraram a regra da boa-fé objetiva.

No que tange ao direito europeu, frisa-se, em relação à segurança jurídica, a construção doutrinária e jurisprudencial referente à possibilidade de manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos ou ilegais e a proteção da confiança.

Nesse contexto europeu, merece destaque a Alemanha, primeira a dar assento constitucional ao princípio da segurança jurídica por intermédio de interpretação do Tribunal Federal Constitucional em 1976 (CALMES, 2001, p. 11, 14-16), mesmo ano em que integrou a Lei alemã de Processo Administrativo que o deu intenso tratamento, notadamente quanto à anulação e a revogação dos atos administrativos. Imperioso acentuar que o *leading case* que deu início a chamada “marcha triunfal” (*Siegeszug*) da valorização deste princípio discutia a anulação de pensão concedida à viúva de servidor público – matéria administrativista. Além disso, a tese de julgamento apontava a íntima relação entre o conceito de segurança jurídica e a proteção da confiança.

No final do século XX, com fortes influências da constituição de Weimar e do direito alemão, a Constituição Cidadã de 1988 trouxe, em seu bojo, norma

1 Pós-graduada em Direito das Obrigações pela USP. Conselheira no CNMP. Conselheira Federal da OAB Nacional. Professora de Direito Administrativo.

que protege o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito contra alterações legislativas (art. 5º, XXXVI),² atendendo ao comando do princípio da segurança jurídica, apesar de não expresso. Outrossim, elencando os princípios que norteiam a Administração Pública, a Lei n. 9.784/1990, em seu artigo 2º,³ alistou o princípio da segurança jurídica.

Não obstante isto, diversas foram as evoluções deste princípio no direito brasileiro, haja vista sua natureza de norma com tessitura aberta, cujo valor jurídico está em constante desenvolvimento e construção. Assim, o presente artigo tem por objetivo apresentar os novos contornos do princípio da segurança jurídica aplicado ao Direito Administrativo.

2 · A SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Inexiste discussão quanto à importância do princípio da segurança jurídica na construção e manutenção da democracia, posto que através dele vislumbramos elemento de edificação da justiça, da preservação e estabilidade das relações jurídicas, proteção à confiança, enfim, pedra basilar na estruturação de um direito ao processo legítimo. Nesse sentido, Sarlet e Marinoni (2017, p. 916) afirmam que

o direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo.

Fala-se, portanto, sobre conceito intrínseco a própria concepção de justiça material.⁴

Destarte, pela análise em sentido mais estrito, compreende-se a segurança jurídica como um direito fundamental em razão da positivação de seus componentes no inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição de 1988 – direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito –, entretanto, mediante estudo da coesão das normas constitucionais como um todo, nota-se que este princípio se constitui um direito à segurança, ainda que de uma perspectiva unicamente jurídica. Nesse sentido, este estudo defende a existência de ligação direta com o princípio mestre da nossa Carta Magna, o princípio da dignidade humana, posto que se relaciona diretamente com a autonomia de cada indivíduo,⁵ na medida em que “significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas” (BARROSO, 2017, p. 290), obviamente conduzido pelo direito à certeza das regras impostas, tal como as sanções previstas em razão do valor comunitário.

2 “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

3 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

4 “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material” (MENDES *et al.*, 2016, p. 395).

5 “Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). [...]” (BARROSO, 2017, p. 288).

Assim, podemos entender a segurança jurídica como um direito de defesa no processo e pelo processo, mas também como um direito fundamental que visa resguardar aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 · O VALOR JURÍDICO NO ORDENAMENTO PÁTRIO E OS CONTORNOS CLÁSSICOS APLICADOS AO DIREITO ADMINISTRATIVO

Como dito, o princípio da segurança jurídica é norma fundamental no ordenamento pátrio, considerada pedra basilar do Estado de Direito ao lado do princípio da legalidade, conforme doutrina de Almiro do Couto e Silva (2004, p. 271-316), em estudo que aponta a progressão da importância deste princípio e das questões que abarca em relação ao Direito Administrativo.

Outrossim, os princípios são normas genéricas, de tessitura aberta, cujos valor e dimensão de peso são fixados pelo intérprete em face das questões que orientam.⁶ Portanto, desdobram-se em diversos mandamentos de otimização e inspiram normas. Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2002, p. 49), ministro do STF, afirma que o princípio da segurança jurídica

encerra valores e bens jurídicos diversos [...] açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.

Consoante o exposto, a doutrina decompõe o princípio da segurança jurídica em dois aspectos: *aspecto objetivo*, da estabilidade das relações jurídicas, e *aspecto subjetivo*, da boa-fé e proteção à confiança, o que explica a relação espousada originariamente no direito alemão.

Essas ilações doutrinárias nortearam as clássicas conotações práticas do princípio da segurança jurídica presentes no direito brasileiro, quais sejam: a) regra do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, já citada; b) regras sobre prescrição, decadência e preclusão; c) regras que fixam prazo para a propositura de recursos nas esferas administrativa e judicial, bem como para que sejam tomada as devidas providências; d) regras que fixam prazo para que sejam revistos os atos administrativos; e) instituição da súmula vinculante, cujo objetivo, expresso no § 1º do art. 103-A⁷ da Constituição, é o de afastar controvérsias que gerem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”;

6 “Ensina Dworkin que os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso [...]” (MENDES *et al.*, 2016, p. 73).

7 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...]”

f) previsão da sistemática de resolução de demandas repetitivas, que também tem o objetivo expresso no art. 976, inciso II,⁸ do Código de Processo Civil de proteger a isonomia e a segurança jurídica; g) regra insculpida no art. 927, especialmente §§ 3º e 4º,⁹ que tratam da modulação de efeitos e observância da segurança jurídica em casos de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores; h) a Lei n. 9.868/1999, art. 27,¹⁰ que estabeleceu normas sobre a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade e a Lei n. 9.882/1999, art. 11,¹¹ que instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ambas possibilitam a modulação de efeitos das respectivas decisões em atendimento a segurança jurídica.

Volviendo o foco para o Direito Administrativo, os comandos normativos gerais citados, inspirados pelo princípio da segurança da jurídica, referem-se às principais fontes jurídicas deste ramo do Direito, que são, em suma, legais – abarcando toda espécie de instrumento normativo – e jurisprudenciais – consubstanciadas pelos entendimentos cristalizados em súmulas, súmulas vinculantes, repercussões gerais, repetitivos e afins. Nisto cingem-se a relevância deste princípio e a relação direta com o princípio da legalidade estrita do regime jurídico administrativo.

Entre as fontes legais, a expressão normativa clássica do princípio da segurança jurídica encontra-se na Lei n. 9.874/1999, diploma legal que trata do Processo Administrativo no âmbito federal. Tal diploma insere no rol de princípios presente em seu art. 2º, aos quais a Administração Pública se submete, a segurança jurídica.

8 “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

9 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; [...] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. [...]”

10 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

11 “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Outros desdobramentos também foram previsto neste diploma legal. No inciso XIII¹² do parágrafo único do art. 2º, veda-se a aplicação a fatos pretéritos de nova interpretação da norma jurídica.

Adiante, no art. 54,¹³ criou-se o prazo preclusivo ou decadencial do direito de a Administração Pública invalidar seus atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, fixado em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, e, em se tratando de efeitos patrimoniais contínuos, esclarece o § 1º que o “prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento”.

Em que pesem tais previsões normativas expressas, que reforçam a obediência ao princípio da segurança jurídica, não se pode olvidar que a *práxis* jurídica brasileira não corresponde aos mandamentos meramente principiológicos. Tal dificuldade é presente, mormente, no âmbito do Direito Administrativo, principalmente em razão da discricionariedade administrativa do agente público.

Constatam-se então na atualidade novas normas que exigem do agente público a observância da segurança jurídica no exercício do seu *múnus* público, realce para a Lei n. 13.65/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), e o Decreto n. 9.830/2019, que a regulamenta.

4 · NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA APLICADO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

A Lei n. 13.655 é datada de 25 de abril de 2018 e foi chamada pelos juristas de “lei da segurança jurídica” devido às alterações que realizou na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), incluindo onze novos artigos, que apontam a observância da segurança jurídica, mas ressaltam-se os artigos 21, 23, 24 e 30. Ênfase para a previsão expressa da aplicação destas orientações aos órgãos de controle como Tribunal de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário.

Com o intuito de facilitar a aplicação destes artigos, a Presidência da República, no dia 10 de junho de 2019, editou o Decreto n. 9.830 e, principalmente no seu Capítulo V - *Da Segurança Jurídica na Aplicação das Normas*, apontou comandos essenciais.

O art. 30 da nova Lei é taxativo ao estabelecer às autoridades públicas o dever de aplicar as normas com maior atendimento possível aos comandos do princípio da segurança jurídica, neste caso mormente em seu aspecto objetivo. Os meios indicados para atingir a finalidade da nova norma orientam para a maior padronização possível das manifestações da administração pública, conferindo-as inclusive com caráter vinculante:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas

12 “Art. 2º [...] XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

13 “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”

administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Esse dever é reiterado no art. 19¹⁴ do Decreto regulamentar, mas há orientações que merecem ressalva. Entre as espécies normativas que podem ser criadas pelas autoridades públicas com efeito vinculante aos seus órgãos, o Decreto especifica particularmente *Enunciados* (art. 23) e *Orientações Normativas* (art. 22).

A resolução das controvérsias jurídicas oriundas da interpretação destas normas administrativas vinculantes compete a Advocacia Geral da União (art. 22, § 1º), cujos Pareceres, Súmulas, Consultas e Enunciados prevalecem sobre os demais semelhantes (art. 20, § 2º), sejam ou não elaborados nos moldes dos arts. 40 e 41¹⁵ da Lei Complementar n. 73/1993.

No que se refere à revisão de ato na esfera administrativa, expressando principalmente o aspecto objetivo da segurança jurídica, o art. 24 encerra a proibição da retroatividade de orientação nova no exercício da autotutela:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Prima-se pela observância das orientações gerais da época da edição do ato revisado, as quais, segundo o parágrafo único do citado artigo, são as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, bem como o costume administrativo.

Coaduna-se com esta norma o dever de transparência insculpido no art. 24 do decreto em debate, que prevê o dever dos órgãos públicos de manterem atualizados em seus sítios eletrônicos as normas complementares, orientações normativas, súmulas e enunciados a que se referem os novos artigos da LINDB.

Os arts. 21 e 23 também tratam de revisão do ato na seara administrativa e, acompanhando especialmente os comandos subjetivos do princípio da segurança jurídica, exigem uma avaliação das consequências por parte do agente público, inclusive a indicação de condições e regime de transição para regularização, tal qual certa modulação dos efeitos, expressão normativa clássica da segurança jurídica, observe-os:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá

14 “Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.”

15 “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.”

indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

5 • CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, nota-se que a segurança jurídica concentra em seu conceito e desdobramentos fundamento irrenunciável ao Estado Democrático de Direito, caso não divergente do ordenamento pátrio, pois

o direito brasileiro propõe-se a ensinar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social e a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma. (MELLO, 2008, p. 124-125).

O desenvolvimento do valor jurídico do princípio da segurança jurídica aplicado ao Direito Administrativo é notório e, como observado na Lei n. 13.655/2018, persegue a busca do legislador de conformar a atuação do agente público ao respeito a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Apesar de também reafirmar normas clássicas, as novas balizas a segurança jurídica correspondem a um progresso a seara administrativista, tornando-a um objetivo taxativamente confessor, essencial ao cumprimento efetivo do *mínus* público. Balizas estas que, apesar de expressamente positivadas, também possuem caráter principiológico com tessitura relativamente aberta, apontando para novas valorizações interpretativas que deverão sopesar a eficiência da pragmática e o atendimento da legalidade estrita administrativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance légitime em droit allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIX, n. 141, p. 160-166, maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 25 mar. 2020.

- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES *et al.* *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Campilongo Celso Fernandes, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>. Acesso em: 24 mar. 2020.

A RETOMADA DAS RÉDEAS DA CIDADANIA

O direito humano fundamental à participação popular

Fernanda Pereira Amaro¹

Sumário: 1 Introito. 2 Reflexões sobre a cidadania: proposta para uma visão evolutiva. 3 Renovando o caminho democrático: a democracia participativa. 4 Considerações finais.

1 • INTROITO

A reflexão à qual nos lançaremos pretende enfatizar a importância da cidadania para a afirmação do direito humano fundamental à participação popular, bem como para a promoção de outros direitos humanos.

Na atualidade brasileira, a cidadania se apresenta sob a concepção liberal-democrática/moderna, fruto das circunstâncias políticas, históricas, econômicas e jurídicas que resultaram no e do Texto Constitucional de 1988. Frise-se que se sustenta, por conseguinte, um conceito evolutivo de cidadania, fruto de conquistas sociais.

Nesse passo, é necessário ter presente que a cidadania pressupõe a aceitação da democracia. Esta é elemento importante para a consolidação da dignidade da pessoa humana, sendo esta fator de limitação e, ao mesmo tempo, objetivo do Estado brasileiro.

No Brasil, vivemos uma fase democrática instaurada a partir da Constituição Federal de 1988. O presente documento constitucional consagra princípios e valores comprometidos com a promoção de direitos humanos fundamentais de diferentes categorias que objetivam a realização do bem comum.

A verificação de que o voto é insuficiente nesta quadra da história internacional e nacional como forma de exercício de poder político é outro elemento ímpar neste debate. Neste cenário, consta que a atual Constituição brasileira prevê outras formas de participação popular, num esforço do constituinte para ajudar na consolidação da democracia participativa.

A “repolitização da legitimidade” é uma percepção que oferece nova dimensão a esse conceito. O direito humano fundamental à participação política, que transcenda o voto para atribuir ao cidadão sua presença em outros organismos sociais na discussão dos interesses da coletividade, se afirma, como se destacará.

O Estado Democrático de Direito exige que a efetivação do interesse público e dos direitos humanos supere a visão liberal e agregue uma pluralidade de instrumentos participativos e de controle, inclusive, em sua modalidade social para ser, concretamente, adequada ao mundo globalizado, com atores sociais múltiplos cuja cidadania possa ser exercitada.

1 Analista Processual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Na exposição que desenvolvemos, mencionamos que, no cotidiano do exercício de poder no Brasil, verificam-se inúmeros desafios à consolidação do regime democrático. Nesse passo, examinar alguns desdobramentos desse tema é tarefa imprescindível.

2 · REFLEXÕES SOBRE A CIDADANIA: PROPOSTA PARA UMA VISÃO EVOLUTIVA

A abordagem do tema da participação popular deve necessariamente iniciar por uma análise da cidadania. Presente desde o mundo antigo, desde a realidade greco-romana onde surgiu, certamente seu conteúdo não permaneceu o mesmo até os tempos atuais. Tampouco sua extensão se manteve irredutível.

Naquela realidade, ser cidadão era ser livre para participar das assembleias do povo, era intervir de modo ativo no funcionamento das cidades, seja pelo exercício do voto, seja pelo desempenho de funções públicas. Tal exercício, contudo, não era estendido a todos quantos nascessem naquele território; havia os empecilhos de ordem social, cultural e econômica, além de haver uma visão de liberdade diferenciada e uma sobreposição da cidade sobre o indivíduo.

No dizer de Célia Galvão Quirino e Maria Lúcia Montes:

[...] o cidadão da polis é aquele que já atingiu a maturidade e a quem os deuses beneficiaram, fazendo-o nascer homem e não mulher, grego e não bárbaro, permitindo-lhe participar dos valores e crenças da civilização helênica, conhecer sua cultura, seus deuses e suas leis e, finalmente, a quem os deuses concederam ter nascido livre e não escravo, podendo assim gozar de uma vida de ócio, capaz de permitir-lhe desenvolver as próprias faculdades intelectuais para, através de sua participação na vida pública, realizar sua verdadeira natureza enquanto homem. (QUIRINO; MONTES, 1987 *apud* MOÁS, 1999, p. 9).

Mentalidade semelhante se transportou para a Idade Média, em que a divisão da sociedade em classes e o fator religioso reservavam o *status* de cidadão à nobreza e ao clero. Percebe-se aí uma “cidadania patrimonial”, de modo que a plebe não era cidadã.

A dignidade da pessoa humana tem papel fundamental nessa passagem de submissão do corpo social aos burgos para uma cidadania que se buscava perante a lei.

No evoluir dessas ideias, a Revolução Francesa é singular como marco do alcance de um Estado Moderno, no qual o indivíduo e seus direitos obtiveram prevalência em nome da cidadania. A sociedade civil se institucionaliza como um espaço legítimo para manifestação fora do Estado. Nesse passo, o Estado não dividia seu poder com a Igreja e devia obediência ao Direito. Na atenta observação de Moás (1999, p. 16), no modelo contratualista eram os indivíduos os criadores do Estado, já no Estado Moderno é a ordem jurídica que confere aos indivíduos o *status* de cidadão.

Em um primeiro momento no Estado Moderno, a cidadania foi concebida sob o enfoque liberal, das liberdades, das abstinências estatais e da igualdade. Posteriormente, as necessidades sociais, políticas e econômicas demonstraram a insuficiência daquela concepção. Pode-se dizer que a cidadania é noção para a qual converge a relação que os indivíduos têm com o Estado tanto em obrigações quanto em direitos, os quais mudam de feição conforme aspectos temporais e espaciais, normalmente para se ampliarem e aprofundarem.

Note-se que, ao conceituar cidadania como “forma institucionalmente consagrada de participação à gestão da vida pública, em que indivíduos ou grupos são titulares de direitos oponíveis ao Poder e que implica um exercício precário e sempre renovável das funções públicas segundo regras consensuais”, Luciane Moás (1999, p. 21) tratou da cidadania hoje exatamente como instituição normatizada com poder de participar do exercício da coisa pública, ou seja, como instituição, que não é algo fugidio, mas concreto e estável e com uma função ativa de influir no rumo da organização política estatal.

Sempre citado no tratamento do tema da cidadania, T.H. Marshall (*apud* CARVALHO, 2001, p. 219-220) descreveu uma vivência de cidadania anglo-saxã, cuja cronologia e lógica da sequência, conforme bem alertado por José Murilo de Carvalho (2001, p. 219-220), foram invertidas no Brasil. Ao passo que lá as liberdades civis foram as primeiras a aflorar, seguidas pelos direitos políticos e, enfim, pelos direitos sociais, no Brasil, uma conjugação de autoritarismo com paternalismo fez primeiro despontarem os direitos sociais, que funcionaram como substitutivos aos direitos políticos e aos civis.

A inversão da pirâmide de direitos destaca nossa experiência subdesenvolvida de cidadania e a intensa e necessária relação entre cidadania e democracia. De regimes autoritários não se pode originar uma cidadania real, porque esta não surge de uma aceitação passiva da atribuição de direitos ao povo por Poderes Constituídos que não aceitam ser contestados. A cidadania pressupõe debate, conflito, resistência vencida. Claude Lefort (1991 *apud* RAMOS, 2016) relaciona a democracia representativa a espaço de reivindicação, no qual são instituídos novos direitos.

A cidadania se opõe à “estadania”, na expressão de Carvalho (2001, p. 221). Esta se prende a uma opção pelo Poder Executivo, mais do que para os outros Poderes, e uma indiferença pela representação. Mais do que um fenômeno, trata-se de uma *cultura* no Brasil, nutrida pela desinformação e pela carência. Tem-se pressa de solucionar os problemas por intermédio do Poder Executivo, que seria o detentor da renda do Estado e do poder de mudança, o benfeitor.

A carência do povo, presente no período ditatorial, ainda hoje produz o efeito de se duvidar do conteúdo e da importância do ser cidadão. Que *status* é esse que não muda radicalmente a realidade de fome, educação precária, desemprego e poucas perspectivas para o futuro?

É penoso e lento o processo de se desligar do paternalismo e de assumir os encargos advindos do “ser cidadão”. Rogério Gesta Leal e Matheus Felipe de Castro alertam que:

Onde se fizer ausente a capacidade de manifestação da vontade do cidadão como artífice de sua própria história, em face de sua incipiência política e administrativa material e subjetiva, falecendo-lhe forças e perspectivas sobre os termos e possibilidades de gestão que circunvizinha seu cotidiano, só se reforçará a situação de anomia societal no âmbito do poder institucionalizado e de seu exercício, em todas as suas dimensões (legislativa, executiva e jurisdicional), fortificando, por ato reflexo ou convexo, a situação confortante dos encastelados nas hordas do Estado Soberano. (LEAL; CASTRO, 2011, p. 319).

Não obstante o Estado Democrático de Direito seja um passo a mais no desenvolvimento do Estado Moderno, constata-se que, em especial, os juristas brasileiros não têm nutrido grande interesse pela abordagem da cidadania, talvez por não

crerem na possibilidade de consolidação da cidadania em nosso Brasil historicamente tão carente de resultados reais de vivência democrática, talvez por atribuírem somente aos Poderes Constituídos responsabilidade pela criação do Direito e pela organização da sociedade.

Os juristas, os sociólogos, os cientistas políticos, os filósofos, os educadores, os jornalistas e todos os indivíduos e grupos esclarecidos têm a responsabilidade de contribuir para o resgate da cidadania e por sua inserção no centro dos debates. É necessário que a cidadania seja tão divulgada quanto todas as imperfeições de nosso regime e os atentados aos direitos humanos para que seja desejada e objeto de conquista. Não deve ser termo meramente técnico e esvaziado, mas realidade viva e dinâmica também no Brasil.

Mudam-se povo, circunstâncias histórica, política, social, econômica, ideológica majoritária e minoritárias, o Direito vigente, muda-se a concepção de cidadania. Vicente Barreto (1993, p. 33), consciente da necessidade de se avançar em uma elaboração conceitual da cidadania no Brasil, em vista do advento da Carta Magna de 1988, afirmou que há duas cidadanias: a liberal (das Constituições até 1988, salvo as de 1937 e 1969) e a liberal-democrática, a moderna, a qual foi consagrada no texto atual.

Essa chamada “cidadania moderna” diferenciaria-se da puramente liberal por exigir a participação dos segmentos sociais na sua definição e implementação. Os mecanismos constitucionais, que definem a cidadania no Estado Democrático de Direito, têm implícita a participação como condição política para sua implementação.

No esforço de nutrir o tema, Ricardo Lobo Torres (2001, p. 256), em interessante estudo intitulado a “Cidadania Multidimensional na era dos Direitos”, sinalizou para as várias dimensões apresentadas pela cidadania. Seriam elas: a temporal, relacionada à sequência da manifestação dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos; a espacial, ou seja, considerando os planos local, nacional, internacional, supranacional e virtual (cibernético); a bilateral, levando em conta os direitos e deveres na cidadania pública/privada e na ativa/participativa; e, por fim, a processual, enfatizando os processos jurídicos para atualização dos direitos e deveres.

Durante a construção dessa visão multidimensional da cidadania, Torres (2001, p. 250-251) teceu comentários e críticas sobre produções sociológicas acerca do tema. A primeira crítica foi feita ao evolucionismo dos direitos registrado na obra de Marshall (1969 *apud* TORRES, 2001, p. 250-251), que o reputou como ingênuo – “um evolucionismo ingênuo que permitiria a completa fruição dos direitos sociais e que culminaria com a vitória do Estado de Bem-Estar Social como forma superior de organização política” –; uma segunda disse respeito a um tratamento da cidadania exclusivamente voltado aos problemas do capitalismo e das classes sociais, desprezando a questão da dinâmica dos direitos; por fim, uma terceira consistiu no enfraquecimento da política da cidadania no plano normativo, que ele denominou de “paternalismo de sociólogos”, expressão aplicada especialmente à realidade brasileira.

Em sua proposta, Torres (2001) busca superar uma cidadania vista simplesmente como relação do homem com a cidade, para conferir mais vigor à questão ética e jurídica, à justiça e aos direitos humanos, que comporiam seu cerne.

Tendo exposto o conteúdo da cidadania em Torres (2001), é mister que se aluda também às discussões que circundam seu fundamento. A cidadania encontra

suporte na figura do contrato ou na do *status*? Jellinek (1970 *apud* TORRES, 2001, p. 255-256), no esforço de sistematização dos direitos públicos subjetivos, identificou quatro *status*, ou seja, “condições nas quais pode se encontrar o indivíduo como membro do Estado”, que teriam ou o aspecto passivo (*status subjectionis*), no qual a autodeterminação do sujeito é limitada, ou o negativo (*status libertatis*), no qual o *imperium* se afasta, ou o positivo (*status civitatis*), em que os sujeitos têm direito a prestações estatais, ou, por fim, o ativo (*status activae civitatis*), em que se reconhecem direitos políticos aos sujeitos.

Nota-se que essas, digamos, categorias “puras” de estados do indivíduo perante o Estado são extremos a que a doutrina, com o passar do tempo, foi acrescentando variações para se adequar aos preceitos do Estado Social. Citem-se o *status negativus*, o *status positivus libertatis*, o *status positivus socialis*, e, em especial, recorde-se o *status ativus processualis* de Häberle, relacionado ao processo de concretização dos direitos fundamentais.

A cidadania importa em reunir esses *status*, os quais conduzem às várias categorias de direitos, com que cada uma delas se relaciona mais intimamente. A correspondência entre *status negativus* e direitos humanos fundamentais é imediata, mas dentro de um Estado Social e Democrático de Direito também deve sê-lo entre direitos humanos fundamentais e *status positivus*, pois este significa as prestações estatais, em grande parte, na forma de serviços públicos que o Estado tem a obrigação de ofertar. É lapidar para este estudo a seguinte frase de Torres (2001, p. 265-266): “Os direitos fundamentais, em suma, são garantidos pelos serviços públicos e por isso mesmo lhes constituem o fundamento”.

Indo além dos direitos individuais fundamentais, alcançam-se os direitos sociais e econômicos, os quais, no século passado, fizeram a dinâmica da cidadania ganhar o caráter social e econômico.

“A cidadania existe *in processu*” (TORRES, 2001, p. 322-323). Não é um instituto imutável, como nenhum outro em Direito, mas é sensível às forças sociais. A necessidade de se sobrepor, na atualidade, o aspecto jurídico do processo da cidadania sobre outros se deve ao fato de representar um “momento de afirmação, perante o Estado, dos direitos dos que a ele pertencem” (TORRES, 2001, p. 322-323). Para essa afirmação de direitos se exige uma cidadania ativa/participativa, o que remete ao já exposto sobre o pensamento de Vicente Barreto.

Torres (2001, p. 327-329) recorre aos processos legislativo e administrativo como meios de obtenção de uma cidadania ativa. Todavia, parece que, no raciocínio que construiu sobre esses processos e o cidadão, este não teria propriamente uma posição ativa no sentido de atuar de forma conjugada com as engrenagens legislativa ou administrativa.

O autor trata da importância desses processos para a realização concreta dos direitos fundamentais, em especial dos sociais e dos econômicos. No que tange ao processo legislativo, Torres (2001) traz a lume o pensamento de Robert Alexy ao afirmar que os princípios com exigências normativas se transmudam em direitos definitivos pelo trabalho do legislador infraconstitucional.

Quanto ao processo administrativo, recorda-se Habermas (1988 *apud* AMARO, 2001) para tratar da mudança de foco da Administração na atualidade, cuja função de

atendimento das reivindicações dos cidadãos é priorizada, como, *v.g.*, a situação dos serviços públicos, cujas preservação e eficiência são premissas para os direitos fundamentais. Além disso, esse autor lembra a importância de uma Administração comprometida com as postulações da cidadania no que atina aos direitos sociais e econômicos, pois estes muito dependem das medidas tomadas com base na discricionariedade.

Ao abordar a amplitude de significado atribuído à cidadania nos últimos tempos em certos ordenamentos jurídicos, Baracho (1997, p. 42, 45) menciona que os temas capacidade, *status* e poder ganharam destaque e que, nesse contexto, a teoria do interesse legítimo adveio para esclarecer que, no confronto entre o cidadão e a Administração Pública, não só o direito subjetivo tem espaço, mas também o interesse legítimo. Além disso, ele afirma que os conceitos de subjetividade, cidadania, emancipação, pessoa e personalidade dentro da teoria geral da cidadania ganham novos conteúdos e paradigmas.

Será que o Brasil absorveu alguma das ideias atinentes à proposta de cidadania? Pode-se dizer que sim, pois em seu Preâmbulo a Constituição de 1988 prevê a forma democrática de governo, o compromisso de assegurar o exercício de uma série de direitos ao povo brasileiro, além de elencar valores para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsias nos âmbitos interno e internacional.

Todavia, é no art. 1º que a Constituição explicita a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro.²

Já tecemos comentários acerca da riqueza evolutiva da cidadania, mas não se pode deixar de aludir à concepção de Leal (2001), para quem o cidadão é um ser de cultura e conhecimento, sujeito em construção, com poder para emancipar-se de uma natureza imposta por contingências política e jurídica, e assim concretizar direitos assegurados e reclamar a realização de novos direitos. Para além de um entendimento meramente formal dos cidadãos, como sujeitos ordenados pelas regras jurídicas, a proposta é compreendê-los como elementos orgânicos de formação social, política, social e econômica.

Foi sobre essa visão integral de cidadania, na qual o cidadão é pleno em seus aspectos formal e material, que a Constituição de 1988 fincou suas raízes. Foi generosa a Carta Magna ao tratar não só da organização estatal, mas também do espaço público.

Não resta dúvida de que a teoria da cidadania adotada pela Constituição brasileira vigente está alinhada com as constituições mais democráticas do mundo moderno. Onde, então, estariam empecilhos para que a dignidade do cidadão brasileiro, prevista no Texto Constitucional, ultrapassasse o nível da norma para produzir efeitos no meio social? Situar-se-iam nas ações/omissões legislativas e

2 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

administrativas. Ademais, o espaço público, a sociedade, precisa se inserir no Estado, participando de suas ações, controlando-as, a fim de que a beleza teórica da cidadania encontre correspondência em sua prática.

Passadas mais de três décadas de promulgação da atual Constituição, estará o Brasil buscando caminhos para conseguir dar à cidadania o espaço necessário para que se alcancem os objetivos fundamentais impressos em seu art. 2º, quais sejam, os de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de garantir o desenvolvimento nacional; de erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação?

O saudoso professor J. J. Calmon de Passos (2001) publicou interessante estudo sobre a “cidadania tutelada”, mostrando a distância que há entre essa espécie e a cidadania plena. A cidadania não pode ser plasmada por um discurso, pois como expressão de poder político reclama institucionalização, vivência efetiva e substancial pelos atores sociais.

Para o aclamado autor, a cidadania plena se manifesta somente ao se garantir, eficazmente, a toda pessoa, direitos políticos, sociais e civis. Se tal estado de coisas não se faz presente (*ethos*), pode haver algum dos graus de cidadania tutelada, a qual seria aquela outorgada formalmente, mas não assegurada substancialmente, em razão da existência de todo um aparato (formal ou indireto) para incapacitar a vontade do sujeito. Como a cidadania tutelada seria fruto de uma cultura paternalista, o aludido autor enfatiza que a construção de uma cidadania plena se obtém pela mobilização dos próprios sujeitos e que a democracia real se alcança através desse esforço dos cidadãos.

Após essas constatações e sem negar a valorização da cidadania no Brasil pela Constituição de 1988, cabe a adição de outro aspecto à indagação anterior: em que grau da escala de cidadania tutelada o Brasil hoje se encontra?

É imperioso o reconhecimento da existência de uma rede relacionando Estado, poder, legitimidade, democracia, cidadania, participação popular, controle social, direitos humanos, dignidade da pessoa humana e serviço público.

Quando há crise em algum desses elementos, necessariamente os outros serão afetados, forçando, inexoravelmente, discussões sobre todos os demais. Da mesma forma que não se pode prescindir de sua análise conjunta, tampouco se podem abandonar suas interfaces, sob pena de aquela ser completamente falha. Não se podem admitir abordagens estritamente jurídicas, ou sociológicas, ou políticas, ou filosóficas, pois as respostas não satisfarão os problemas da realidade, especialmente em se tratando da complexidade das sociedades atuais. E aí a ciência não estará cumprindo seu papel.

A cidadania em um Estado Democrático de Direito necessariamente passa pela participação popular, que é forma de cooperação no exercício do poder, admitida pela nossa e por outras constituições do mundo moderno. Essa “cidadania democrática”, que é uma cidadania revitalizada, tem como farol a dignidade da pessoa humana e como um dos instrumentos para alcance desta, que é pressuposto de todos os direitos fundamentais, exemplificativamente, o serviço público.

O direito político à participação popular se identifica com a cidadania democrática, a cidadania que pode fazer a diferença na luta pela efetivação dos demais direitos humanos, controlando, mesmo, o exercício abusivo dos Poderes Constituídos.

3 · RENOVANDO O CAMINHO DEMOCRÁTICO: A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Norberto Bobbio (BOBBIO *et al.*, 1991, p. 319-320) diz que o problema da importância ou não da democracia é antigo, que tem sido objeto de reformulações em todas as épocas. Já se construiu uma teoria clássica (aristotélica) de democracia, concebendo-a como governo do povo, de todos os cidadãos, todavia estes eram apenas os gozavam dos direitos de cidadania. Em Roma surgiu uma teoria medieval da democracia, na qual sobressaía a discussão sobre se a soberania popular era ascendente (advinha do povo, e o príncipe era apenas seu representante) ou descendente (advinha do príncipe, que delegava poderes ao povo), e também se destaca a teoria moderna de Maquiavel, na qual democracia não é mais que uma forma de república.

Na atualidade, que democracia o mundo pretende e de qual ele necessita? Para qual ele caminha? O que seria um governo do povo, para o povo e pelo povo? Seria admissível e adequada uma variedade de *democracias*?

A complexidade das sociedades se aprofunda, fazendo com que questões não respondidas e novas questões sejam postas diariamente aos Estados, nos campos político, econômico, social, em níveis nacional e internacional.

Considerando a democracia como eixo do debate, é possível perceber a recorrência de questões sobre o nível de real satisfação da população com o poder instituído, sobre o sentimento de real representação dos cidadãos pelas autoridades governantes e de vinculação das instituições existentes às finalidades públicas, enfim, sobre a razão de ser, o fundamento do Estado e, especialmente, sobre o eixo de um regime democrático.

Nota-se no Brasil um desinteresse da sociedade pela política porque ela não se sente realmente representada por seus governantes. O voto se revela insuficiente, e chegou-se à conclusão de que a democracia clássica não serviria para as nações modernas. Pela própria complexidade social, pode-se afirmar que o voto não é instrumento bastante para que se realize no Brasil uma democracia real conducente à concretização de uma série de direitos que resgate a cidadania de seu povo.

A constatação da necessidade do estudo e da implantação efetiva de meios para realização da cidadania é demonstração clara da crise da legitimidade do poder estatal, que se manifesta, com maior ou menor atraso, nos países desenvolvidos e nos de periferia. Voltando o olhar para a história brasileira, vê-se que, antes do advento do Texto Constitucional de 1988, era comum ridicularizar-se o povo no sentido de não lhe reconhecer capacidade de compreender a relevância das opções a serem feitas, das medidas a serem adotadas no plano legislativo ou administrativo. A ambição pelo poder reduzia o povo a uma reles legião de desamparados excluídos da civilização.

Nesse cenário, oportuna a menção a Rodrigo Portella (2006, p. 52), assinalando que:

A tarefa da cidadania emancipada é a supressão da pobreza política e material. Ora, uma só acontece com a outra, isto é, para se eliminar a pobreza material é preciso superação da ignorância e passividade política. A eliminação da pobreza política (e material) leva, em seu bojo, a construção de identidade cultural (o sujeito sem tal identidade não percebe seu lugar no mundo) e a possibilidade de acesso à informação e comunicação. A emancipação cidadã deve passar, também, pelas relações de mercado. Ou seja, oferecer alternativas à lógica de mercado vigente, no intuito de civilizá-lo ou humanizá-lo. Enfim, fazê-lo, de

alguma forma, aliado para a promoção da efetivação do bem-estar comum. Isto implica, também, pensar o papel do Estado, isto é, repensar a questão do Estado como mínimo (em sua atuação social) ou máximo. Haveria uma terceira via para esses dois modelos capitalistas de Estado?

O que se tem notado no decorrer da história republicana do Brasil é uma distorção na finalidade do poder gerando um problema na legitimidade da representação. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) identificou com maestria que essa discussão sobre a legitimidade surgiu quando nas sociedades o poder deixou de ser atribuído a determinada pessoa por razões sobrenaturais ou por desempenhar outro papel social não político e passou a ser institucionalizado. Assim, deixou de ser incontestado o poder do governante.

Com o desenvolvimento das sociedades democráticas e o agigantamento dos Estados, que assumiram diversas funções, aprofundando suas relações nacionais e internacionais, agrava-se a discussão sobre a legitimidade. Um Estado que assume maior número de funções reúne mais recursos humanos, materiais, financeiros e maior poder em nome de causas que devem, em regra, favorecer seus nacionais e contar com sua aprovação.

Final, se decisões e medidas são adotadas pelo e em nome do povo, no clássico entendimento da democracia, devem sê-lo visando à real satisfação pública; ou seja, para os tempos atuais, não basta a chamada “legitimação quanto à origem”, com a aprovação pública de seus agentes políticos através dos processos eleitorais, que, no decorrer do exercício do mandato não teriam nenhum outro compromisso senão não agir em contrariedade às proibições legais. Superou-se essa visão formal e minimalista de legitimidade para se acalorem, também no meio público, as discussões sobre a legitimidade no exercício e na destinação do poder.

São óbvias as graves repercussões que o tema da legitimidade enseja. Mas o que exatamente seria a legitimidade? Colhendo as preciosas observações de Diogo de Figueiredo (1992, p. 24), “a legitimidade é o referencial ético do poder [...]; que [...] para caracterizar a legitimidade, devemos partir dos interesses dominantes num grupo social. Na base da legitimidade estão os desejos – o que a sociedade almeja do poder”.

Podem-se traçar diversos perfis da legitimidade sob o ângulo histórico, filosófico ou ideológico. O consenso mínimo que há, sob qualquer desses ângulos, é que a maioria dos indivíduos conscientes, livres e iguais aceite o Estado.

Em seu sentido etimológico, legitimidade deriva de *legitimus*, significando:

Um mandato ou legislatura adequada a uma ordem estabelecida e o núcleo justificador deste sentido originário descansa no pressuposto de que os valores e normas de tal ordem se encontram fundamentados num princípio de justiça que transcende a arbitrariedade e as vontades particulares, o que equivale sustentar que esta justificativa se relaciona com um interesse ou bem comum público. (LEAL, 2001, p. 122).

Foi em nome desse “bem comum público”, forte marca da legitimidade, que se buscaram forças e fundamento para o combate ao poder estatal ilimitado e contrário às aspirações populares característico da Idade Média.

Com o positivismo, a legitimidade migrou do campo ético e moral conquistado no século XVIII para o campo legalista, e a legitimidade passou a confundir-se com

a legalidade, de modo que bastava ser legal. Percebe-se que aí a legitimidade perdeu muito de seu conteúdo, de suas influências naturalistas e contratualistas e também perdeu a vontade popular, uma vez que aquela não necessariamente estava contemplada nos textos legislativos. Na legalidade, não há crítica e não há compromisso explícito com a justiça social.

Aproximem-se essas ideias da realidade de país de periferia e latino-americano que somos. A atuação política brasileira, muitas vezes desvinculada ou contrária à opinião popular, gerou os resultados sociais e econômicos que, por mais melhorias nos índices de queda de mortalidade, de analfabetismo ou qualquer outro, não atendem às demandas de um Estado que, ao se denominar Democrático de Direito, estampou o desejo de escrever uma história diferenciada.

Um diferencial que se pode vislumbrar é a necessidade de “repolitização da legitimidade”, colhida nos ensinamentos de Paulo Bonavides (2001, p. 55), pela qual se apregoa a superação da ideologia liberal e da sua variante neoliberal, a fim de que o poder instituído não represente a suficiência da autoridade em menosprezo à legitimação pela sociedade.

A legitimidade não pode ter mera existência racional-legal para justificar a autoridade instituída e perder todo o seu conteúdo axiológico. Ao cidadão não cabe apenas a obediência, nem concentra a autoridade em si a soberania, pois soberano é o Estado, e este é integrado por cidadãos e para estes existe.

Se Paulo Bonavides afirma não haver soberania dos postulados constitucionais nem lealdade política sem a repolitização da legitimidade, Diogo de Figueiredo (1992, p. 65) não diverge, pois sustenta a necessidade de um aperfeiçoamento de outro parâmetro do Estado Democrático de Direito que não a organização do poder pela lei: a legitimidade, a qual descreveu como “a submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência”. Desse raciocínio de Diogo decorreria um dos aspectos do Estado Democrático de Direito a que ele mais confere destaque: a consensualidade.

Nessa linha, mencione-se Paulo Bonavides (2001, p. 65), defensor de uma cidadania revigorada, revolucionária e de uma “neocidadania governante”.

José Joaquim G. Canotilho (1991 *apud* LEAL, 2001, p. 137-138), tendo presentes essas duas óticas de legitimidade, quais sejam, uma puramente legalista e a outra axiológica, afirmou que uma primeira concepção de legitimidade seria de sua construção com base em critérios de competência e procedimentos e não em critérios de verdade e de justiça; e uma segunda associaria as ideias de consenso e autonomia de democracia (tendo esta o contrato social por pressuposto) para verificar a (in) coerência entre as normas jurídicas e os princípios e valores que deveriam integrar determinado ordenamento jurídico.

Rogério Leal (2001, p. 129-130), por seu turno, afirma o caráter “relacional” da legitimidade, estando em um dos lados o poder instituído e de outro as demandas sociais, não havendo, necessariamente, adversidade entre esses lados.

Por todo o exposto, não resta dúvida de que a legitimidade está diretamente ligada à democracia. E, modernamente, tem sido essa forma de governo percebida como a única capaz de realizar o bem a todos, individual e socialmente.

Por que a opção pela democracia? Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1978, p. 1), no final da década de 1970, fez um elogio à democracia, que reproduzimos:

O apego à democracia, porém, não é uma superstição, uma quimera a que os homens se voltam, fugindo à visão da realidade. Não é ele um simples mito, que fascina o homem, seduzindo-lhe a imaginação. Esse apego resulta de uma intuição profunda, a intuição de que a Democracia corresponde à força insopitável que move a evolução.

O insigne autor citado defendeu o sistema de valores, os arranjos institucionais e a forma de governo democráticos como meios para assegurar a liberdade e a igualdade.

Para assegurar a própria democracia como regime político e seu aprendizado como estilo de vida, Diogo de Figueiredo (1992, p. XVII) entende que é necessário o exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso. Valoriza o autor uma dimensão pedagógica da democracia e daí se pode entender que a evolução da sociedade estaria ligada a um aprendizado da democracia.

A democracia é algo tão importante na história da humanidade que qualquer discussão sobre política induz a seu tratamento, seja para nela buscar fundamentos para acerto ou desacerto de regras, medidas e procedimentos, seja para combatê-la ou travar discussões acerca de suas nuances.

Hoje, na configuração moderna de Estado, tem-se reconhecido à democracia a categoria de princípio. O princípio democrático foi objeto de estudo de José Joaquim G. Canotilho (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 77-78), que se esmerou em identificar várias de suas nuances.

Ao tratar o princípio democrático como um *princípio jurídico normativo*, ele quis distanciar a ideia democrática de uma simples *teoria abstrata*, concebendo a democracia, na verdade, *como forma de vida, como forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder*, além de considerar o princípio democrático como princípio complexo, *polivalente*, seja por acolher aspectos essenciais da democracia representativa, como órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes, seja por apontar para o *aprofundamento da democracia participativa*, oportunizando efetiva participação nos processos decisórios e no *controle democrático do poder*.

Canotilho detalha o caráter principiológico da democracia em outras linhas: como *princípio e norma de organização* e como *princípio informador do Estado e da sociedade*. Naquela acepção significa que se aplica também às organizações sociais, além de obviamente se aplicar ao Estado e às coletividades políticas públicas; ao passo que, enquanto informador do Estado e da sociedade, transcende sua natureza de princípio político para abranger diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural.

Não poderia Canotilho deixar de abordar o princípio democrático enquanto processo, e ele o fez caracterizando a *democracia como processo de democratização*, no sentido de que a democracia não é estática; e para que ela possa seguir sendo realizada, são previstos constitucionalmente objetivos a serem atingidos.

Regina Ferrari (1997, p. 223) comunga da mesma opinião ao sustentar que o princípio democrático supera a técnica para escolha de representantes e se torna uma direção a seguir, um objetivo a realizar. Destaca ainda que a democracia-participação é meio para a consolidação da democracia.

O polivalente princípio democrático, na concepção de Canotilho (CANOTILHO; MOREIRA, 1991), constitui-se de alguns subprincípios, quais sejam, o da soberania popular, o da representação, o da separação dos poderes, o do sufrágio, o da

representação proporcional, o da democracia semidireta e o do pluralismo político e direito de oposição.

Por sua vez, Maria Garcia (1997, p. 43) eleva à categoria de princípios essenciais da democracia a garantia de certos direitos fundamentais do homem e a valorização do indivíduo e da personalidade humana, bem como o compromisso entre ideias opostas, para uma solução pacífica.

Ao traçar a trama de princípios e subprincípios da democracia, Canotilho (CANOTILHO; MOREIRA, 1991) tomou por base a Constituição de Portugal, mas as observações do mestre se aplicam também ao ordenamento pátrio. Tendo por base a Constituição de 1988, Ruy Espíndola (2003) afirmou que a democracia é *princípio normativo heterodeterminante da ordem jurídica globalmente considerada*, estando previsto no art. 1º, *caput*, espraiando-se pelo texto constitucional seus subprincípios e normas densificadoras, a partir do Preâmbulo.

Até este ponto se conclui que a democracia é processo e princípio. É processo porque, no dizer de Claude Lefort (1983 *apud* GARCIA, 1997, p. 42), é algo em contínua invenção e reinvenção. Se é princípio acolhido em nível constitucional, sua força normativa torna-se incombátível, por ser sustentáculo da organização do Estado e da sociedade e por ser tão abrangente sua repercussão. Dir-se-ia, mesmo, que a democracia possui tentáculos longos, numerosos e surpreendentes.

Ruy Espíndola (2003) alerta para o fato de não bastar a regra da maioria para a configuração do regime como democrático. Isso porque há o risco de revogação da mencionada regra por maiorias circunstanciais. Todavia, como sustentado por Norberto Bobbio (1989 *apud* ESPÍNDOLA, 2003), é necessário para a democracia que haja um mínimo de regras do jogo político institucionalizadas, estabelecendo os agentes e os procedimentos para o exercício do poder.

Se tal regra compõe o mínimo da democracia, o que a completaria? Já foi exposta a dimensão principiológica da democracia, mas Espíndola aproxima ainda mais os valores éticos, políticos e jurídicos da discussão para uma melhor compreensão.

Visualiza a democracia “orientada segundo diretivas axiológicas e normativas. A democracia como um conjunto de ideias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos), ordena a vida do povo e os fins da ação pública do Estado” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 7). Não apenas percebe esses valores que advêm e atuam sobre a sociedade e sobre o Poder Público para dirigir sua ação, como também traça uma correspondência direta e necessária entre democracia e direitos humanos.

É através do *consenso em torno do razoável*, ou seja, *do racionalmente aceito como bem de todos*, que o bem pode ser proporcionado a um maior número de pessoas. E esse bem comum conduziria aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Enfim, compreende democracia como “uma convivência comunitária fundada à luz dos direitos humanos, na perspectiva de assegurá-los, com real eficácia a todos os homens em suas dignidades de pessoas humanas” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 8). E mais, essa eficácia do asseguramento dos direitos humanos está condicionada a que a democracia concebida seja uma *democracia constitucional*, que possa atingir seus fins através dos princípios constitucionais.

Fez-se, em regra, no mundo a opção pela democracia representativa, porém não se pode fugir ao fato de que se a democracia enquanto conjunto de ideias e valores

evolui, enquanto forma de governo também deve evoluir, e isso pressupõe que a representação mereça alguma crítica.

Hodiernamente há uma convicção sobre o representante político não ser o titular dos poderes que reúne, mas apenas instrumento do povo, e estando fixada tal premissa, tem-se maior liberdade para dizer que se deve buscar aperfeiçoamento contínuo dos instrumentos de representação e se ter a coragem de trilhar caminhos rumo a uma participação direta da sociedade quando dificuldades demonstradas pela representação se mostrarem insuperáveis. Afinal, a democracia é um processo, que merece ser continuamente observado e revisto para que se possa melhor vivenciá-lo.

As críticas normalmente feitas à representação concernem a uma desvinculação entre os representados (o povo) e os representantes, no sentido de faltar muitas vezes àqueles a consciência de que têm o poder de escolha, de reivindicação e de controle; aos representantes, o interesse em atender às necessidades sociais.

Jamais se pode fugir à recordação de Rousseau (2002, p. 92) ao se produzir alguma crítica à representação. Feroz em seu discurso, ele já dizia:

Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser, representantes seus; são comissários dele, e nada podem concluir definitivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em peso não ratifica.

Urge que se transponha uma experiência de representação forjada conforme o ideário do Estado liberal que não reunia, obviamente, todos os elementos da conformação dos Estados hoje e se alcance uma ideia de democracia representativa que cada vez mais abrigue formas de democracia direta.

Como forma intermediária de modelo democrático, encerrada entre as democracias direta e indireta, tem lugar a democracia semidireta, um misto de representação e participação popular.

Para além do voto, clássico instrumento demonstrativo da soberania popular nas democracias representativas, encontramos como símbolos da democracia semidireta o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o direito de revogação e a ação popular.

A atual Constituição brasileira prevê quatro desses mecanismos, não acolhendo o direito de revogação. Além disso, ela contempla em seu texto outras formas de participação popular, num esforço do constituinte para ajudar na consolidação da democracia participativa.

Isso seria suficiente para demonstrar que o Brasil alcançou um nível de democracia participativa impressionante? Não obstante se reconheçam todas as virtudes de a Constituição ter feito uma opção pela cidadania, há uma série de críticas ao modelo de democracia reinante no Brasil.

Destaquem-se as críticas de Rogério Leal (2001, p. 199-202), contundente em suas afirmativas sobre o apego no Brasil a uma democracia afeita ao modelo liberal, em que há apenas uma associação de mecanismos de políticas públicas para garantir uma igualdade e uma liberdade meramente formais, reduzindo “a ideia da democracia a uma mera técnica de posturas e comportamentos juridicamente regulados”.

Esse tratamento da participação popular não condiz com sua relevância dentro de Estados que, como o Brasil, pretendem-se Democráticos de Direito. É, em última

análise, uma forma dissimulada de negar a força normativa da Constituição e de dar concretude ao que o constituinte optou por modificar e excluir do ordenamento jurídico. Sem respeito à Constituição não há democracia possível, ainda mais uma democracia inclusiva, e se põem em risco os direitos humanos.

Sempre dentro de uma proposta relacional, traz-se à baila a democracia constitucional, referida por Ruy Espíndola (2003). A reclamada força normativa dos princípios constitucionais se alinha ao pensamento de Paulo Bonavides (2001, p. 55), que elaborou interessante monografia sobre o papel da democracia participativa. O festejado mestre construiu uma *teoria constitucional da democracia participativa*, que reputa verdadeira *democracia de emancipação* dos povos subdesenvolvidos, integrada por quatro princípios: o da dignidade da pessoa humana, o da soberania popular, o da soberania nacional e o da unidade da Constituição.

Ao examinar o painel da democracia representativa no Brasil, Bonavides (2001, p. 55) identificou várias falhas que são tão graves a ponto de corromper os entendimentos mais simples acerca de democracia e de representação. Isso porque o interesse nacional, o interesse público, constituinte do fim do Estado, é traído pelos vícios eleitorais, pela propaganda dirigida, pela manipulação da consciência política e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, de modo que o povo na clássica democracia representativa não conhece a soberania, mas apenas a adjetiva. É o povo como estampa e bandeira política e mesmo jurídica, legitimando interesses diversos. A confiança democrática, então, é traída.

Após a apresentação de vários aspectos da democracia representativa passíveis de crítica nas esferas política e ética, cabe uma menção aos desafios econômicos. Estes aceleram o processo de desigualdade entre as pessoas e os povos, dividindo-os em classes cada vez mais díspares e impondo várias barreiras ao gozo de direitos, muitos deles que, embora positivados, não encontram realização concreta.

A tendência neoliberal do mundo autoriza, cada vez mais, a afirmativa de que o capital é o fim último de cada ação dos Poderes Constituídos, apesar de o interesse público estar explícita ou implicitamente previsto nas Cartas Constitucionais. Em nome e através do capital é que ações são realizadas, omitidas e justificadas. Tornou-se, de instrumento, fim. Por trás de muitas dificuldades políticas da democracia representativa estão razões econômicas.

Outro desafio a ser considerado é, em se admitindo que a representação política esteja imune a vícios, como admitir que suas decisões são vinculantes e legítimas em meio a contextos sociais tão complexos (LEAL, 2001, p. 150).

Todos esses desafios se fazem presentes dentro de Estados que, como o brasileiro, optaram juridicamente por sua configuração democrática. Contudo, frise-se, o rótulo *Estado Democrático de Direito* se desfaz caso o ente não se esforce por evoluir para preservar aquele núcleo comum e fundamental de ideias que garantam a caracterização final do produto como democrático.

Uma ideia de democracia esvaziada deixa de ser democracia. Democracia é realidade e concretude. A complexidade das relações sociais, econômicas, políticas e as dificuldades de várias ordens, sem dúvida, tornam maior o esforço necessário para o alcance da democracia. Mas se a falta de vontade política e a manipulação ideológica das massas têm espaço, o que pode haver é qualquer nova roupagem para a velha ditadura.

Assinalar que um núcleo mínimo de ideias e valores deve existir em um Estado Democrático leva à sua concepção como aquele que assegura a oportunidade de novos direitos serem incessantemente criados e autocriados na sociedade.

Paulo Bonavides (2001, p. 20), ao relacionar os tipos de Estado, somente usou a terminologia *Estado Democrático* para o Estado Democrático Participativo, que seria a quinta classe na classificação por ele proposta, um sucedâneo do Estado neo-liberal nos países subdesenvolvidos, “o Estado neo-social da periferia”, ainda [...] em gestação nas reflexões dos cientistas políticos e constitucionais”.

Estar frente a frente com as dificuldades da democracia contemporânea conduz ao desafio de superação do sentimento de que esta seja um engodo e de construir na prática social e política as soluções. A crença de que a experiência democrática fracassou pode conduzir às tragédias dos regimes ditatoriais.

A experiência de democracia participativa dos países desenvolvidos é paradigma para os de periferia. Discute-se no Brasil se o povo está devidamente preparado e consciente para influenciar nas decisões políticas através dos mecanismos participativos. Também é recorrente a dúvida sobre ter o povo brasileiro disposição/vontade para assumir as responsabilidades decorrentes de sua participação e ir além do sufrágio.

Há quem apregoe que uma singular cultura cívica nacional afaste os brasileiros da participação e, desse modo, ao se conformar em ser este um problema crônico do Brasil, não se busca aprofundar o exame da questão. Ao se anunciar que a culpa pela não participação reside no desinteresse do povo/Macunaíma, encerra-se o enfrentamento das dificuldades da democracia no Brasil.

Decerto que neste estudo se advoga a tese da retomada aprofundada dos estudos sobre a participação popular que aos poucos tem se insinuado, e aí têm destaque os mecanismos participativos implementados a partir da década de 1990 na área dos serviços públicos. Uma melhoria em termos de diversificação de formas de participação sempre visando à sua proliferação e à sua eficácia necessariamente decorre de sua implantação, de seu estudo e acompanhamento pelos cidadãos, pelos organismos da sociedade civil e pelos Poderes Públicos.

É indiscutível que a consciência dos cidadãos sobre seu papel político e social é elemento de importância ímpar no processo de participação, embora muitas vezes o exercício do direito de sufrágio ocorra sem aquela.

Surge outra questão: quem é responsável por estimular a consciência cívica? O Estado ou a sociedade civil? A sociedade não estará pronta até que o germe se desenvolva espontaneamente, ou o Estado teria o dever de motivar o povo, que é o titular da soberania? É o Estado que deve garantir espaços institucionais de participação ou a sociedade civil, ou estamos diante de obrigações recíprocas ou isonômicas? (LEAL, 2001, p. 202).

Na atual conjuntura do Brasil ainda se exige que os Poderes Constituídos tenham a iniciativa da instituição de fóruns públicos, de escolas de cidadania para formar e desenvolver no cidadão o hábito da participação. Talvez se possa mencionar que sejam coadjuvantes nesse processo as diversas associações e organizações, as quais reúnem reivindicações de todo tipo para apresentar aos Poderes Públicos.

Robert Dahl (2001, p. 204-205), discorrendo sobre os métodos adotados nos países democráticos mais antigos para a educação cidadã, relacionou a educação formal em

nível suficiente para garantir a alfabetização, a ampla disponibilização de informações pela mídia, a integração em partidos políticos e exposição de sua história e propostas, a integração em associações e em grupos de interesses específicos e, finalmente, a adoção pelo governo de medidas que acarretem mudanças incrementais, com avanços graduais, para possibilitar que os cidadãos as percebam e compreendam, alterem sua política de ação e deem (se for o caso) grande apoio às referidas medidas.

Certamente há de haver um mínimo de educação dos cidadãos a fim de que não haja sua cooptação. Oportuna é a citação das seguintes palavras do insigne professor J. J. Calmon de Passos (2001), para quem

[...] os dois grandes instrumentos de dominação se configuram no conservar o não saber do dominado e o seu depender. Quando ambos os instrumentos se conjugam e o não saber se associa ao depender, há, em verdade, servidão ou quase servidão. Quem, no campo social ou econômico, é um dominado, não pode deixar de ser um dominado no campo político, por mais enfáticas que sejam as proclamações de sua autonomia: assim, quem dominado social ou economicamente está inabilitado, de modo radical, para desempenhar o papel de cidadão.

O eminente professor, além de atacar o total absurdo da institucionalização do não saber, que conduz à dominação e à exclusão da cidadania, denuncia a gravidade da educação inadequada, que seria forma indireta e perversa de dominar. Já se aludiu à cidadania como emancipação, mas quando a dependência grassa, não há cidadania possível.

O autor alude a um poder ideológico no Brasil que atua subliminar ou explicitamente, levando seu discurso através do ensino dogmático e não crítico e dos meios de comunicação para inviabilizar a cidadania ou instituir uma cidadania tutelada. Sobre a Constituição de 1988, ele afirma que ela foi abundante ao enunciar direitos, mas que ao organizar o poder político não deu primazia ao controle social efetivo, criando uma forma acentuada de cidadania tutelada.

As assertivas do ilustre professor são um exemplo de indignação necessária diante da história do Brasil. Como admitir que o Poder Instituído despreze quem lhe conferiu essa autoridade? E como reverter essa história e instaurar uma cidadania plena?

O fato de no Brasil não haver um número significativo de cidadãos com características ideais, nas diversas classes sociais, comparativamente aos países desenvolvidos, não deve hoje ser obstáculo para uma paulatina introdução de mecanismos participativos acompanhada de incentivos a um despertar público a essa participação.

O mestre Diogo de Figueiredo (1992, p. 191) já destacava, em importante monografia sobre o direito da participação política, a *dimensão pedagógica da democracia*, de modo que a participação institucionalizada da sociedade prevista na CR/88, como processo cultural, exige tempo e perseverança.

Para que a ainda tímida experiência brasileira de participação dê sinais de vitalidade, faz-se necessário um processo, cujas fases não são tão bem definidas, sobretudo nos países subdesenvolvidos, nos quais às vezes é importante a lei ou a ação do governo se antecipar aos fatos sociais. Uma sequência natural para esse processo seria:

1. instruir-se o cidadão, estimulando sua consciência cívica, através de palestras, de ações comunitárias, de escolas de cidadania, de publicidade sobre atos e o funcionamento dos Poderes Públicos;
2. cidadãos, associações, organizações e entes públicos pressionarem os Poderes Instituídos para criar ou aperfeiçoar mecanismos participativos;

3. elaborarem-se leis;
4. atuarem conjugadamente os Poderes Instituídos e os cidadãos;
5. investir-se na constante instrução dos cidadãos e na realização de fóruns para debate sobre os resultados da participação dos cidadãos em termos de ampliação do espaço público, de conscientização política, de controle social e de melhorias sociais e econômicas;
6. insistir na correção das falhas identificadas e no constante aperfeiçoamento dos mecanismos participativos.

Além dessa questão de conscientização cívica, destaque-se o papel que a nova hermenêutica constitucional tem a desempenhar para o desenvolvimento da democracia participativa. Os arts. 1º e 14 da Constituição de 1988 podem ser o ponto de partida para uma nova história democrática brasileira se houver uma valorização do princípio da constitucionalidade, através do qual se pode alcançar a realização de uma série de direitos e princípios decorrentes do regime democrático.

Neste estudo se comunga dessa visão que atribui muitas das dificuldades da democracia brasileira ao fato de ela ser uma experiência ainda recente. A complexidade do mundo moderno, ao mesmo tempo que exige velocidade na informação, em produtividade, na tomada de decisões e em várias esferas, atua no sentido de dificultar diversas questões, como éticas, jurídicas, culturais e políticas.

Realmente, não se pode cobrar maturidade de uma democracia com problemas porque o mundo exige velocidade; ou se solucionam os problemas ou se substitui o regime. Não é a democracia um produto descartável, tampouco tem a automação poder para solucionar os problemas de um regime político e romper um processo de “cidadania tutelada”.

A democracia brasileira precisa *sobreviver* para que se possa pensar nas reformas necessárias. Integrar o cidadão no Estado, moralizar os Poderes Instituídos, corrigir distorções econômicas entre as classes sociais, solidificar as instituições políticas que o Brasil tem e criar as de que não dispõe, investir em uma nova hermenêutica constitucional.

Volte-se, neste momento, a uma das indagações já formuladas no início deste tópico: por que a opção pela democracia? E mais: por que a insistência em instaurá-la, especialmente em países de periferia, onde tudo e a todo tempo parece conspirar contra? Seria mero hábito de cópia dos modelos estrangeiros? Reservaria algum dos outros modelos políticos conhecidos futuro melhor para a sociedade?

Robert Dahl (2001, p. 73-74) elencou vários benefícios da democracia que superam as falhas e dificuldades que marcam sua história.

A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos, [...] garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar), [...] assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável, [...] ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja, viverem sob leis de sua própria escolha; somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; a democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa

viável; apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política; as modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras; os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos.

Em obra voltada à reflexão sobre a democracia participativa, organizada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2002), foram tecidas importantes considerações acerca da relação entre alguns países de periferia, como Brasil, Índia, Colômbia e África do Sul, e a democracia, e, mesmo, expostas projeções e propostas para um futuro democrático.

Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002), em estudo desenvolvido em coautoria, além de terem procedido à preciosa exposição dos fatos colhidos nas realidades dos países analisados e à identificação dos fenômenos sociais e políticos, se não cunharam, ao menos resgataram expressões ainda novas no cenário político contemporâneo, como *arranjos participativos*, *redes transnacionais de democracia participativa*, *gramática social*, *procedimentalismo participativo*, *demodiversidade*, *sobrecarga democrática*, etc.

Verificou-se que o maior defeito da democracia representativa/liberal reside no que ela procura acobertar e sustentar: o processo de acumulação de capital e exclusão da distribuição dos benefícios à sociedade, bem como exclusão da participação cidadã nas formas individual e coletiva para que não houvesse uma “sobrecarga democrática ao sistema”. Esta derivaria das demandas “excessivas” de cidadãos anteriormente excluídos do processo democrático e desequilibraria o caráter elitista da democracia liberal. Por isso os autores aludem às constantes tentativas de descaracterização e cooptação dos mecanismos participativos pelas elites.

Apesar de todos os riscos e dificuldades para implantação de democracias participativas, o combate à hegemonia da democracia representativa é real, e os autores citados identificaram formas alternativas que vêm sendo adotadas para conciliar novas formas democráticas com a técnica da representação.

Um dos países mais merecedores de destaque no referido estudo foi o Brasil, por terem os aludidos autores concluído apresentar este País potencialidades democráticas e experiências bem-sucedidas na aludida “combinação” de elementos da democracia representativa e da participativa.

A experiência dos “orçamentos participativos” no Brasil, em nível local, é o exemplo por eles adotado para justificar esse sucesso. Decompondo o processo do orçamento participativo, destacam que nele se nota uma nova “gramática social”, na qual cidadãos participam das deliberações sobre prioridades na distribuição justa dos recursos públicos e, além disso, evidencia-se um “procedimentalismo participativo”, pelas associações regionais, pelas listas de acesso prévio a bens públicos e pelo Conselho de Orçamento Participativo (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 76-79).

A adoção do orçamento participativo em Porto Alegre e em Belo Horizonte foi ressaltada pela crescente participação popular, mostrando o interesse que tem despertado nos cidadãos. Ademais, acentuou-se a ampliação de experiências de orçamento participativo no Brasil, alcançando um total de 140 gestões municipais no período de 1997 a 2000, sendo 127 em municípios com até 500 mil habitantes.

Os diferentes caminhos para aprofundá-la conduzem à afirmativa de que as democracias recentes devem se transformar “em movimentos sociais no sentido

que o Estado deve se transformar em um local de experimentação distributiva e cultural” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 76-79).

Os autores confiam com tanto vigor na forma participativa da democracia que formularam três propostas, sob a forma de teses, para seu fortalecimento. A primeira delas é pelo *fortalecimento da demodiversidade*, ou seja, devem ser valorizadas as diversificadas experiências de democracia obtidas a partir de uma *deliberação pública ampliada e do adensamento da participação*, pois não há motivo para a democracia assumir uma só forma.

A segunda é pelo *fortalecimento da articulação contra-hegêmica entre o local e a global*, ou seja, as experiências locais alternativas bem-sucedidas devem ser disseminadas, ao mesmo tempo que os *atores democráticos transnacionais* devem auxiliar os países em que a democracia está enfraquecida.

A terceira tese, bem na linha de “democracia se aprende fazendo”, é pela *ampliação do experimentalismo democrático*, pois, através de *novas gramáticas sociais*, isto é, de novos e múltiplos experimentos participativos, é possível acompanhar a pluralidade das sociedades e distribuir a democracia.

Enfim, nosso estudo é nutrido pela crença nos benefícios que se podem auferir pela implantação e busca do aperfeiçoamento do regime democrático. Há a confiança na democracia participativa como o último estágio da democracia e sua forma mais veraz, e, quando necessariamente adaptada a cada contexto social e cultural, crê-se que seja a forma mais hábil a gerar soluções para as crises do regime político e das sociedades. Do mesmo modo, crê-se que não há um único modelo ideal de democracia participativa, mas que seu exercício mostra o caminho certo para cada sociedade.

Recorde-se, uma vez mais, Robert Dahl (2001, p. 99-100), que reuniu, como instituições políticas básicas para qualquer democracia, funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e, finalmente, a cidadania inclusiva. Trata-se de “democratizar a democracia”, na feliz e insuperável expressão de Boaventura de Sousa Santos (2002).

4 • CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade brasileira e a insuficiência de políticas públicas confirmam que o caminho a percorrer para alcançar a efetivação de direitos fundamentais e a preservação da dignidade da pessoa humana é longo. Deve-se, sempre, respeito à Constituição e à sociedade.

Neste estudo, buscou-se resgatar o papel do Texto Constitucional na atribuição e na preservação dos princípios e fundamentos do Estado democrático brasileiro, bem como resgatar a sociedade, que de vitimizada passou a sujeito, enquanto se destacou o caráter funcional e instrumental do poder detido pelos organismos estatais.

Que em nome de falsas modernidades não se vilipendiem os direitos humanos e a democracia. A respeito desta, Fábio Konder Comparato (1997) já advertiu que “nunca é o fruto de uma evolução natural e inelutável da sociedade política. Ela se institucionaliza, muito ao contrário, ao longo de um incessante e penoso trabalho de defesa da dignidade humana”.

Indaga-se: o que, afinal, constitui a democracia? Ou melhor, talvez seja mais adequado questionar “o que permite identificar” hoje um modelo democrático, ou seja, haveria uma noção residual de democracia após sucessivas ofensas? A democracia aceita retrocesso? A democracia pode conviver com realidades cada vez mais comuns de certa incapacidade política de o Estado traduzir em práticas administrativas concretas para a população o que os textos normativos contemplam? Seria admissível ao discurso democrático um Estado mínimo sob o ponto de vista de proteção de direitos tão fundamentais como a vida, a integridade física e a liberdade em todas as suas formas?

A plenitude democrática seria utopia no mundo moderno. Em nossa concepção, a legitimação na origem e no exercício dos Poderes Políticos, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são pedras basilares da democracia. Onde os Poderes Públicos buscam promovê-las, aí há democracia. Decerto que a medida da participação desses elementos é o princípio da razoabilidade. Caso o discurso consagre a democracia e a prática a rejeite acintosamente, ela inexistente.

Assim como hoje se sustenta uma “personificação do direito administrativo”, tomando a pessoa como seu cerne, destaque-se a pessoa como centro do direito constitucional, do poder político e da democracia. Desponta, aí, o cidadão, agente e promotor de sua estória.

A inserção da pessoa no processo político implica dever dos Poderes Públicos de favorecer essa integração. Manipulação ideológica, castração do pensamento e ausência de meios de acesso à educação devem ser superados de modo incansável para que se construa alguma experiência democrática.

Ser sujeito da democracia e não, simplesmente, estar sujeito à democracia, no sentido de submissão popular às decisões tomadas pelos governantes, é um dos elementos fundamentais do regime democrático. Poder-se-ia afirmar que se constitui no fator de sua realização plena, do ponto de vista de formação da vontade política. Todavia, as dificuldades de sua implementação, seja pela imaturidade política dos cidadãos, seja pela falta de vontade, de iniciativa ou de viabilização de mecanismos adequados por parte dos Poderes Públicos, originam uma “democracia parcial”.

Entendemos que, conforme o contexto histórico e político, nem toda “democracia parcial” significa uma democracia totalmente esfacelada, nula.

A democracia não é um conceito maniqueísta, mas um “sistema em progresso”: uma situação de parcialidade pode evoluir para um grau mais alto de vivência democrática ou o oposto.

A democracia é necessária em nosso Brasil para que floresça uma realidade de inclusão e desenvolvimento pessoal, econômico, social, cultural e político ainda não alcançada. É necessário avançarmos nosso Estado Democrático de Direito para um grau mais elevado. A luta para que isso ocorra é árdua e premente. Uma realidade social e política fragmentada, vítima do capital internacional e de interesses patrimonialistas tupiniquins, somente pode produzir novas experiências colonialistas travestidas de falsas “democracias em desenvolvimento” ou redutos de ditadores.

A cobrança, pela sociedade, da instituição de mecanismos sólidos e permanentes de inclusão popular que transcendam o voto, a criatividade na ampliação de instrumentos participativos para além dos tradicionais, a atuação de ONGs e de

movimentos sociais diversificados, o crescente uso de redes sociais e de plataformas digitais também com vistas a dar visibilidade, organizar e pressionar os poderes instituídos em busca de promover o bem comum é o que se espera para superar a “cidadania tutelada”. Que o direito fundamental à participação popular seja norte e motor permanente.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Fernanda Pereira. O direito administrativo no século XII: uma remodelação. In: TUBENCHLAK, James (coord.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: ID – Instituto de Direito, 2001. v. 11. p. 133-151.
- BARACHO, José Alfredo de O. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 85, p. 7-70, jul. 1997.
- BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, p. 29-37, abr./jun. 1993.
- BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. Coord. da tradução: José Ferreira e Luis G. P. Cascais. 3. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; Linha Gráfica Ed., 1991. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais/Fascículo Cível*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia, constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão no âmbito do direito constitucional brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, p. 5-17, jun. 2003. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1757>. Acesso em: 15 out. 2020.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. In: GARCIA, Maria (coord.). *Democracia, hoje*. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 209-254.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GARCIA, Maria. A democracia e o modelo representativo. In: GARCIA, Maria (coord.). *Democracia, hoje*. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 42-43.
- LAMOUNIER, Bolívar. Representação política: a importância de certos formalismos. In: LAMOUNIER, Bolívar *et al.* (org.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: TAQ, 1981. p. 233-260.

- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta, CASTRO, Matheus Felipe de. Fundamentos redefinitórios do direito fundamental de participação social na política brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 311-338, jan./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/307/0>. Acesso em: 19 out. 2020.
- MOÁS, Luciane da Costa. *Cidadania e poder local*. Dissertação não publicada, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, em março de 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa – administrativa – judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PASSOS, J.J. Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://direitopublico.com.br>. Acesso em: abr. 2002.
- PORTELLA, R. Dependência e cidadania no Brasil: uma relação a ser discutida a partir das matrizes culturais religiosas brasileiras. *HORIZONTE – Revista de Estudos de Teologia e Ciências da Religião*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 43-53, 3 dez. 2006. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/view/478>. Acesso em: 19 out. 2020.
- RAMOS, Silvana de Souza. Claude Lefort: democracia e luta por direitos. *Trans/Form/Ação [on-line]*, v. 39, n. 2, p. 217-234, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/trans/v39n2/0101-3173-trans-39-02-0217.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direito e cidadania*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 389-395.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 243-342.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Método reconstutivo e as possibilidades e limites à interpretação constitucional¹

Gabriela Costa e Silva²

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos nortes interpretativos constitucionais em relação aos direitos fundamentais. 3 Características e atributos potencializadores dos direitos fundamentais. 4 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consolidação da ideia de deveres institucionais. 5 Método reconstutivo: entre a tópica e a interpretação concretista. 5.1 Das possibilidades. 5.2 Dos limites. 6 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

A evolução do neoconstitucionalismo teve como um dos seus efeitos mais marcantes o reconhecimento da jurisdição constitucional como palco de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Essa perspectiva também é uma das responsáveis por reforçar a tese da força normativa da Constituição, considerando-a como “[...] um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e, ao mesmo tempo, condicionantes dela” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 35).

O referido conceito pressupõe que, para além da sua acabada conformação, a Constituição também seria fator de impulsionamento à modificação da realidade vigente, possuindo seus dispositivos diversas classes e graus de aplicabilidade para o desempenho desse mister. Estejam eles expressos por meio de regras ou de princípios, o que se deve ter em mente é que gozam do atributo da “pretensão de eficácia”, de acordo com as lições cunhadas por Konrad Hesse (1991, p. 15).

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, como órgão último de interpretação constitucional no Brasil, teria diante de si o desafio de superar certos argumentos que limitariam tal atributo, reconhecendo, em definitivo, o seu papel como instituição impulsionadora da sociedade às finalidades determinadas pela Constituição.

1 O presente artigo foi elaborado como adaptação do capítulo cinco da dissertação de mestrado da autora, de título “Substancialismo aplicado à jurisdição constitucional: possibilidades e limites de concretização dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em 18.8.2020, sob a orientação do Prof. Pós-Doutor Dirley da Cunha Júnior, como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre naquela Universidade. Íntegra disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24252/1/GABRIELA%20COSTA%20E%20SILVA.pdf>.

2 Analista Processual do Ministério Público da União (PRT – 15ª Região). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

Para isso, se deverá considerar, em primeiro plano, que a atribuição de sentidos jurídicos às prescrições normativo-constitucionais não é uma tarefa meramente descritiva, mas sim de *reconstrução* de significados, tendo por intuito o ato de “potencializar a realização da justiça” (SOARES, 2010a, p. 136). E apesar de parte da doutrina reputar que a atividade de reconstrução se identificaria com a atividade “criadora” do Direito, equiparando-a à função legislativa, há que se ter em mente que ela não deixará de ser de natureza *judicial*, uma vez que a interpretação e a aplicação do Direito pelos tribunais não se confundem com a atividade de edição de diplomas normativos atribuída aos agentes do poder político, de acordo com o sistema de divisão funcional vigente.

Essa ideia importará, principalmente, para a reafirmação de que aplicar os dispositivos constitucionais em caso de omissões ou violações perceptíveis a direitos fundamentais não é um ato de interferência institucional indevida, mas representa, em verdade, tarefa materialmente designada ao órgão exercente da jurisdição constitucional.

Por esse motivo, no bojo deste artigo, serão delimitadas formas interpretativas tendentes a garantir a aplicação mais abrangente possível dos direitos fundamentais no âmbito das questões levadas ao Supremo Tribunal Federal, na condição de exercente da jurisdição constitucional brasileira, levando-se em consideração a natureza de mandados de otimização (ALEXY, 2008, p. 90) dos princípios de direito fundamental, conforme amplamente elucidado pela doutrina consolidada sobre o assunto.

2 · DOS NORTES INTERPRETATIVOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é preciso salientar que a referência e o parâmetro para as atividades de interpretação e aplicação das normas constitucionais são encontrados no próprio ordenamento jurídico pátrio. Nesses termos:

[...] a substantividade da Teoria da Constituição se apresenta como uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição funda-se em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, conferindo uma dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo moderno. (SOARES, 2010b, p. 123).

Para o cumprimento dessas funções, deve-se ter em mente que, apesar de a interpretação e a aplicação das normas constitucionais estarem guiadas pelo princípio da unidade e de se argumentar, em decorrência disso, que não haveria, *a priori*, hierarquia entre os dispositivos constitucionais, é possível perceber que seu texto apresenta determinados valores materiais que poderiam gozar de posição de predominância ou pelo menos de *status* diferenciado na aplicação normativa em virtude de servirem de guia para toda a atuação estatal.

Enquanto as normas de organização e procedimento, por exemplo, são *meios* para atingir determinados resultados, os valores fundamentais positivados na Constituição são os *fins* para os quais essas funções apontam. Por isso, não se pode negar a força vinculante das normas que os expressam, sob pena de se retirar desse documento os atributos de impulsionamento para os fins sociais do Estado, senão vejamos:

Em suma, como podemos observar das Declarações sumariamente examinadas, é nítida a opção pelo Estado como *instrumento*, e pelo homem como o *fim*. Não

foi sem propósito que a Constituição Brasileira de 1998 dispôs, primeiramente, dos direitos fundamentais (Título II) e, somente após, da organização do Estado (Título III) e do Poder (Título IV), dando claras amostras de que o Estado é o *instrumento* por meio do qual o homem – o *fim* – satisfaz seus direitos. O Estado só existe e só se justifica se respeitar, promover e garantir os direitos fundamentais do homem. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 483, grifos do original).

Tendo em vista esse atributo de *instrumentalidade* do Estado e dos meios dos quais este dispõe para a salvaguarda dos direitos mais basilares da pessoa humana, é possível vislumbrar que os dispositivos constitucionais responsáveis por direcionar a atividade pública não apenas organizam o poder, mas, em verdade, colocam-no em função de determinados objetivos e finalidades.

Sobre isso, Otto Bachof (2009) teria criado, na Alemanha, proposta teórica que previa até mesmo a existência de graus hierárquicos distintos entre as normas constitucionais, concluindo que seria possível a declaração de inconstitucionalidade de normas também constitucionais por violações ao direito chamado por ele de “supraregal”. Com isso, o autor pretendia defender a existência de preceitos materiais fundamentais da Constituição em detrimento de “[...] normas constitucionais de significado secundário” (BACHOF, 2009, p. 54).

Nesse caso, apesar de muitos o acusarem de jusnaturalista pela referência que faz a postulados de justiça como “[...] respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, proibição da degradação do homem num objeto, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, exigência da igualdade de tratamento e proibição do arbítrio” (BACHOF, 2009, p. 2), é de se ponderar que esta não poderia ser uma crítica absorvida para o caso brasileiro, já que todas essas expressões, apesar de seu evidente vértice axiológico, estão devidamente positivadas pela Constituição Federal pátria, gozando de natureza deontológica e, por isso, de força normativa.

Seguindo essa linha, o art. 60 da CRFB determina, em seu § 4º, a existência de determinados imperativos, os quais, devido ao seu grau de importância no papel de contenção das forças estatais, não poderiam ser colocados à discricionariedade do poder constituinte derivado, atribuindo-se a estes o caráter de super rigidez que impede a sua total abolição do ordenamento jurídico por meio das chamadas emendas constitucionais. São, portanto, os mandamentos de rigidez: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; e, por fim, IV – *os direitos e garantias individuais*.

Sobre esse último inciso, ressaltamos que, apesar de o termo “individuais” adjetivar “direitos e garantias”, entendemos que o dispositivo não pode sofrer interpretação limitativa, abarcando apenas os direitos fundamentais de natureza individual.³ Em verdade, a proteção da super rigidez constitucional “[...] alcança todos

3 Exemplo de defesa dessa percepção limitativa encontra-se no texto de Gilmar Mendes, o qual entende que a proteção dada pelo art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição se limitaria aos direitos elencados no art. 5º. Para ele, “[...] enquanto os direitos individuais propriamente ditos – especialmente os chamados direitos de liberdade e de igualdade – guardam, na sua essência, certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo”. (MENDES, 2009, p. 452).

os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 207).

Ademais, é preciso destacar que, para além da super rigidez de todo o rol de direitos fundamentais inscritos no texto constitucional, é preciso alertar para o fato de a Constituição apresentar em posição propedêutica uma gama de valores, objetivos e fundamentos que condicionam as atividades, não apenas do legislador e constituinte derivado, mas também de todo e qualquer órgão do poder estatal.

Sendo assim, os exercentes do poder, eleitos ou não, deverão observar as seguintes disposições no desempenho de suas funções:

- a. O *preâmbulo*, que, apesar de considerado por muitos como desprovido de força normativa, revela que a Constituição por ele inaugurada está inserida no contexto de um “Estado Democrático”, com claro objetivo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos da sociedade;
- b. O *Título I*, no qual se determinam:
 - b.1. Como *fundamentos do Estado*, os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e do pluralismo político (art. 1º). Através dessas ideias, reconheceu-se que “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2012, p. 80);
 - b.2. Como *objetivos*, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades (art. 3º);
 - b.3. Como *princípios para suas relações com outros Estados*, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação para o progresso da humanidade (art. 4º);
- c. O *Título II*, no qual se dispõem em posição de destaque os *direitos e garantias fundamentais*, individuais e coletivas, que salvaguardam aos indivíduos não só direitos à liberdade, igualdade (art. 5º), mas também direitos sociais (art. 6º) e políticos (art. 14);
- d. E o encerrativo *Título VIII*, que elenca diversas disposições genéricas (*direitos de todos*) e vinculativas (*deveres do Estado*), como os direitos à saúde (art. 196), à educação (art. 205) e ao meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225).

Verificada, portanto, a riqueza de detalhes com a qual a Constituição Federal brasileira aborda a questão dos direitos fundamentais e de sua aplicabilidade, é de se ponderar que, pelo atual estado de coisas, o maior desafio não seria mais o de se reconhecer positivamente esses direitos, mas sim o de garantir seu pleno exercício e gozo por parte dos jurisdicionados (BOBBIO, 2004, p. 23). Por isso é que se diz que, nessa etapa, ultrapassadas as ingenuidades do direito natural clássico, a maior preocupação seria a da efetivação desses direitos.

Nesse esteio, será feito a um esforço acerca das características e potencialidades das normas definidoras de direitos fundamentais, determinando-se as possibilidades diante das quais o Supremo se encontra para o desempenho do encargo de efetivação destas, ainda que no âmbito das demandas de questionamento das leis e atos normativos em abstrato ou no exercício de uniformização da jurisprudência nacional.

3 · CARACTERÍSTICAS E ATRIBUTOS POTENCIALIZADORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A busca do pleno potencial das normas de direito fundamental envolve, em primeiro lugar, superar o discurso isolacionista que coloca em risco a eficácia integradora da Constituição. Nessa hipótese, se a previsão normativa de valores fundamentais existe e se ela é invocada por aquele que, de maneira legítima e regular, provoca a jurisdição constitucional, não deveria haver razões para a recusa da sua aplicação. Nesse caso, caberia ao operador apenas ajustar-se, em maior ou menor grau, às finalidades impostas pela Constituição, não deixando de se esquivar delas por invocar não estar juridicamente respaldado para tal.

Sendo assim, a primeira característica potencializadora de relevo dos direitos fundamentais seria o fundamento primordial que os direciona, direta ou indiretamente: a *dignidade da pessoa humana*, também designada de “fundamento dos fundamentos”. Este seria o *critério unificador* dos direitos fundamentais, *vetor de interpretação* para toda modalidade de lei ou ato normativo, incluindo os de natureza constitucional.

Apesar das discordâncias teóricas sobre a natureza jurídica dessa construção, é de se destacar que ela não poderá ser considerada uma mera abstração ou termo de natureza puramente axiológica, uma vez que a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, inciso III).

Dito isso, é necessário apontar que, embora seja um termo de difícil conceituação, existe na doutrina determinado consenso em se fazer referência à concepção kantiana do termo, representada pela máxima: “[...] a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse” (SOARES, 2010b, p. 128). Por meio dessa visão, a pessoa humana não poderia se comparar com as “coisas”, que são valoradas pelo qualitativo do “preço”, em virtude do seu atributo de instrumentalidade. Desse modo, assevera-se como repudiável toda e qualquer espécie de conduta que venha a reificar ou instrumentalizar o ser humano.

A consolidação dos direitos fundamentais representa o fortalecimento dessa ideia nas diversas modalidades de interação entre o Estado e a pessoa humana e entre as próprias pessoas humanas em suas relações privadas. Por isso é que se diz que todos os direitos e garantias fundamentais, ainda que em diferentes intensidades, desaguam na noção da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o “fundamento dos fundamentos”, apesar de ser um termo de cunho filosófico e tessitura aberta, não perderá seu caráter de núcleo essencial e parâmetro de justificação dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, considerando-se que todos eles deverão objetivar não outra coisa a não ser a visão do homem como fim em si mesmo, e não como objeto à disposição do poder estatal ou do poder privado. Por essa razão, afirma-se que seu conteúdo “[...] reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais” (SARLET, 2012, p. 52), e, nesse caso, de maneira especial, ao Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, é preciso reconhecer que, embora as prescrições de direito fundamental também se inscrevam na Constituição através de conceitos mais abertos, e, por isso, majoritariamente sob a forma de princípios constitucionais, deve-se reafirmar que, ainda assim, não deixarão de também possuir o atributo da força normativa.

Nesse sentido, e com suporte nas ideias de Humberto Ávila (2014), compreende-se que quando um dispositivo normativo se configura na forma de princípio, as finalidades por ele impostas deixam de ser meros valores axiológicos ou conselhos dados aos destinatários, para se investir dos atributos da generalidade e imperatividade atribuídos às normas jurídicas.

Partindo do problema da “forma” de apresentação dos direitos fundamentais para a sua “abrangência”, é preciso apontar para o fato de o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal consagrar a *abertura material* dos direitos fundamentais, atribuindo a eles, então, a característica da *inesgotabilidade*, aqui apontada como segundo fator de potencialização dos referidos direitos. Em reprodução ao teor do mencionado artigo, é de se definir, por meio deste conceito, que os direitos fundamentais já existentes e elencados em todo corpo da 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” (art. 5º, § 2º, CRFB).

Isso demonstra que as atuações em torno dos direitos fundamentais devem tender a ser sempre expansivas, e não restritivas, ainda que regidas pelo princípio da unidade e pelo caráter da relatividade que significa a possibilidade de “cedência recíproca” entre direitos fundamentais em eventual conflito.⁴

A ideia de relatividade dos direitos fundamentais, de sua vez, deve vir acompanhada do intuito do menor comprometimento possível do direito fundamental que demonstre ter menor relevância para preponderar no caso *sub judice*. Isso derivaria do também atributo da *indivisibilidade* dos direitos fundamentais que os coloca dentro de um mesmo regime jurídico, o que garante a base de fundamentação para o postulado da *coerência*.

Para reforço do argumento, destaca-se que existe o imperativo de “não abolição” dos direitos fundamentais devidamente registrado no texto constitucional, quando se consagra, no art. 60, § 4º, IV, que os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas indisponíveis à discricionariedade dos órgãos estatais. Nesse sentido, veda-se qualquer proposta “[...] tendente a abolir, mitigar, atenuar ou reduzir” (MENDES, 2009, p. 447) o sentido e as finalidades destes direitos. Em outras palavras, isso quer dizer que, se alguma operação houver que ser feita em torno dos direitos fundamentais, esta deverá ser a fim de garanti-los da maneira mais abrangente possível, e não para reduzi-los em sua eficácia, buscando-se nos dispositivos que impõem objetivos e finalidades ao Estado o fundamento racional para isso.

Dessa maneira, tais atributos aplicam-se aos direitos fundamentais em todas as suas modalidades, ainda que a sua origem não seja diretamente constitucional, ou, melhor dito, ainda que se trate de direito fundamental *por inferência* ou *decorrente*,⁵ conforme se expõe:

4 A “cedência recíproca” deriva da aplicação do postulado da concordância prática de aplicação normativa, e tem por objetivo fazer com que “valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários” (ÁVILA, 2014, p. 187) se harmonizem ao máximo, devendo-se buscar através de concessões recíprocas a harmonização entre os princípios eventualmente conflitantes, servindo a aplicação do postulado também ao atributo da unidade constitucional.

5 Nesse particular, acredita-se que a utilização do termo “implícito” poderia gerar enfraquecimento do argumento da força normativa do direito fundamental que é sobreinterpretado da Constituição.

[...] os *direitos fundamentais implícitos* (aqueles subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas) e *decorrentes* (aqueles decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição adota) e *os direitos fundamentais previstos na Constituição, mas fora do catálogo e em tratados internacionais* (ou seja, aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) são direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes: são protegidos pela Constituição; não podem ser abolidos, nem mesmo por emenda constitucional e vinculam imediatamente os poderes públicos, além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório à atuação estatal. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 535, grifos da autora).

Considerando, então, as razões do neoconstitucionalismo, do fenômeno da constitucionalização do Direito e as perspectivas diante da força normativa dos direitos fundamentais, e entre eles também os de origem decorrente, pondera-se que incumbe ao Estado, por meio de suas instituições e procedimentos organizacionais: (a) protegê-los; (b) organizar-se em torno dos objetivos por eles descritos; (c) garantir processos seguros e efetivos para sua reivindicação; (d) promovê-los por meio de decisões administrativas; e, por fim, (e) *satisfazê-los por meio de decisões judiciais*.

Tal constatação se coaduna com a ideia da chamada por Cappelletti (1999, p. 62) de “justiça constitucional das liberdades” ou *Grundrechtsgerichtsbarkeit*, reafirmando o fenômeno da expansão da justiça constitucional em diversos países de fundo democrático.

Sendo assim, a “criação judicial do Direito”, como denominado pelo autor italiano, significaria um dos desdobramentos do neoconstitucionalismo, responsável por instalar a chamada “revolta contra o formalismo” desenvolvida nos países que se encontraram em situações estatais abusivas potencializadas pela crença de que o juiz seria “mera e inanimada boca da lei”. Nesse sentido, leciona:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haveriam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e, sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

A partir desse paradigma, Cappelletti destaca que não só os ministros do Supremo mas também todo e qualquer magistrado terão para si atribuída a tarefa de “criar o Direito”, ou, no termo aqui escolhido como mais apropriado para esta função, deverão *reconstruí-lo* a toda e qualquer demanda que lhes for colocada a crivo, seja ela concreta ou abstrata.

Esta atividade não pode ser confundida com a atividade legislativa, de natureza política; por esse motivo, esta autora se filia ao termo *reconstrução* para

Assim, como tentativa de evitar o esvaziamento do argumento da força normativa dessa modalidade indireta de direito fundamental, optou-se por utilizar o termo “direito fundamental por inferência” ou “direito fundamental decorrente” de maneira genérica, reforçando, assim, o atributo da pretensão de eficácia destes em quaisquer das modalidades descritas.

definir a tarefa da Corte em interpretar e aplicar o Direito, mormente em relação aos direitos fundamentais.

Em relação a isso, veja-se:

O papel do intérprete e aplicador do direito seria, portanto, o de *reconstruir* racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa) na busca dos significados jurídicos [...] O de que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar *coerência* e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete orientar-se pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a *reconstrução* do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos. (SOARES, 2010a, p. 117, grifos da autora).

Dessa forma, apesar da crítica feita, coaduna-se, neste ponto, com outra ideia exposta por Cappelletti (1999) quando este diz que o principal problema científico do observador do fenômeno constitucional não deveria ser o de se indagar acerca da função “criativa” ou não dos tribunais, mas sim o de compreender quais seriam os modos e limites para essa atuação.

Por isso, importante se faz vislumbrar nos seguintes passos a forma como tais direitos se revelam aos poderes públicos, de maneira a considerar os direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos dos jurisdicionados, mas também como deveres institucionais do Estado, demonstrando, de maneira exponencial, como sua aplicação deve ser feita para que haja sua desejada promoção por meio das atividades de jurisdição constitucional.

4 · A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSOLIDAÇÃO DA IDEIA DE DEVERES INSTITUCIONAIS

Ainda sobre os atributos de direitos fundamentais e sua forma de aplicação nas atividades do Poder Judiciário, é preciso destacar que, ao contrário do legislador, os membros do Judiciário não estão autorizados a se esquivar de decidir ou a delongar-se em demasia na conferência de solução definitiva para os casos que lhes são postos, em virtude da máxima da vedação ao *non liquet*, que lhes determina a obrigação de decidir.

Esse imperativo, de sua vez, deve ser visto com ainda mais cautela quando se trata da tutela abstrata e coletiva dos direitos da pessoa humana, uma vez que o potencial transformador dessas decisões é de amplo alcance, repercutindo sobre toda a jurisdição do território nacional.

A diferença, em termos de dilação temporal, entre as atuações política e jurídica em torno dos direitos fundamentais pode ser bem explicada quando se refere ao § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que determina terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *aplicabilidade imediata* (*Aktualität*), demonstrando, com isso, a importância e a urgência de se fazerem efetivamente operantes suas determinações na realidade prática.

Levando isso em conta e avançando no estudo dos atributos potencializados dos direitos fundamentais, é de se destacar que sua eficácia e aplicabilidade estão direcionadas aos Poderes Públicos da seguinte maneira: enquanto a *eficácia*

vinculante obriga os Poderes Públicos a proceder a sua integral observância, a *eficácia dirigente* impõe ao Estado o dever permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Já a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) impõe que os sobreditos direitos sirvam de diretrizes ou vetores para a interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais no ordenamento jurídico.

Sob essa perspectiva, e de acordo com a teoria de Robert Alexy (2008, p. 180), extrai-se a concepção clássica de os direitos fundamentais serem concebidos, originariamente, como direitos públicos subjetivos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado, e que, para além dessa esfera subjetiva, eles também representam valores da comunidade que não somente o Estado mas também toda a sociedade devem respeitar, proteger e promover. Em outras palavras:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2009, p. 2).

Nessa linha de raciocínio, Alexy (2008, p. 524) descreve a chamada “tese irradiante”, prelecionando que o Tribunal Constitucional deve levar os direitos fundamentais para além da sua esfera subjetiva, entendendo-os como uma ordem objetiva de valores que impulsiona tanto a produção legislativa como a administração pública e a construção jurisprudencial, para além das relações estabelecidas entre os particulares.

Essa perspectiva, de sua vez, deriva do duplice carácter do princípio da dignidade da pessoa humana, representando, não apenas direitos subjetivos à sua proteção e promoção pelo Estado e particulares, mas também possuindo dimensão intersubjetiva que determina a existência de um dever geral de respeito por parte de todos, e principalmente por parte do Estado (SARLET, 2012, p. 133). Sendo assim, suas ações, planejamentos e decisões devem observância a esse princípio e aos direitos fundamentais que nele buscam seu núcleo essencial de justificação:

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. (SOARES, 2010b, p. 149).

Assim, os direitos fundamentais serão considerados junto aos poderes públicos como verdadeiros *deveres fundamentais*, demandando não somente sua abstenção em sede de liberdades individuais, mas também sua efetiva implementação através da conferência de prestações positivas constitucionalmente garantidas aos indivíduos.

Embora seja esta uma perspectiva salutar, ela é, ainda hoje, adotada de maneira tímida, não só pelo Tribunal, mas também por boa parte da doutrina constitucionalista pátria. Sobre isso, explicita de maneira crítica a lição de Ingo Sarlet:

No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma ‘herança liberal’, no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos ‘direitos subjetivos’ em detrimento dos ‘deveres’. Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança. Em virtude da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como o caráter demasiado liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplando, dessa maneira, os elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais. (SARLET, 2009, p. 226-227).

A visão exposta denota que, ainda hoje, a dimensão subjetiva é vista em posição de predominância. Para as particularidades do objeto desse estudo, no entanto, é de se ponderar que não existem direitos subjetivos diretamente tuteláveis na discussão das ações de controle abstrato, mas tão somente “interesses genéricos” dirimidos no palco da jurisdição constitucional.

É preciso perceber, portanto, que, nessa esfera de discussão, o ordenamento jurídico se coloca em função do ser humano, não sob a forma do indivíduo concreto, mas sim em sua figura abstrata e interligada a tantos outros homens, o que garante a ideia de coletividade e da prevalência do interesse público sobre o privado. Sendo assim, o Direito em abstrato, revelado por meio dos *deveres objetivos* expressos pelos direitos fundamentais, terá por finalidade criar impositivos que tenham por objetivo atingir os valores determinados na Constituição Federal de maneira coletiva e genérica.

No caso brasileiro, repita-se, o problema não está na falta de embasamento jurídico ou de instrumentos processuais adequados à concretização dos direitos fundamentais. Está, em verdade, na priorização dos valores escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal quando no julgamento das ações da jurisdição constitucional e pelos órgãos legislativos e executivos no âmbito de suas atuações institucionais. É de se ressaltar que, nesses âmbitos, embora utilizados os meios pertinentes, a norma constitucional discutida, por vezes, deixa de atender ao imperativo de conformação, fazendo com que esses valores fundamentais percam sua força argumentativa diante das possibilidades procedimentais.

A partir dessas ideias, pode-se delinear entendimento acerca da necessidade de *efetividade* dos direitos fundamentais, conceito este que está intrinsecamente ligado às ideias de faticidade na norma e de sua operatividade na realidade posta. Dessa forma, o atributo da efetividade implica obediência dos destinatários e do Poder Público à norma constitucionalmente imposta, havendo uma forte relação entre esta e o atributo da *coercibilidade*. Quando uma norma é efetiva, isso quer dizer que ela é posta em prática no cotidiano, aproximando o dever-ser normativo da realidade social.

Para auxiliar nessa tarefa de efetivação, o Tribunal está munido de conceitos-chave que conferem sentido aos termos abertos da Constituição, auxiliando no estabelecimento de possibilidades e limites a essa operação interpretativa. Como exemplo de tais conceitos-chave, podemos destacar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a garantia do mínimo existencial, a interpretação conforme a Constituição, entre tantos outros que servem aos direitos fundamentais em sua potência.

E, para que isso aconteça, o ordenamento jurídico dispõe de diversos instrumentos, visando imprimir a obrigatoriedade e a adesão a suas normas. A partir desse conceito é que se pode construir a vertente da “justiciabilidade” dos direitos fundamentais, quer na forma de tutela da sua defesa, quer na forma de concessão das prestações estatais requeridas pelos grupos de interesse social.

Admitir essa vinculação significa que, para além de se tutelar o amplo acesso à justiça, a resolução da demanda deve ser satisfatória, sendo obtida por meio da utilização ótima dos instrumentos jurídicos disponíveis, de maneira a não deixar que o texto interpretado da Constituição seja meramente simbólico ou de natureza nominal.

E nisso residirá uma das principais teses substancialistas, a nosso ver acertada: a da vinculação dos poderes públicos “aos ditames da materialidade da Constituição”. Se se quiser evitar as dificuldades em se justificar porque apenas algumas normas constitucionais devem ser levadas a sério, correndo-se o risco de tornar o diploma constitucional uma “constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam emancipação”, há de se admitir, ao menos *a priori*, a plena vinculabilidade dos poderes públicos a todos os preceitos constitucionais. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 158).

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais lhes retira o caráter de instrumentos voltados tão somente para a manutenção da abertura do sistema jurídico aos trâmites democráticos. Mais que isso, a tese substancialista vê os direitos fundamentais como verdadeiros valores substantivos, cuja proteção, garantia, fomento e satisfação devem ser finalidades precípua da atividade pública.

Sua positivação sob a forma de princípios constitucionais fará com que sejam entendidos não de outra forma, a não ser como elementos finalísticos que fundamentam “[...] uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido” (ÁVILA, 2014, p. 98).

Assim, as exigências da justiça e da concretização dos demais valores que constituem o ordenamento jurídico são impositivas e devem ser atendidas pela atividade de reconstrução, que não se limita às soluções “petrificadas ou esgotadas” da forma como se daria na atividade meramente subsuntiva de aplicação das regras. Para isso é que se procede ao delineamento do *método reconstrutivo* de aplicação das normas constitucionais, tomando-o como sugestão adequada em prol das atividades de interpretação e aplicação jurisdicional constitucional, de maneira a torná-las não redutoras, mas potencializadoras da Constituição e dos direitos fundamentais.

5 · MÉTODO RECONSTRUTIVO: ENTRE A TÓPICA E A INTERPRETAÇÃO CONCRETISTA

5.1 · DAS POSSIBILIDADES

A Constituição está repleta de dispositivos com grande potencial de concretização. Além disso, fornece os meios adequados para legitimar a operacionalização dessa atividade. Isso quer dizer que o problema da inefetividade de seus dispositivos reside mais nos caminhos de formulação decisória e na eleição de valores prioritários durante o julgamento do que nos instrumentos procedimentais existentes propriamente ditos. Por conseguinte, uma das preocupações basilares seria a de se encontrarem modalidades metodológicas de aplicação dos dispositivos

constitucionais que importassem em menor sacrifício e maior potencialidade possível dos direitos fundamentais.

Proposto para isso, o método interpretativo, aqui denominado “reconstrutivo”, utiliza-se de elementos dos métodos tópico e concretista de interpretação constitucional, bem como das ideias de interpretação construtiva (DWORKIN, 1999), e de hermenêutica heterorreflexiva, (CARNEIRO, 2011), correlacionando-os e adaptando-os à atividade do Supremo Tribunal Federal no julgamento das demandas abstratas.

Em relação às atividades institucionais do Supremo, consideram-se, então, três modalidades de competências atribuídas pelo art. 102 da CRFB, no âmbito abstrato, a esse órgão de cúpula: a) as ações de controle de constitucionalidade por ação (ADI e ADPF); b) as ações de controle de inconstitucionalidade por omissão (ADO); e c) os recursos extraordinários movidos como demanda para a uniformização interpretativa dos dispositivos constitucionais.

No que tange às etapas do método reconstrutivo, constroem-se quatro fases distintas, quais sejam: 1) identificação do problema; 2) pré-compreensão; 3) heterorreflexão; e, por fim, 4) prospecção.

A primeira fase consiste em *identificar o problema constitucional* e estabelecer seus reais contornos. É a atividade de definição do objeto de julgamento, que compreende duas subfases iniciais: a primeira se refere à averiguação do atendimento aos pressupostos formais para o manejo do instrumento processual utilizado pela parte legitimada; e a segunda está relacionada à compreensão do problema em si. Esta atividade é feita com a ajuda da formulação de *topoi* relacionados aos casos constitucionais analisados pelo Supremo.

Nas ações do controle de constitucionalidade em abstrato, a primeira subfase compreende a verificação de termos como a legitimidade ativa do ente postulante e a forma de revestimento formal do ato impugnado. A segunda subfase, de sua vez, circunscreve-se à análise material que visa a delimitar o conteúdo da impugnação propriamente dita.

De maneira ilustrativa, no caso do controle das omissões, a segunda subfase envolverá a ponderação de aspectos como a “suficiência” do ato, nos casos de omissão parcial, e a “razoabilidade” do tempo entre a vigência do mandamento constitucional de regulamentação e a ausência do ato normativo apontado, em todos os casos.

Necessário destacar que, embora não aparente ser assim, essa atividade de análise material também se aplica às impugnações sobre o vício de inconstitucionalidade por ação formal, pois, ainda que não haja mácula à significância do texto em si, circunstâncias fáticas como a insuficiência de *quorum* de aprovação ou falhas no procedimento legislativo serão responsáveis por identificar os contornos do problema constitucional trazido a julgamento.

É por via desse argumento que se pode impugnar, por exemplo, a existência da figura da “ação declaratória de constitucionalidade” no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, as discussões comportadas nessa modalidade processual não se inserem na definição de “problema constitucional” propriamente dito, uma vez que as normas jurídicas já gozam *per se* do atributo da presunção de constitucionalidade, e qualquer dúvida acerca de sua constitucionalidade ou não pode ser evidentemente questionada por meio das ações de controle negativo.

A par disso, devemos destacar que, para o caso das demandas interpretativas manejadas nos recursos constitucionais extraordinários, a primeira subfase da delimitação do problema se insere na análise dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de tal recurso. Já a segunda subfase compreende a análise específica de um destes pressupostos intrínsecos: a averiguação da denominada *repercussão geral*.⁶

Nesse sentido, o instituto da repercussão geral representa a preocupação da conformação do processo com os caracteres da realidade, para além da sua natureza de condição de procedimentalidade. Por isso é que, para o processamento desse tipo de demanda, é necessário analisar se existem “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 102, § 3º, da CRFB).

Sendo assim, a fase tópica de delimitação do problema estará relacionada à análise tanto das condições de procedimentalidade do instrumento processual utilizado como das circunstâncias fáticas do objeto questionado, quer em sede de controle abstrato de constitucionalidade, quer em sede de recurso extraordinário. Dessa forma:

“Pensar o problema” constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme de entendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. (BONAVIDES, 2015, p. 501).

A segunda fase do método reconstrutivo, de sua vez, demonstra a conciliação desta primeira pontuação da tópica aos elementos positivo-formais da discussão jurídica. Nesse momento, o foco passa a ser a norma constitucional parâmetro de controle de constitucionalidade ou o(s) dispositivo(s) constitucional(is) sobre o(s) qual(is) se exija a tarefa de uniformização interpretativa no caso do recurso extraordinário.

A fase da *pré-compreensão*, portanto, já despontada no momento de identificação circunstancial do problema, se completa definitivamente quando se vislumbra a referência jurídica de atuação do intérprete/aplicador: o dispositivo constitucional incisivamente invocado por quem ajuíza a ação ou interpõe o recurso constitucional.

Nesse caso, “[...] a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de ‘compreensão prévia’ (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição” (BONAVIDES, 2015, p. 507). Com isso, a tarefa de interpretação e aplicação das normas constitucionais não

6 O instituto da *repercussão geral* é definido em dois momentos pelo ordenamento jurídico brasileiro: no art. 102, § 3º, da Constituição Federal (“§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”) e no art. 1.035 do Código de Processo Civil de 2015 (“O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”). Sua definição ressalta o grau de abstração desta tarefa relegada ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento dos recursos extraordinários, não dará enfoque às circunstâncias dos casos concretos que os originaram, mas realizará tarefa de uniformização da interpretação constitucional para fins de manutenção da segurança jurídica do ordenamento.

se excederá na missão de compreensão axiológica (dos valores) e teleológica (dos fins) dos dispositivos jurídicos invocados, não havendo que se falar, portanto, nem em “criação judicial de Direitos”, nem em “politização” da decisão jurídica, como vem também destacando parte da doutrina publicista pátria.

A tarefa de “compreensão” dos termos constitucionais, de outra ponta, também não se deve confundir com a mera subsunção do problema ao texto escrito, mas deve sim buscar na redação do dispositivo o seu juízo de finalidade e valor emba-sante. Fazer isso implica trazer o atributo da relatividade dos direitos fundamentais a patamares mínimos, com o propósito de evitar o comprometimento da realizabi-lidade prática do texto jurídico-constitucional.

A fase da pré-compreensão, portanto, pode ser relacionada a aspectos da inter-pretação “construtiva” de Dworkin (1999, p. 119) e de sua concepção do Direito como *integridade*. A delimitação jurídico-constitucional do problema é o que garantirá a segurança jurídica da decisão proferida, fazendo referência tanto ao elemento histórico quanto ao elemento institucional do Direito invocado em juízo. É nessa fase que se ensejará a observância às condições de “[...] certeza, estabilidade e predizibilidade” (SOARES, 2010a, p. 101) da decisão judicial.

É necessário ressaltar que a fase de cognição prévia não se encerra apenas na análise do dispositivo invocado ou das reflexões jurídico-doutrinárias que se tenham dele, mas faz referência também à *interpretação sistêmica*, que, embora seja classicamente criticada pela tópica, faz-se de suma importância para a manutenção da unidade constitucional e da coerência do sistema jurídico. Como dito por Ávila,

[n]o âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exi-gir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado é o *postulado da coerência*, ao impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacio-nar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores. (ÁVILA, 2014, p. 165-166).

Há que se ponderar, portanto, que a visão do Direito como integridade não se completa apenas com a referência à tradição e à história por detrás da norma jurí-dica, mas necessita também da investigação dos efeitos que se pretendem imprimir no futuro por meio da decisão judicial. Com isso se autoriza o prosseguimento às demais fases do método reconstrutivo que têm por intuito específico a função de descortinar as possibilidades jurídicas decorrentes da decisão e os eventuais efeitos práticos que poderão ser sentidos por meio dela.

Seguindo o raciocínio, a etapa da *heterorreflexão*, com permissão da utilização do termo originalmente cunhado por Wálber Carneiro (2011), é o que dará o caráter da “abertura pluralista” ao processo constitucional. Essa ideia se coaduna com a concepção de Peter Häberle (1997), segundo o qual a Constituição é aberta à sociedade plural de intérpretes. A expressão do “atravessamento heterorreflexivo” do processo consti-tucional se dá em vários momentos processuais que permitem a inserção de opiniões, especializadas ou de interesse, auxiliando o julgador em sua atividade decisória.

Para o caso das ações de controle de constitucionalidade, por exemplo, tanto nas modalidades por ação ou por omissão, percebe-se a existência deste momento

processual quando se requer parecer qualificado e opinativo dos órgãos públicos que defendem o interesse público primário (Procuradoria Geral da República) e secundário (Advocacia-Geral da União), além de se ouvir o próprio órgão editor do ato impugnado ou negligenciado a fim de se aferir as razões que possam vir a derrubar a inconstitucionalidade eventualmente invocada.

Para além desses pareceres opinativos, a ordem jurídica também ampliou a participação do cidadão na formulação decisória das ações de inconstitucionalidade ao inserir no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999 a previsão da figura do *amicus curiae*.

De acordo com a recente definição estendida pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 482), esse instituto seria aplicável aos casos de relevância material, utilizando-se da interferência opinativa de interessados e *experts* para iluminar o problema constitucional já “pré-compreendido” por meio de distintas perspectivas que não se inserem apenas no campo jurídico, mas também vão buscar nas áreas sociológicas, econômicas e até mesmo religiosas e morais as respostas que pretendam solucionar a contento o problema exposto:

Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu “desenvolvimento”, a saber, as forças ativas do Direito “em ação pública”. (BONAVIDES, 2015, p. 524-525).

Essa ambivalência demonstra que a tarefa de interpretação e aplicação normativa é um processo dialético que busca ponto de referência no passado, sem deixar de vislumbrar as necessidades do futuro. Por isso é que a chamada “hermenêutica concretizadora” analisa as possibilidades socialmente mais adequadas para os casos analisados.

Essa interseção se completa na quarta e derradeira fase do método reconstrutivo, na qual se faz necessário que o Tribunal se invista de atividade exploratória semelhante, mas não idêntica àquela feita pela atividade política de criação normativa: a atividade de análise de prognósticos, que para fins desse método interpretativo é chamada de fase de *prospecção*.

O exercício da prospecção terá o condão de finalizar a análise do Direito Constitucional em integridade, terminando a investigação de suas relações com elementos afetos às ciências adjuntas e à realidade posta. Isso faz com que o intérprete-aplicador não se limite à averiguação meramente retrospectiva dos sentidos da norma, mas também atue de maneira orientada para o futuro, avaliando as condições de implementação e as possíveis repercussões da defesa ou rechaço de determinado valor abstratamente invocado em juízo.

No caso da resolução das demandas abstratas, Gilmar Mendes pontua que as decisões judiciais, assim como as decisões políticas, devem tomar como base os chamados “fatos e prognoses”. Essa máxima, de sua vez, significa “[...] a indispensabilidade de uma revisão dos dados empíricos e dos prognósticos” (MENDES, 2009, p. 478) adotados ou estabelecidos pelo órgão responsável pelo ato eventualmente impugnado em sede de jurisdição constitucional. Em outras palavras,

[...] a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não um controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de verificar *como* o legislativo examinou

os fatos legislativos, mas *o que*, efetivamente, ele constatou. (MENDES, 2009, p. 478-479, grifos do original).

A prospecção, como fase ligada ao desenvolvimento da tópica constitucional “[...] reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante” (BONAVIDES, 2015, p. 509). Ela é uma das justificativas dogmáticas para o acoplamento entre as teses procedimentalista e substancialista, permitindo a criação de vias argumentativas que se liguem à realidade sem se afastar do paradigma jurídico.

Nesse esteio, torna-se possível buscar um método interpretativo que supere tanto o sociologismo jurídico tradicional quanto o formalismo normativista, de maneira a melhor se adequar à concepção culturalista total da Constituição. Assim, acredita-se que o método reconstrutivo tem o condão de abrir “[...] tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se quer se queira quer não, o elemento predominante, absorve por inteiro o aspecto formal” (BONAVIDES, 2015, p. 507).

Apesar disso, é necessário ponderar que o método reconstrutivo não poderá ser livremente aplicado, pois deverá observar limites, sob pena de ser malversado, causando o efeito contrário ao que se dispõe. Dessa forma, há que se observar determinados limites teóricos e práticos à atuação “reconstrutiva” do Supremo Tribunal Federal, conforme se argumenta no subtópico seguinte.

5.2 · DOS LIMITES

No âmbito da atividade de jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional atrai para si a responsabilidade pelo efetivo implemento de seus mandamentos, sendo que “[...] qualquer deficiência em seu funcionamento, vem a pôr virtualmente em crise todo o sistema” (ENTERRÍA, 2001, p. 157-158, tradução da autora),⁷ seja em virtude de disfunções reveladas por um paternalismo exacerbado da Corte, seja em razão de negligência institucionalizada em sua estrutura de atuação.

Nesse sentido, quanto maior for a responsabilidade do Tribunal Constitucional diante da concretização de direitos fundamentais, maiores também serão os limites impostos para sua atuação, uma vez que a discricionariedade deve ser equilibradamente contida, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade. Sobre isso, destaca Mauro Cappelletti que

[...] o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto processuais quanto *substanciais*. (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24, grifos do original).

Em termos materiais, é evidente que as características da realidade fática e as conclusões sobre os contornos sociológicos da comunidade devem ser levadas em

⁷ “La responsabilidad de éstos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero.”

conta quando do estudo das formas ideais e dos limites de atuação do Tribunal Constitucional. Dessa maneira, os elementos da realidade fática e as repercussões em outras áreas científicas serão irremediavelmente analisados pelo Tribunal.

As teses construídas, apesar de estarem ligadas à tentativa de desconstrução de fatores culturais que ainda se inserem de maneira muito forte na sociedade brasileira como o patrimonialismo, o clientelismo, a impunidade, a corrupção, a burocracia de entrave, o formalismo positivista e o casuísmo (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 173), não perdem de vista a necessidade de se justificar e analisar as questões pontuadas sob o ponto de vista jurídico. Sobre isso, destaca Enterría:

Em definitivo, o Tribunal Constitucional não pode ser cego às consequências políticas de suas decisões. “Mas essas consequências só podem ser tomadas em conta no marco das possibilidades abertas do ordenamento, podendo contribuir a consideração de potenciais consequências de sua sentença ao descobrir o direito ‘justo’ e a construir interpretações jurídicas com uma ou outra correção às quais não se chegaria se não tivesse em vista este resultado.” (ENTERRÍA, 2001, p. 183-184, tradução da autora).⁸

Os limites substanciais, então, iluminam não apenas a atuação do julgador, mas também as do legislador e do administrador, todos eles sujeitos aos termos dos reconhecidos princípios de proporcionalidade e razoabilidade das decisões estatais. Por isso é que se considera que as ideias de *proibição de excesso* e de *vedação ao retrocesso* devem vincular não apenas os representantes eleitos da população, mas também o órgão exercente da jurisdição constitucional devido à legitimidade democrática de sua atividade (MENDES, 2009, p. 47).

Como lecionado por Gilmar Mendes (2009, p. 400), a existência de órgão judicial incumbido de exercer o controle constitucional “[...] impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um dever de racionalidade (*Zwang der Rationalität*) na concretização da Constituição”. Essa imposição, então, não estará limitada à instância de poder fiscalizado, mas também vinculará a decisão daquele que fiscaliza.

A proibição das restrições excessivas intenciona não outra coisa, a não ser a incorporação da “justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa” (ÁVILA, 2014, p. 47). Esta aplicação racional de justificação por meio de finalidades normativas da Constituição terá o condão de diluir eventuais influências partidárias que possam vir a despontar em virtude da natureza política da indicação dos ministros do Supremo, fazendo com que seu “notável saber jurídico” se sobreponha a eventuais sentimentos de clientelismo que ensejem favoritismos políticos em suas decisões.

Vale referir, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, na condição de instância judiciária de poder, não poderá agir, a não ser mediante a devida provocação (*princípio da inércia*) e que, diante do grande impacto das questões que se veiculam nas atividades da Corte, essa regra sofre maior restrição ainda, sendo capazes de

8 “En definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. Pero “esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el Derecho ‘justo’ y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado.”

provocar o controle de constitucionalidade, por exemplo, apenas os legitimados que estão elencados no limitado rol do art. 103 da CRFB.

Trata-se da regra segundo a qual “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, vale dizer, com palavras diversas, mas com igual significado “*nemo iudex sine actore*”. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999, p. 76).

A par disso, há que se dizer que a própria forma de organização colegiada do Tribunal é uma das garantias que tem por intuito evitar a atuação parcial dos membros da Suprema Corte, como bem destaca Virgílio Afonso da Silva (2013, p. 562), ao conceituar o chamado *princípio da colegialidade*:⁹

A colegialidade implica, entre outras coisas, (i) a disposição de trabalhar em equipe; (ii) a ausência de hierarquia entre os juízes (pelo menos no sentido de que os argumentos de todo e qualquer juiz têm o mesmo valor); (iii) a vontade de ouvir argumentos apresentados por outros juízes (ou seja, estar aberto a ser convencido por bons argumentos de outros juízes); (iv) uma ação cooperativa no processo de tomada de decisão; (v) respeito mútuo entre juízes; (vi) a disposição de falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos, mas como uma instituição (consenso buscando deliberação). (Tradução da autora).

Apesar disso, ainda é possível ver que decisões liminares, unilateralmente emitidas pelos relatores das ações, vigem por tempo suficiente para impactar de maneira unívoca as questões trazidas à discussão nas ações da jurisdição constitucional. Sendo assim, não se pode descartar que, para qualquer momento processual em que se insiram, as decisões no âmbito da jurisdição constitucional, sejam unilaterais ou colegiadas, sejam precárias ou definitivas, repercutem inevitavelmente no âmbito coletivo, demonstrando que essa nova visão processual “[...] torna superada a visão que distinguia a decisão judicial como circunscrita aos litigantes e a decisão política como universal e aplicável a todos os casos” (CAMPILONGO, 2011).

A possibilidade do cometimento de arbitrariedades deverá ser refreada pela própria ideia de legitimidade da justiça constitucional, que deverá estar embasada tanto no atendimento às exigências da segurança jurídica quanto da aceitabilidade racional da decisão jurídica (HABERMAS, 1997b, p. 246). Essa técnica, originariamente usada por Habermas (1997a) para a obtenção de juízos ideais em casos concretos, também será aplicável às demandas abstratas, apontando-se para o pensamento sintetizado por Farber e Sherry, segundo os quais “[...] as decisões judiciais devem estar embasadas em fatores jurídicos relevantes, explicitar os fundamentos da Corte e demonstrar discernimento na aplicação desses fatores” (FARBER; SHERRY, 2008, p. 42, tradução livre).¹⁰

9 “*Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to be convinced by good arguments from other judges); (iv) a cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation).*”

10 “[...] *judicial decisions should rely on legally relevant factors, explain the court’s reasoning, and exhibit good judgement in applying those factors*”.

Com base nessa assertiva, conclui-se que essas duas bases de sustentação das decisões judiciais serão reveladas pelo que consideramos como sendo o maior e mais importante de todos os limites da atuação, não só da Suprema Corte mas também de todo o Poder Judiciário: o *dever de fundamentação*.

Esse dever institucional, hoje expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal, determina que “[...] a legitimidade da justiça constitucional também encontra justificativa na aceitação de suas decisões pela opinião pública, razão porque todas as suas manifestações devem ser públicas e fundamentadas” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 400). Dessa forma, infere-se que quanto mais inovadora for uma sentença, maior será o esforço de fundamentação para se demonstrar sua legitimidade e racionalidade.

Isso quer dizer que “[...] o dever de motivação guarda correspondência com o sistema da livre convicção, visto que, quanto maior for o poder discricionário do magistrado, mais importante será a necessidade de fundamentar sua decisão” (SOARES, 2010a, p. 169). Tanto é assim que a redação do novo Código de Processo Civil vinculou casos de nulidade de sentença à falta ou insuficiência de fundamentação satisfatória.¹¹

Em verdade, o dever de fundamentação pode ser considerado como a dimensão objetiva fundamental do *direito à publicidade*, e sua finalidade como princípio jurídico basilar será não outra que a de “[...] assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiosincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 359).

Assim, o dever de fundamentação, quando devida e satisfatoriamente cumprido pelo Tribunal, terá o condão de fazer com que a decisão jurídica ganhe força junto à realidade social, transmutando as intenções prescritas pelo texto constitucional à realidade prática do contexto em que se insere, sem se desviar do seu caráter jurídico de origem.

Dessa forma, também será mantido o canal comunicativo entre o Judiciário e o cidadão na qualidade de jurisdicionado, não havendo que se falar em “risco democrático” pela atuação substancial do Tribunal. Nesses termos:

A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui mera *possibilidade de Direito*. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. (ÁVILA, 2014, p. 44, grifo da autora).

Expressão salutar disso e iniciativa pátria de aplicação exemplar para os demais países de regime democrático é o televisionamento das sessões do Supremo.¹² Esta

11 O art. 489 do CPC/2015 elencou como elemento essencial da sentença o capítulo dos fundamentos, no qual o juiz irá analisar as questões de fato e de direito aduzidas pelas partes. Seu § 1º leciona sobre as hipóteses de não fundamentação que ensejam a aplicação da pena de nulidade de sentença, figurando entre elas os casos de “limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inciso I), bem como de “limitação à invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V).

12 Sobre esse ato de ampliação da publicidade em torno das atividades do Supremo, dispõe a seguinte reportagem vinculada pelo sítio eletrônico da instituição: “[...] em 14 de agosto de 2002, a TV

iniciativa demonstra o quão importante se faz também a operação de fiscalização ou *accountability* popular do acerto decisório do Tribunal, revelando ao público os fundamentos racionais utilizados pelos ministros e as razões expostas pelos participantes do processo, e entre eles também os *amici curiae*. Essa observação já teria sido feita por Cappelletti, no seguinte sentido:

[...] os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização contínua do público. (CAPPELLETTI, 1999, p. 98-99).

Não é sem razão que atualmente vemos os ministros do Supremo figurarem em capas de revista de grande circulação, elaborando-se grandes reportagens para discutir na imprensa de massa sobre os impactos das decisões do STF, principalmente em questões de natureza sensível, como são os casos do aborto, da legalização da maconha, do reconhecimento da união homoafetiva, entre outros que merecem atenção especial do público.

Essa exposição, diga-se de passagem, comporta o risco apontado por Ingeborg Maus (2000, p. 185), de que os ministros da Suprema Corte cheguem a ser considerados como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito” pela população, chegando-se a se produzir intensas biografias sobre suas vidas pessoais, a despeito da importância social objetiva das questões que são por eles tratadas. Embora a intenção de Maus com essa pontuação seja a de criticar as posturas paternalistas frente ao Tribunal como forma de “dilapidação democrática”, há que se ponderar que esse é um problema ao qual está exposto todo e qualquer país em que seja salvaguardada a liberdade de imprensa, já que também este é um direito de cunho fundamental.

Apesar disso, a influência midiática, não deverá ser determinante para o julgamento dessas demandas, invocando-se que os princípios de direito fundamental sejam analisados de maneira coerente pela Suprema Corte, sob pena de cometimento de arbitrariedades em prol de clamores sociais cambiantes, não relacionados aos objetivos fundamentais da República.

Essa constatação, de sua vez, só vem a reforçar a ideia da importância das funções do Tribunal Constitucional na conformação da realidade prática, apesar de não ser sua atuação o caso de exercício da política. Esse posicionamento não poderia buscar melhor arrimo que na transcrição da seguinte ideia desenvolvida por Enterría:

É precisamente essa qualificação estritamente judicial, aplicada a uma matéria tão transcendental e tão sensível para o corpo político e social, a qual exige de maneira particular às sentenças constitucionais que intensifiquem a exigência

Justiça iniciou as transmissões ao vivo das sessões plenárias do STF. A aproximação do STF com os cidadãos, através dos meios tradicionais de comunicação e também das novas mídias, como *YouTube* e *Twitter*, coloca a Corte na vanguarda da comunicação social/institucional no cenário mundial. O STF foi o primeiro tribunal do mundo a transmitir seus julgamentos ao vivo por meio de canais próprios: a TV Justiça e a Rádio Justiça. Além de transmitirem as sessões plenárias na íntegra, as emissoras divulgam as ações, explicam as questões tratadas nos principais processos e promovem aulas e debates em linguagem acessível, com o objetivo de aproximar o Judiciário do cidadão. O exemplo brasileiro já está sendo seguido pelo México e Reino Unido.” (Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms. Acesso em: 1º ago. 2020.

comum da motivação de todo ato judicial, a de apresentar-se como “*principializada*” (*principled*), justificada de uma maneira detalhada e explícita em princípios que transcendam a apresentação singular do caso, princípios que aqui precisamente não de ser os princípios expressos na Constituição ou dedutíveis dos mesmos com clareza. (ENTERRÍA, 2001, p. 235, tradução da autora).¹³

Seguindo o raciocínio estabelecido, então, todos esses limites às potencialidades decisórias possuem como finalidade a necessidade de manutenção da coerência do sistema jurídico-constitucional. De se ressaltar, nesse sentido, que o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a importância e a vinculatividade da observância do *princípio da coerência* pelos tribunais ao dispor, no seu art. 926, que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Para descortinar o balizamento doutrinário que é dado pelo postulado da coerência, é preciso ter em mente que ele comporta duas faces: uma formal e outra substancial. Enquanto a face formal compreende a coerência como “consistência” e “completude”, a coerência substancial existe

quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade da outra e vice-versa). (ÁVILA, 2014, p. 170).

É esse sobreprincípio de coerência substancial que permite, por exemplo, a formulação de construções como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para fins de segurança jurídica, ou a possibilidade de determinada regra abstrata ser derogada por violação a princípios materiais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o mínimo existencial.

Para a concretização desses valores, no entanto, é necessário o aperfeiçoamento das técnicas judiciais de decisão, de maneira a torná-las mais apropriadas à realidade do cotidiano brasileiro. Essas técnicas devem, portanto, manter-se condizentes com os ditames constitucionais sem perder o atributo da efetividade no âmbito das relações sociais por eles regidas.

6 · CONCLUSÃO

No bojo do presente artigo, objetivou-se a construção de parâmetros teóricos que autorizassem a operacionalização de direitos fundamentais da forma mais abrangente possível pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento das demandas abstratas apresentadas em sede de jurisdição constitucional. Sem se descuidar dos perigos e riscos que envolvem a atividade de impulsionamento institucional aos valores primordiais do Estado, o intuito foi o de justificar a atividade de efetivação dos direitos fundamentais pelo prisma da juridicidade, em detrimento da crítica sobre possíveis ingerências políticas do órgão jurisdicional no exercício da referida atuação.

13 “*Es precisamente esa calificación estrictamente judicial, aplicada a una material tan transcendental y tan sensible, para el cuerpo político y social, la que exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como principled, justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso, principios que aquí han de ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad.*”

Assim, justifica-se neste estudo que o regular exercício da jurisdição constitucional em torno dos direitos fundamentais não significa, por si, o extrapolar de suas atribuições ou ainda o enfraquecimento da democracia. Em outras palavras, não significa confiar ao juiz constitucional todo o sucesso ou insucesso do regime democrático, depositando nele uma “competência ilimitada” ou responsabilizando-o por aplicar a chamada “justiça total” (GARAPON, 2001, p. 25).

Sua missão seria, em verdade, a de corresponder (no sentido de responder solidariamente) às expectativas sociais existentes, não havendo que se falar em atuação arbitrária quando o que se estiver a fazer seja a correção das disfunções sistêmicas ou o impulsionamento dos valores expressos no texto constitucional para dentro da realidade na qual se queira aplicá-los.

Posturas em contrário reforçariam as figuras do “Estado Legal” ou “Estado Providência” em suas formas puras, em detrimento das pretensões do “Estado Democrático Constitucional de Direito”, que pretende garantir os direitos fundamentais em todas as suas frentes, elevando o seu potencial de também conformar a realidade e cumprir com sua força normativa. Nesse sentido, a adoção de uma concepção cultural total da Constituição é o primeiro passo para o fomento da jurisdição constitucional efetiva em torno dos direitos fundamentais.

Cabe, sob essa égide, analisar os problemas constitucionais trazidos sob a conjectura social vigente, havendo que se estabelecer constante raciocínio de sopesamento circunstancial, sob pena de a jurisdição constitucional funcionar meramente como instituto de preservação do *status quo* vigente, preservando situações jurídicas que são lesivas aos direitos fundamentais de determinadas categorias de pessoas humanas, especialmente aquelas mais vulneráveis e historicamente excluídas do processo decisório.

Tal fato indica que a atuação da Corte Constitucional não deve estar restrita à atribuição procedimental de subsunção às regras do processo democrático, mas também deve estar atenta à realidade vigente para conduzir a sociedade à concretização ampla dos valores mais comezinhos que por ela mesma foram consagrados no âmbito da sua Carta Constitucional.

Em outras palavras, aos grandes poderes concedidos àqueles que estão na ponta da cadeia jurisdicional brasileira deve corresponder a responsabilidade não apenas de preservar a ordem constitucional vigente, mas também de adequar a realidade ao ideário expresso, sob pena de esvaziamento da força normativa do documento fundamental democraticamente formulado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*: ISBN: 9788502129795. Acesso em: 23 mar. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001.
- FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. *Judgement calls: principle and politics in constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. II.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010a.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010b.

OS DIREITOS DAS VÍTIMAS E DA SOCIEDADE E OS FINS DA PENA

Galtiênio da Cruz Paulino¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Os fins da pena e o princípio da proporcionalidade. 3 A aplicação do direito penal e os direitos da vítima. 4 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

A convivência pacífica entre os integrantes de uma sociedade pressupõe a limitação das liberdades individuais em face do interesse maior da coletividade, buscando proteger os valores sociais mais importantes. Essa ideia serve de fundamento para o poder punitivo estatal, que, por outro lado, deverá atuar de uma forma que restrinja minimamente os direitos individuais das pessoas.

Essa atuação minimamente restritiva pressupõe a observância dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que os assegura um processo justo, baseado na dignidade da pessoa humana e no princípio da presunção de inocência. O Estado pressupõe um atuar negativo na defesa dos direitos fundamentais do acusado, que é enquadrado como um sujeito de direitos, não como um objeto processual (PAULINO, 2019).

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a proteção dos direitos fundamentais deve ocorrer de maneira integral, não apenas sob a perspectiva do acusado, mas também da vítima e da sociedade, surgindo o dever de proteção estatal, que se obriga a agir em defesa de todos os direitos fundamentais envolvidos (BARATTA, 1999). Atualmente, “as liberdades individuais não podem mais ser vistas com tom absoluto ou contraditório para com os demais direitos fundamentais” (MAGALHÃES, 2010, p. 186).

Nesse cenário, a análise mais acertada a se fazer dos direitos fundamentais é com base na concepção que melhor adequa os conflitos intradireitos fundamentais e interdireitos fundamentais e entre os direitos fundamentais e os demais direitos protegidos no ordenamento jurídico (MORESO, 2005).

Sob essa perspectiva, em um regime democrático não são admissíveis decisões que possam macular direitos fundamentais, devendo ser escolhida a interpretação

1 Procurador da República. Ex-membro auxiliar do Procurador-Geral da República na Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal (2018/2019). Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Doutorando em Direito pela Universidade do Porto – Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

que dê a melhor solução para os casos de conflito de direitos, não se adotando a falsa ideia de que as relações jurídicas decorrem, apenas, da contraposição entre os direitos e os deveres (HOHFELD, 2004).

É sob essa concepção holística de direitos fundamentais, englobando os direitos do acusado, da vítima e da sociedade, que se demonstrará ao longo desse artigo a necessidade de as penas impostas nas condenações penais atingirem seus fins, necessários para efetivação do direito da coletividade e da vítima a uma sociedade justa.

Para tanto, será realizada uma análise inicial sobre os fins almejados por meio da imposição de uma pena, que só serão atingidos por meio de uma sanção que se funda no princípio da proporcionalidade, necessário para que ocorra a proteção penal das vítimas de um delito.

2 · OS FINS DA PENA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A natureza social do ser humano necessita da fixação de regras voltadas à regulação das condutas socialmente relevantes, as quais irão constituir a denominada ordem social. Essa é incorporada pelas pessoas ao longo da vida por meio de um processo educativo, e sua violação “acarreta sanções, tais como o castigo familiar, a reprovação escolar, a proibição de frequentar uma missa ou de praticar um esporte coletivo” (JAPIASSU; SOUZA, 2016, p. 208).

Essas sanções, de natureza não penal, porém, representam uma forma de controle insuficiente para assegurar uma convivência harmônica em sociedade, necessitando-se da atuação do Estado para se restabelecer a harmonia. Essa restauração da ordem será realizada pelo Estado por meio das sanções penais. Nessa esfera, a ordem jurídica é composta, entre outros, pelo Direito Penal, que atua controlando comportamentos por meio das penas ou sanções penais.

É a natureza da sanção jurídica que distingue o Direito Penal das demais esferas jurídicas. Diferentemente das sanções cíveis, as sanções de natureza penal são voltadas para a reparação do dano e possuem caráter retributivo. Essas sanções são conceituadas por Japiassu e Souza como “a perda de um direito imposta pelo Estado em razão do cometimento de uma infração penal” (2016, p. 209).

A pena, porém, incidirá de diversas formas, a depender da configuração de Estado adotada. Em um Estado Liberal, o poder punitivo do Estado é limitado sob a perspectiva da retribuição. Nos Estados Sociais, a pena possui o fim de prevenção especial. Estados Sociais e Democráticos de Direito assumem uma perspectiva sancionatória de prevenção limitada. Esse *jus puniendi* se centraria em limites sustentados nas pilstras do Estado de Direito, do Estado Social e do Estado Democrático. A primeira barreira, inerente ao Estado de Direito, é o princípio da legalidade. A segunda, atinente ao Estado Social, está relacionada com a função de prevenção da pena, enquanto o Estado Democrático “obriga no possível a pôr o Direito penal a serviço do cidadão, o que se pode ver como fonte de certos limites que se associam ao respeito de princípios como os da dignidade humana, igualdade e participação do cidadão (PUIG, 2006, p. 94).

O princípio da legalidade impõe um contexto de segurança jurídica (todos conhecem previamente as condutas consideradas criminosas e as respectivas

penas) e de garantia política (crimes e penas devem ser admitidos pela sociedade) (PUIG, 2006, p. 106).

Por sua vez, os limites à pena impostos em um Estado Social resultam, inicialmente, do princípio da utilidade da intervenção penal, por meio do qual o Direito Penal é legítimo quando sua intervenção gerar utilidade para a sociedade. Isso sob o enfoque do princípio da necessidade, do princípio da subsidiariedade e do caráter fragmentário do direito penal. Além disso, a pena é limitada pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. O Direito Penal nos Estados Sociais volta-se para a proteção da sociedade por meio dos bens jurídicos tutelados e da cominação, aplicação e execução da pena (BATISTA, 2011, p. 113). Nos Estados Democráticos, os limites resultam dos princípios da humanidade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da ressocialização (PUIG, 2006, p. 122).

Em razão dos diversos limites impostos pelas diversas formas de Estado, a pena assume inúmeras funções, que irão variar de acordo com a teoria adotada. Um primeiro grupo teórico a tratar dos fins das penas é formado pelas teorias absolutas, centradas na ideia de justiça. A pena assume um caráter eminentemente retributivo, com necessidade de punição de todos os responsáveis pelo cometimento de um delito. As teorias absolutas ou retributivas sustentam-se na ideia de que a culpabilidade do agente é compensada pela incidência de uma sanção penal. A pena é um pressuposto de justiça, bem como o meio capaz de restabelecer o direito violado (ROXIN, 1986, p. 16). Não há efeitos secundários da pena, que estaria voltada apenas para o presente, sem reflexos futuros. A pena é direcionada, especificamente, para o delito praticado.

Essas teorias advêm de uma concepção absolutista de Estado, identificado como soberano e cujo poder tem origem divina. Com a adoção do modelo liberal de Estado, a pena passou a ser adotada como retribuição à violação da ordem posta e, além disso, essencial para a restauração da ordem jurídica maculada. A pena assume exclusivamente a função de “fazer justiça”. Com a simples aplicação da pena, a justiça estaria feita (BITENCOURT, 2011, p. 119).

Em termos retributivos, a pena representa um mecanismo consequencial justo e equilibrado para a punição da conduta reprovável. Sempre deve haver uma relação de proporcionalidade entre o fato enquadrado como crime e a respectiva pena, tanto no momento da elaboração normativa como no da respectiva aplicação. Não é cabível, portanto, intervenções excessivas, nem por demais insuficientes.

Por outro lado, existem as teorias relativas, sustentadas em uma perspectiva utilitarista. Por meio dessas teorias, defende-se que a principal função da pena é prevenir que outros delitos venham a ocorrer, não a punição em si. A pena é voltada para efeitos futuros.

Essa perspectiva preventiva da pena se divide em duas espécies, a prevenção geral e a prevenção especial. Por meio da primeira, a sanção penal é direcionada à sociedade, em especial aos potenciais delinquentes, visando intimidá-los a não cometerem crimes. Por sua vez, a prevenção especial se volta para o autor do crime, para que não volte a praticar novos delitos.

A função preventiva da punição penal encontra-se, inclusive, consagrada no preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, na parte

“Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes [...]” (BRASIL, 2002).

A prevenção geral leva em consideração os efeitos intimidativos da pena de maneira geral. Uma das principais críticas que essa teoria recebe é o fato de, em tese, não admitir a punição individual como forma de produzir efeitos sobre a sociedade. Tal noção atenta contra a dignidade do ser humano, que estaria sendo utilizado como mecanismo para um fim coletivo. A teoria da prevenção especial, por seu turno, não tem como escopo, a princípio, a punição do fato passado, mas a prevenção da prática de novos delitos por meio da ressocialização, a intimidação do agente responsável pelo delito e, em último caso, a privação da liberdade dos que não puderem ser corrigidos nem intimidados. Essa teoria é falha em razão de impossibilitar a delimitação do conteúdo do poder punitivo estatal, impossibilitando também a delimitação temporal da punição (ROXIN, 1986, p. 20).

A sistemática da prevenção também é dividida em positiva e negativa. A prevenção positiva é voltada para o restabelecimento da confiança no ordenamento jurídico, violada pela ocorrência do crime. A perspectiva negativa sustenta-se na ideia de que as penas têm a função de prevenir a prática de delitos (JAPIASSU; SOUZA, 2016, p. 211). É sob o viés positivo que se sustenta a defesa dos direitos da vítima, no que diz respeito à incidência das penas.

Por fim, surgem as teorias mistas ou unificadoras, que combinam as funções da sanção penal defendidas pelas teorias absolutas (retributividade) e pelas relativas (prevenção geral e especial). Trata-se da atuação da pena voltada para o passado (retribuição) e para o futuro (prevenção).

As teorias unificadoras centram-se nos pontos positivos das demais teorias, em decorrência das três formas pelas quais o Direito Penal se relaciona atualmente com o indivíduo: ameaça, imposição de pena e execução de pena. Cada uma dessas relações está associada à perspectiva de uma das teorias sobre a função da pena, o que justifica a unificação de todas. A ameaça, vinculada à cominação legal, tem relação com a prevenção geral. Por sua vez, a imposição de pena, atinente à sentença, diz respeito à teoria retributiva. Por fim, a execução da pena, referente à prevenção especial, deve ocorrer da maneira que melhor iniba o autor de um crime de voltar a delinquir.

A retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial apresentam-se como fins da pena que devem ser perseguidos de maneira simultânea. Nenhum dos referidos fins, de maneira isolada, é capaz de determinar o conteúdo e os objetivos da pena.

É por meio da observância dos três fins da pena que será respeitado o direito fundamental da vítima à justiça. É, inclusive, sob a perspectiva de proteção dos direitos humanos, que a obrigação dos Estados de criminalizar e punir determinadas condutas se apresenta como uma forma de implementar uma efetiva proteção desses direitos, abarcando também os direitos das vítimas que foram violados.

A sanção penal se apresenta, desse modo, com uma finalidade específica, resultante dos fins gerais da pena, de justiça às vítimas. Essa função foi devidamente explicitada no Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia, no caso *Prosecutor v. Nikolic*, no qual restou consignado que as punições aos crimes cometidos também devem atender aos anseios das vítimas por justiça (2003).

Em termos internacionais, a proteção das vítimas, por meio da prevenção da violação de direitos humanos sob a perspectiva penal, está presente, de maneira

expressa, em alguns tratados internacionais de direitos humanos, como: Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis (artigo 4º), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 4º, *a*), Convenção Interamericana para Prevenir e punir a Tortura de 1985 (artigo 1º), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher (artigo 7º, *d e e*), Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (artigo 5º), Estatuto de Roma (artigo 6º – enquadra o crime de genocídio como delito internacional) e as quatro Convenções de Genebra de 1949 (consagram os crimes de guerra).

No Brasil, os seguintes diplomas normativos são apresentados como de efetiva proteção das vítimas: Lei n. 9.455/1997 (tortura), Lei n. 7.716/1989, Código Penal (art. 140, § 3º – preconceito), Leis n. 10.886/2004 e n. 11.340/2006 (violência contra a mulher), e Lei n. 2.889/1956 (genocídio).

A pena, ao ser imposta e executada, deve ser capaz de, ao mesmo tempo, atingir os fins expostos e de demonstrar a efetividade do Direito Penal e do Direito Processual Penal, consistentes na capacidade de restabelecer a ordem violada, de punir os infratores, de realizar a justiça em favor da vítima, bem como de prevenir que o infrator ou mesmo outros membros da sociedade venham a cometer novos delitos. Isso, ante a força persuasiva da pena e das referidas esferas jurídicas, em consonância com os anseios da sociedade.

A proteção internacional aos direitos humanos estabelece uma série de direitos e de obrigações para o acusado, ao tempo que impõe que as violações de direitos humanos sejam efetivamente punidas.

Nesse cenário, há, em nível internacional, uma estrutura normativa voltada à proteção aos direitos humanos que tem como foco a vítima. Nesse sentido, a Resolução n. 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2005 (ONU, 2005), que consagra princípios voltados à reparação das vítimas de graves violações de direitos humanos.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais têm duas dimensões. Os direitos fundamentais (ou direitos humanos) possuem uma dimensão subjetiva (os beneficiários da proteção são dotados de direitos subjetivos) e outra objetiva (deveres de proteção por parte do Estado). A primeira dimensão diz respeito aos direitos de proteção dos indivíduos e de exigência de respeito frente ao Estado. Por sua vez, a dimensão objetiva apresenta-se como um conjunto de regras que se impõe, normalmente ao Estado, com o fim de que os direitos dos indivíduos sejam implementados e se desenvolvam (RAMOS, 2016, p. 267).

Desse modo, os direitos fundamentais das vítimas, sob o viés da dimensão subjetiva, devem ser respeitados pelo Estado, assim como incumbe ao Estado a promoção dos direitos fundamentais destas, a qual, no caso de violação, ocorrerá por meio de uma punição que seja capaz de florescer os objetivos almejados pelas penas, prevenção geral, especial e punição.

Nesse diapasão, em um Estado Social e Democrático de Direito, deve-se sempre objetivar a proteção de todos os integrantes da sociedade (FISCHER, 2006). O direito penal e o direito processual penal devem se voltar, com a aplicação da pena, para prevenir a ocorrência de novos crimes, o que implica um contexto de garantia e de restrição de direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade,

inclusive dos indivíduos que violam as normas postas, protegendo-se, por conseguinte, os direitos fundamentais das vítimas.

Desse modo, para que ocorra *justiça à vítima*, possível por meio de uma sanção jurídica que atinja os fins a que se propõe, mostra-se necessário aferir a capacidade da sanção imposta de atingir seus objetivos por meio do princípio da proporcionalidade. Este princípio poderá melhor adequar os direitos fundamentais em conflito em um contexto de análise de uma prática delitiva.

O princípio da proporcionalidade engloba um aspecto positivo e outro negativo. Por meio do primeiro aspecto, proíbe-se a proteção deficiente de qualquer direito fundamental, comumente presente em decisões criminais desprovidas de efetividade; pelo segundo, há proibição de excessos, consistente no respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por conseguinte, não se pode interpretar um direito fundamental como absoluto, principalmente quando há aparente conflito entre direitos fundamentais. Não se admite que os direitos fundamentais de um acusado se sobreponham aos direitos fundamentais da sociedade e da vítima.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais do acusado, da sociedade e da vítima, em um contexto delitivo, deve sempre ser respeitado, sob pena de se incidir em uma grave violação de direitos fundamentais. Ao acusado, deve-se ao máximo buscar garantir seu direito à presunção de inocência, a um processo justo etc., ao mesmo tempo que deve efetivamente ser punido, no intuito de resguardar o direito à segurança da sociedade e à justiça da vítima.

Deve-se ter em mente que os próprios fins da pena – retributivo e preventivo (geral e especial) – só serão atingidos por meio de um processo eficiente que resguarde os direitos, deveres e garantias fundamentais dos envolvidos (acusado, sociedade e vítima).

3 · A APLICAÇÃO DO DIRETO PENAL E OS DIREITOS DA VÍTIMA

A violação da ordem jurídica, em razão da prática de um crime, deve ensejar, em regra, a punição do autor, por meio de uma sanção célere, equivalente à gravidade da conduta e que produza na sociedade a sensação de respeito à segurança pública e de justiça.

A aplicação dessa sanção deve passar por um procedimento persecutório penal que assegure ao acusado, em todas as fases, o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Essa sanção deve ser *justa* para o acusado, para a vítima e para a sociedade.

Para o acusado, a *justiça* da sanção decorrerá da observância do devido processo legal, por meio do qual lhe serão assegurados, entre outros direitos e garantias fundamentais, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Essa presunção será respeitada por meio da não diferenciação por tratamento restritivo da liberdade antes de uma decisão condenatória, bem como da necessidade de ocorrer uma solução processual célere que ponha fim aos questionamentos à inocência do acusado presentes no curso de uma persecução penal.

Para a sociedade e para a vítima, ocorrerá *justiça* se, após o devido processo legal, o acusado for celeremente punido em condições equivalentes à violação à ordem jurídica que ocasionou. Essa punição deve ser aferida com base nos fins da pena que, caso atingidos, ensejarão a consagração da *justiça* em favor da sociedade e da vítima.

Essa *justiça* ainda só será possível, sem se olvidar dos direitos fundamentais do acusado, caso a pena seja capaz de retribuir a violação praticada pelo acusado, de retirar do acusado o anseio de praticar novo delito e de fomentar na sociedade a ideia de que a ordem jurídica não deve ser violada.

Para efetivamente atingir esses fins, a pena deve ser aplicada em consonância com o princípio da proporcionalidade, respeitando o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais envolvidos, não apenas os do acusado, proporcionando uma proteção efetiva e evitando excessos de restrições desses direitos.

Essa perspectiva centra-se na sistemática da pena de prevenção positiva e negativa. Por meio da prevenção positiva, objetiva-se o restabelecimento da confiança da vítima e da sociedade na ordem jurídica, ao mesmo tempo que, sob o viés negativo, a pena deve prevenir a prática de novos delitos.

Portanto, os direitos fundamentais sempre devem ser analisados de maneira holística, inclusive em um contexto de violação da ordem sob a perspectiva criminal. Por conseguinte, deve-se restabelecer a ordem jurídica observando não apenas os direitos fundamentais do acusado, que deverão ser restringidos em proporção ao grau de violação ocasionado pela infração penal praticada. Além disso, a sanção penal a ser imposta deverá ser suficiente para fazer valer os fins da pena, necessários para que ocorra uma efetiva proteção dos direitos fundamentais da sociedade e do acusado. O direito de todos à justiça sempre deverá ser respeitado.

4 • CONCLUSÃO

Em um contexto de prática delitiva, deve-se levar em consideração o respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos: acusado, vítima e sociedade. Uma visão monocular sobre os fatos, ou seja, de observância dos direitos fundamentais exclusivamente do acusado, ocasiona um contexto de grave violação dos direitos fundamentais dos demais personagens envolvidos, no caso a vítima e a sociedade.

A punição efetiva e eficiente de uma infração penal é uma forma de se fazer valer o direito fundamental da sociedade à segurança e o direito fundamental da vítima à justiça.

Par tanto, a sanção penal deve atingir seus fins – retributivo, de prevenção especial e de prevenção geral –, devendo ser fixada em consonância com o princípio da proporcionalidade, incidindo para evitar punição excessiva bem como proteção deficiente dos direitos envolvidos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, p. 89-114, n. 2, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BRASIL. *Decreto n. 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 ago. 2020.
- FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. 2. ed. México: Fontamara, 2004.
- JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 207-222, 2016.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista SJRJ*, v. 17, n. 29, p. 185-197, 2010.
- MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Resolução 60/147*, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- PAULINO, Galtieni da Cruz. *A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência*. Uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.
- ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 15-17.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Nikolic*. Julgamento de 2 de dezembro de 2003, parág. 89-90. Disponível em: <http://www.icty.org/>. Acesso em: 2 ago. 2020.

“AQUI NÃO TEM MUITA COISA”

Os desafios vivenciados por mulheres de Pintadas-BA no enfrentamento da violência doméstica e familiar

Geiziane Oliveira de Jesus¹

Márcia Santana Tavares²

Sumário: 1 Introdução. 2 Caminhos metodológicos. 3 O município de Pintadas e as barreiras locais no enfrentamento da violência doméstica e familiar. 4 Relatos das participantes do estudo: os desafios no enfrentamento da violência doméstica e familiar. 5 Reação/enfrentamento à violência doméstica e familiar. 6 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

A Declaração Sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (1993) reconhece que a violência constitui uma violação dos direitos e liberdades fundamentais das mulheres, sendo resultado de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Trata-se de um problema histórico que continua a afetar profundamente as sociedades contemporâneas, ultrapassando fronteiras geográficas, sociais, atingindo mulheres de todas as idades, classes, religiões, raças/etnias, orientações sexuais, escolarização e diferentes origens. Não obstante seja praticada em diversos espaços, o local de maior ocorrência é no âmbito doméstico e familiar, principalmente por parceiros (namorados, maridos, ex-namorados, ex-maridos, companheiros).

Em que pese a violência atingir todas as mulheres indistintamente, algumas pertencentes a grupos minoritários são consideradas mais vulneráveis ao problema, como aquelas residentes em municípios de pequeno porte,³ predominantemente rurais, como é o caso de Pintadas-BA.

Muito embora possa ser considerado um dos grupos mais vulneráveis, a problemática de mulheres em situação de violência em municípios de pequeno porte, predominantemente rurais, ocupa um espaço reduzido em estudos e pesquisas. A carência de pesquisas não significa que não exista violência sexista nesses espaços ou que os índices são menores, apenas evidenciam que a atenção em torno dessas mulheres é secundarizada tanto pelas academias, quanto pelo próprio Estado.

1 Graduada em Direito. Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismos pela UFBA. Servidora pública do Tribunal de Justiça da Bahia.

2 Assistente social. Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do Curso de Serviço Social do Instituto de Psicologia da UFBA e do Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo da UFBA.

3 São classificados como municípios de pequeno porte aqueles com até 100 mil habitantes (IBGE, 2010).

O Mapa Nacional da Violência (2015) indica que as mulheres que vivem em municípios de pequeno porte formam um dos grupos mais vulneráveis à violência de gênero.⁴ De acordo com o referido mapa, a taxa de assassinatos de mulheres por 100 mil habitantes aumentou 12,5% no Brasil entre 2006 e 2013, sendo os municípios com as maiores taxas os de pequeno porte. Isso indica a importância de serem estudadas as circunstâncias locais e não apenas os fatores globais (WAISENFILZ, 2015).

Os dados apontam discrepâncias no enfrentamento da violência contra mulheres que vivem em municípios de pequeno porte (WAISENFILZ, 2015), sinalizam falhas na proteção do Estado brasileiro para mulheres em situação de violência, evidenciam que as políticas públicas até agora implementadas não conseguiram impactar todas as mulheres brasileiras com a mesma intensidade. A Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres não está atingindo seu objetivo de garantir proteção integral a todas as cidadãs, especialmente aquelas inseridas em contextos de vulnerabilidade⁵ (NUNES, 2017).

Dentro desta linha, pretendendo contribuir com o rompimento dessa invisibilidade, este artigo⁶ objetiva trazer à tona os desafios vivenciados por mulheres pintadenses no enfrentamento da violência doméstica e familiar. As dificuldades enfrentadas por elas se assemelham em muito àquelas enfrentadas por tantas outras mulheres que vivem em municípios de pequeno porte do País.

O artigo está estruturado em tópicos: o segundo explica a metodologia empregada; o terceiro apresenta o município de Pintadas e as barreiras locais para enfrentamento da violência doméstica e familiar; o quarto e o quinto tópicos trazem as narrativas das mulheres de Pintadas, destacando, sucessivamente, seus relatos quanto aos desafios vivenciados por elas, como reagem/enfrentam o problema e quais as medidas propostas por elas para ajudar as mulheres pintadenses no enfrentamento do problema.

2 · CAMINHOS METODOLÓGICOS

Para cumprir o objetivo proposto, considerou-se necessário quebrar o silêncio das mulheres, para que as marcas da violência no corpo e na mente sejam revertidas

-
- 4 Neste artigo definimos violência de gênero como “qualquer tipo de violência (física, social ou simbólica) que tenha por base a organização social dos sexos e que seja perpetrada contra indivíduos especificamente em virtude do seu sexo, identidade de gênero ou orientação sexual. Dentro dessa perspectiva, a violência de gênero pode atingir tanto homens quanto mulheres, como se verifica no caso da violência contra homossexuais e transexuais, vítimas constantes de todo tipo de agressão. Entretanto, histórica e numericamente, é a violência masculina contra mulheres e, em especial, a violência doméstica [...]” (SARDENBERG; TAVARES, 2016, p. 8).
 - 5 O termo vulnerabilidade social é comumente utilizado para fazer referência a situações de risco a que se encontram expostos indivíduos e dificuldades que enfrentam para acesso a bens e serviços sociais como saúde, educação e justiça. A expressão é também adotada quando um indivíduo ou um grupo, é excluído econômica e socialmente, está sem trabalho, perde os vínculos sociais, com a família e seu círculo de convivência e sociabilidade (ADORNO, 2001).
 - 6 Este artigo condensa algumas das discussões contidas na dissertação de mestrado “Aqui não tem muita coisa” - Narrativas das mulheres de Pintadas-Ba sobre a violência doméstica e familiar em suas vidas e as barreiras para enfrentamento”, defendida no Programa de Pós-graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo (PPGNEIM/UFBA).

em voz, constituindo um conjunto de recursos para procura de dados e de análises (DARON, 2009). Assim, optou-se pelos relatos orais, através da realização de rodas de conversas e entrevistas com um roteiro previamente elaborado, centrado em narrativas sobre situações de violência doméstica e familiar ao longo de suas vidas.

A roda de conversa é um espaço para que as participantes falem de seu cotidiano, tanto na esfera da vida privada, como na pública, podendo ouvir a si mesmas, escutar as outras e trocar entre si conhecimentos, como também confidências. Portanto, é um ambiente importante para discussão e construção de saberes e práticas. É considerada uma metodologia participativa que pode ser utilizada em diversos contextos para promover uma cultura de reflexão sobre os direitos humanos (AFONSO; ABADE. 2008). Da mesma forma, as entrevistas narrativas, em que relatam suas histórias de vida, propiciam situações de contato para que as entrevistadas contem suas vivências.

Foram realizadas duas rodas de conversas, nos dias 19 e 20 de abril de 2018 – ambas aconteceram em uma sala de aula do Colégio Estadual Normal de Pintadas e participaram um total de 20 mulheres que tinham na ocasião entre 15 a 34 anos –, e 4 entrevistas semiestruturadas com mulheres que estão ou, em algum momento da vida, estiveram em situação de violência doméstica e familiar: Julia,⁷ com 18 anos de idade; Fernanda, com 29 anos; Joana, com 39 anos de idade, as três mulheres residentes na sede do município; e Ester, com 52 anos, moradora da zona rural do município.

A seguir apresentamos, resumidamente, o município de Pintadas, sua localização geográfica, número de habitantes e analisaremos as barreiras locais no enfrentamento da violência doméstica e familiar, destacando a escassez de equipamentos da rede de proteção às mulheres no município.

3 · O MUNICÍPIO DE PINTADAS E AS BARREIRAS LOCAIS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Pintadas é um município de pequeno porte, com 10.342 habitantes, localizado no Estado da Bahia, situado no Território de Identidade Bacia do Jacuípe,⁸ no semiárido, área do Polígono das Secas, a 272 km à Oeste da capital, Salvador, com área de 531,4 Km² e altitude de 300 m. O município é predominantemente rural, a população majoritariamente sobrevive da agricultura e da agropecuária, o que acarreta grandes fluxos migratórios no período de estiagem na busca por oportunidades de sobrevivência e de melhoria das condições de vida em outras localidades, especialmente, nas regiões Sul e Sudeste do País (PTDS, 2010).

A região semiárida compreende municípios com características que extrapolam o baixo índice de chuvas; normalmente, chove menos de 800 mm por ano. Caracterizam-se também pela falta de infraestrutura, um sistema de transporte

7 Os nomes das mulheres são fictícios, de modo a garantir o seu anonimato.

8 O conceito de Território de Identidade está previsto no Decreto 12.354, de 25.8.2010, art. 1º, § 1º: “Considera-se Território de Identidade o agrupamento identitário municipal formado de acordo com critérios sociais, culturais, econômicos e geográficos, e reconhecido pela sua população como o espaço historicamente construído ao qual pertence, com identidade que amplia as possibilidades de coesão social e territorial”.

eficiente que inviabiliza a articulação entre a região, ausência de uma rede que estructure a produção econômica, falta de saneamento básico, entre outras dificuldades (ALMEIDA, 2016).

Em Pintadas, assim como na maior parte dos municípios brasileiros de pequeno porte, não existe órgão criado especialmente para a defesa e proteção dos direitos das mulheres; a rede de atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar é escassa. O que existe, para além de uma delegacia de polícia comum, é um Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), que também não é um órgão específico para as mulheres em situação de violência, dividindo suas ações com várias outras, como atendimento às pessoas idosas, com deficiência, entre outras. Na ausência de um Centro de Referência de Atendimento à Mulher (CRAM), os atendimentos de mulheres e meninas em situação de violência são realizados pelas equipes especializadas dos CRAS que, por lidarem com vários tipos de violação de direitos, não conseguem focalizar nas políticas públicas para as mulheres (NUNES, 2017).

Inexiste no município uma delegacia especializada de atendimento às mulheres, a mais próxima está localizada no município de Feira de Santana, distante 142 km de Pintadas. Os casos de violência contra as mulheres são atendidos pela delegacia de polícia comum do município e encaminhados para uma Vara Criminal localizada na Comarca de Ipirá, distante 44 km de Pintadas, uma vez que esta é distrito judiciário daquela. Ademais, não existe no município qualquer outro órgão que auxilie as mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nenhuma promotoria de justiça – a mais próxima também está situada em Ipirá –, nem mesmo nenhum posto da Defensoria Pública, estando o mais próximo localizado em Feira de Santana.

Scout e seus colaboradores (2010) observam que, enquanto as estudiosas reclamam sempre da insuficiência de serviços nos grandes centros urbanos, nos municípios rurais, a ausência de centros de referências, casas-abrigo e delegacias especializadas é muito mais evidente, e pouco se tem criticado. Além disso, fatores como a distância entre as moradias, o transporte precário e a deficiência nas comunicações com localidades de difícil acesso também contribuem para que a violência contra estas mulheres permaneça.

Essa realidade, marcada por fatores simbólicos e culturais, tem no seu contexto, principalmente geográfico, um complicador para que as políticas públicas de enfrentamento da violência contra a mulher sejam implementadas. Até o presente, no cenário nacional Delegacias da Mulher (DDM), casas-abrigo e as demais assistências foram pouco pensadas levando em consideração essas mulheres. Os desafios para implementar estes tipos de ação, cada vez mais realizadas no meio urbano, passam por recursos, por distância, por disponibilidade de funcionários, por dificuldades de anonimato, por oposição no poder local e por uma série de outros fatores que deixam as mulheres rurais expostas à sensação de impotência e a experiência de se sentirem alvos de esquecimento sistemático (SCOOT *et al.*, 2010, p. 73).

A ausência de proteção pelo Estado, confirmada em decorrência da escassez de equipamentos e políticas públicas voltadas para a realidade dessas mulheres, dificulta a denúncia e, conseqüentemente, a proteção das vítimas de violência doméstica e familiar, tornando ineficazes os direitos garantidos pela Lei Maria da Penha no município de Pintadas.

Neste sentido, podemos afirmar que a maioria das conquistas alcançadas pelas mulheres dos grandes e médios centros urbanos, apesar de ainda serem insuficientes, não chega efetivamente às mulheres que vivem em Pintadas, assim como àquelas que vivem em muitos outros municípios de pequeno porte do país. Essas mulheres continuam submetidas às diversas formas de violência conjugadas, deixadas ao relento pelo próprio Estado, aquele que deveria criar mecanismos capazes de coibir a violência no interior da família.

As informações prestadas pela Delegacia de Polícia do município de Pintadas confirmam este fato. De acordo com os bancos de dados da referida delegacia, que foram disponibilizados para essa pesquisa, entre os anos de 2014 a 2018, foram finalizados 48 inquéritos policiais por infração ao art. 7º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e encaminhados para o Ministério Público. Destes inquéritos, aproximadamente 54% são ameaças, 50% lesões corporais, 52% violência psicológica, 33% violência patrimonial, 31% violência moral, 2% tentativa de feminicídio. Insta salientar que as modalidades de violência psicológica, moral e patrimonial identificadas nos inquéritos vêm acompanhadas de outras formas de violência, nunca estão isoladas. Em relação aos agressores, 94% são atuais ou ex-parceiros e 6% corresponde a filhos homens das vítimas.

Os dados citados revelam um número muito pequeno de mulheres que buscam amparo dos órgãos públicos, em algumas situações nem sequer é aberto um inquérito para apuração dos fatos. Segundo o agente da delegacia que nos atendeu, esses dados correspondem apenas aos inquéritos que foram gerados e finalizados, uma vez que muitas vezes, antes de iniciar o procedimento, o delegado convida o agressor para dar “uma prensa”, o que segundo ele já resolve o problema. Essas atitudes dos profissionais competentes acabam tornando os dados subnotificados, pois, ao invés de abrir um inquérito policial para apurar os fatos, acabam atuando como uma espécie de aconselhadore, promovendo a reconciliação do casal, o que demonstra que a violência contra as mulheres continua sendo tratada como um problema secundário, que pode facilmente ser solucionado no âmbito privado, pelo próprio casal ou através de apoio psicológico ou algum tipo de assistência (TAVARES, 2013).

Além disso, a maioria das mulheres de Pintadas permanece em silêncio e somente procuram ajuda em situações mais graves que envolvem ameaças e lesões corporais. Segundo o Plano Territorial de Desenvolvimento Sustentável (PTDS) do Território Bacia do Jacuípe (2010), estima que mais de 2/3 (dois terços) das mulheres que sofrem algum tipo de violência nos municípios do Território sofrem caladas e só recorrem à polícia em casos extremos, quando ocorrem casos de ameaça com arma de fogo, espancamentos com fraturas ou cortes e ameaças aos filhos. Os motivos são a cultura em não denunciar, a falta de estrutura das instâncias públicas e despreparo dos seus agentes (PTDS, 2010).

Nos depoimentos das participantes do estudo, analisados no próximo tópico, perceberemos, nitidamente, que as circunstâncias locais do município de Pintadas, como o modo de vida influenciado pelo machismo exacerbado, o grau de proximidade muito grande entre as pessoas, a escassez de equipamentos da rede de atendimento à mulher e políticas públicas de prevenção e combate à violência de gênero dificultam a materialização da Lei Maria da Penha, o que contribui com silêncio e exposição das mulheres às diversas formas de violência doméstica e familiar.

Todos esses fatores constituem óbices à efetividade da Lei n. 11.340/2006 no município em questão. É importante destacar que, de acordo com os dados informados pela delegacia de polícia local, aproximadamente 11% das mulheres que denunciaram o agressor pela primeira vez retomam a delegacia novamente e, na maioria das situações, as agressões posteriores se manifestam de forma ainda mais gravosa.

4 · RELATOS DAS PARTICIPANTES DO ESTUDO: OS DESAFIOS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

As colaboradoras desse estudo permaneceram por muito tempo em silêncio ou permanecem ainda hoje. Além dos motivos que comumente influenciam as mulheres a não denunciarem os agressores – sentimento de culpa, medo de serem mortas, crença na mudança do agressor, dependência financeira, dependência emocional, preocupação com o futuro dos filhos, sentimento de vergonha em expor o problema para a família, a sociedade, os vizinhos, não contarem com o apoio da família, se sentirem mais respeitadas socialmente estando casadas –, as participantes do estudo destacam o fato de residirem em um município de pequeno porte, marcado pela influência do machismo, proximidade entre as pessoas, sem equipamentos da rede de proteção às mulheres e servidores qualificados para atendê-las, como os principais motivos de não buscarem ajuda do Poder Público.

Podemos perceber na fala de Fernanda “*todo mundo pensava que era mil maravilhas. Como é que eu vou dizer a todo mundo que se eu falar um A com ele, ele vem pra cima de mim?*”, como o intenso controle social de suas ações influencia na forma como ela conviveu com a violência doméstica e familiar. Esse “todo mundo” significa a família, os amigos, os vizinhos, mas também os membros da comunidade local, dado que praticamente todas as pessoas se conhecem.

Uma das características de cidade pequena é a proximidade entre as pessoas, “aonde quer que o indivíduo vá há alguém que o conhece ou que é seu parente” (AMORIM; NADER, 2017, p. 124). Em tais localidades, o indivíduo se adapta ao constante convívio com os outros, havendo um permanente controle do comportamento pelos membros da comunidade em todas as esferas da vida. Esse controle é exercido por uma série de atores sociais, desde parentes, vizinhos, comerciários, prestadores de serviço, ou seja, um grande número de membros da comunidade.

A mesma preocupação é manifestada também nas falas de Ester: “*Ainda bem que não tinha ninguém no momento, só tinha eu e ele! Você já pensou se tivesse alguém para ver? A vergonha e a decepção!*” e de Joana: “*O que a sociedade ia achar de mim?*”.

O fato de residirem em um município de pequeno porte é um dos motivos determinantes para manter o silêncio dessas mulheres, visto que a proximidade muito grande existente entre as pessoas, em virtude do reduzido número de habitantes, gera um mútuo controle, julgamento moral e intensa recriação narrativa das ações dos indivíduos e suas famílias (AMORIM; NADER, 2017).

O diálogo a seguir foi estabelecido entre as participantes da roda de conversa e confirma, exatamente, como as informantes da pesquisa convivem com essa realidade perturbadora:

– *Eu tenho vergonha de apanhar e no outro dia sair na rua com o olho roxo. Que foi isso? Cair! Como é que tu cai e bate o olho?*

- *E os vizinhos que moram perto?*
- *[...] os vizinhos tudo fofoqueiro [...]*
- *[...] qualquer coisinha o vizinho tá de olho!*
- *[...] cidade pequena, meu Deus!*
- *[...] O que um faz todo mundo quer saber! Se cuspir ali, todo mundo sabe.*
- *Isso quando não acrescenta. A mulher apanha lá, e aí já saem dizendo ele quase matou.*
- *Inventam várias coisas que nem aconteceu.*

O diálogo acima, conjugado com o depoimento das mulheres entrevistadas, evidencia que, se para uma mulher que vive em uma grande cidade é necessário ter coragem para denunciar o agressor, para as mulheres que vivem em cidades pequenas essa coragem precisa ser ainda maior. Ao decidirem denunciar terão que lidar com o julgamento moral da comunidade e as fofocas depreciativas, que muitas vezes lhes atribuem a culpa pelas agressões, acusando-as de não cumprirem como deveriam o seu papel de mulher, como esposa e mãe (AMORIM; NADER, 2017), em outras palavras, de não serem uma “verdadeira mulher”.

No contexto pintadense, a “verdadeira mulher” é aquela submissa ao marido, que cuida do lar, do marido e dos filhos (DIAS; REINHEIMER, 2011). Enquanto o “verdadeiro homem” é o homem de coragem, valentia e destemor (OSTERNE, 2011).

No tocante à dimensão cultural do machismo, é importante destacar as peculiaridades da região Nordeste, onde os atributos da macheza são historicamente associados à identidade masculina. Destarte, a figura do vaqueiro é referência para os homens do sertão, “descrito como ágil, detentor de força, corajoso, valente, um indivíduo que não desiste diante de obstáculos, perigos ou das dificuldades impostas por sua atividade, que não foge à luta, por mais árdua que seja” (VANIN, 2001, p. 191).

É patente a relação predominante da violência doméstica e familiar com o machismo que impera no município. Com efeito, as violências perpetradas contra as participantes da pesquisa ocorreram por razões diversas relacionadas diretamente com a lógica patriarcal, que vão desde ódio, raiva, desprezo, humilhação, insubordinação feminina ao desejo masculino, descontrole das emoções, perda de prestígio viril (BANDEIRA, 2017). Por não apresentarem o padrão estético contemporâneo, padrão este que exige da mulher boa aparência física, simbolizada através de um corpo “perfeito”, cabelos longos e lisos, ou por não realizarem os afazeres domésticos da forma que se espera.

Desta forma, temendo os julgamentos sociais, as mulheres se calam, como evidenciam as declarações de Joana e Fernanda:

- *Quando ele quebrou o celular na minha cara isso aqui ficou tudo roxo, aí perguntaram o que foi, mas eu também não disse o que foi! Só disse para uma pessoa que a gente conversa muito, que foi ele que tinha me batido. Para as outras eu disse que foi um machucado, que eu tinha batido na pia, estava lavando o banheiro, abaixei e bati. (JOANA)*
- *Se fosse um lugar grande, eu teria dado queixa no primeiro tapa que ele tinha me dado, numa cidade pequena, se eu desse queixa do meu companheiro e continuasse com ele, todo mundo iria falar: isso é uma descarada...o marido tá batendo, espancando e tá junto! (FERNANDA)*

Portanto, confirma-se mais uma vez que o intenso julgamento moral da comunidade e que as maledicências dificultam o enfrentamento da violência doméstica e familiar por mulheres pintadenses, de modo que elas preferem manter o silêncio a verem seus nomes circulando pela cidade. No segundo depoimento destacado acima, Fernanda temia que o fato se tornasse público, pois, caso mudasse de ideia e desejasse continuar com o autor da violência, passaria a conviver com comentários maldosos de pessoas que passariam a lhe atribuir a culpa pela violência.

Igualmente, outro motivo que contribui para o silêncio dessas mulheres é a escassez de equipamentos da rede de proteção garantidos pela Lei Maria da Penha. Perguntando na roda de conversa sobre o que havia no município de Pintadas para apoiar às mulheres que enfrentarem à violência doméstica e familiar, as respostas foram estas: *“Aqui é o fim do mundo”, “Aqui não tem muita coisa”, “Oxe! Ave Maria! Se for falar tudo (que não tem no município), acaba o ano e não fala”*.

Em que pese a Lei n. 11.340/2006 representar um marco jurídico, podendo ser considerada um eficaz mecanismo institucional de coibição e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda não é o suficiente para garantir uma vida livre de violência, uma vez que a sociedade ainda precisa evoluir muito no que diz respeito concretizar os direitos estabelecidos nas normas (SOUZA, 2016, p. 170).

Neste sentido, as mulheres que vivem em municípios de pequeno porte formam um dos grupos mais vulneráveis à violência de gênero, pois a Lei Maria da Penha não consegue lhes garantir uma igualdade material. As mulheres de Pintadas, por exemplo, convivem com a ausência de mecanismos públicos de proteção social e jurídica assegurada pela referida Lei.

Destarte, se na capital baiana a rede de proteção apresenta serviços precários e insatisfatórios, sem infraestrutura, com atendimento moroso e pouco qualificado (FRANCO; TAVARES, 2016), em Pintadas, esta rede nem sequer existe, o que dificulta a denúncia e o cumprimento do que prescreve a legislação, tornando as mulheres ainda mais vulneráveis à situação de violência doméstica e familiar.

Marisa Sanematsu (2017), diretora do Instituto Patrícia Galvão, especializado na produção de notícias e conteúdos sobre os direitos das mulheres brasileiras, salienta que muitas cidades pequenas não têm rede adequada de acolhimento para a mulher que sofre qualquer tipo de violência, isso faz com que ela permaneça mais tempo no ciclo violento. Além disso, ela sinaliza a ausência de recursos e investimentos em políticas públicas voltadas para a defesa da mulher que vive nesses espaços, uma vez que não há delegacia da mulher, nem profissionais capacitados para atendê-las.

Efetivamente, a existência de uma única delegacia comum e um único hospital no município, nos quais trabalham profissionais, em sua maioria, da própria cidade, que, inclusive, conhecem as vítimas, favorece a manutenção do silêncio das mulheres pintadenses.

Diante de tais dificuldades, podemos considerar ainda mais difícil para uma mulher que reside em um município de pequeno porte sem uma delegacia especializada, sem um CRAM, casa abrigo, ou quaisquer ações de apoio às mulheres para enfrentamento deste problema, romper com o ciclo de violência em que se vê enredada.

No próximo tópico, veremos como as mulheres participantes da pesquisa reagem e enfrentam a violência doméstica e familiar, em meio à convivência com essas

diversas barreiras e quais as medidas propostas por elas para ajudar tanto a elas próprias, quanto outras mulheres pintadenses que também sofrem com o problema.

5 · REAÇÃO/ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Apesar dos enormes desafios, as participantes do estudo relatam várias formas de reação/enfrentamento à violência doméstica e familiar de caráter individual, que variam muito de acordo com a subjetividade e a história de vida e vivência de cada uma.

As falas sublinhadas abaixo foram destacadas no decorrer da roda de conversa, significando ações individuais de reações/enfrentamento à violência doméstica e familiar:

- *Uma vez, o meu mesmo me agrediu por causa dos amigos dele. Mas também ele me bateu e eu também bati nele até umas horas.*
- *É por isso que eu não caso. Eu já disse lá em casa. Eu casar? Nunca nessa vida.*
- *Não gosto de cabelo pequeno! Meu cabelo era grande. Meti na tesoura.*
- *Eu tentei estudar cinco anos. Todo ano eu desistia, porque meu marido dizia: tu tá indo para escola para tu arrumar um macho. Esse ano eu disse [...] eu vou estudar de noite, se tiver eu vou e tá acabado.*

Como podemos observar, as participantes das rodas de conversa elegem estratégias individuais de enfrentamento ao problema – reações às agressões, através de agressões recíprocas físicas e verbais, negativa à obrigatoriedade do casamento, indo de encontro à vontade do parceiro, fazendo prevalecer sua própria vontade, seja em relação ao seu próprio corpo, como, por exemplo, cortando o cabelo, seja em relação ao desejo de estudar.

Entre as estratégias individuais de sobrevivência à violência doméstica e familiar, Ester, que mora na zona rural do município, salienta que além de se esconder, também esconde as munições das armas:

- *Me afasto de perto [...] dou de uma que estou fazendo alguma coisa, me escondo, aí agora ele vai lá deita e dorme.*
- *[...] eu sou esperta, quando eu sei que tá bebendo, se tiver uma espingarda carregada, eu vou lá e tiro a espoleta, entendeu como é que é? (ESTER).*

Outra estratégia de Ester é manter o celular por perto para em qualquer situação mais grave ligar para alguém da família pedindo ajuda:

- *Se a gente ver que aquela agressão vai prosseguir, o que você faz? Você se afasta de perto, você corre, você vai para algum lugar, chega ali num ponto que dá sinal, liga e diz vem me buscar aqui em tal lugar [...]*
- *Teve um dia que eu precisei ligar para meu irmão [...] Nesse dia eu fiquei com raiva, eu cheguei e liguei para meu irmão, subi em cima da trincheira do tanque, aí deu sinal, eu liguei e disse: meu irmão vem aqui na roça me buscar que eu quero ir pra casa, ir pra rua. Aí ele apareceu lá, quando ele veio eu peguei montei na garupa da moto dele e fui embora, larguei ele lá sozinho. Entendeu? Não cheguei a comentar com meu irmão o que havia acontecido, só que o meu companheiro estava bêbado.*
- *Demorou mais ou menos uma hora de relógio para meu irmão chegar. Nesse tempo eu sai de casa, fui lá para o mato, pra roça, deixei ele lá só. Quando ele fica só, ele deita e garra no sono, aí nesse momento ele dormiu eu já estava lá no mato, porque eu disse, se acontecer alguma coisa daqui mesmo, eu já estou longe (ESTER).*

As reações de Ester demonstram certa passividade diante das agressões do companheiro, ela faz tudo para manter o casamento e ser vista como uma “verdadeira mulher” perante a sociedade e a família. Ao mesmo tempo, vive em permanente estado de alerta, sobressaltada, temendo a próxima agressão do marido, que pode vir a qualquer hora e por qualquer motivo.

É interessante observar nesses relatos que Ester quando está na zona rural convive com peculiaridades decorrentes desse fato, como, por exemplo, distância, dificuldade de deslocamento, dificuldade de encontrar alguém para pedir ajuda; assim, para se proteger, ela conta apenas consigo mesma e com um aparelho de celular.

Por último, Joana foi a única participante que recorreu à Delegacia de Polícia. Na memória de Joana aparecem as dificuldades de denunciar o parceiro, momentos em que ia até a porta da delegacia, mas, por medo de que algo pior lhe acontecesse, se arrependia e não realizava a denúncia.

– Eu já tinha ido outras vezes (na delegacia), mas não tive a coragem de entrar! Eu fui até a porta de entrada, mas não tive coragem de entrar lá pra dentro. Umás três vezes, eu sei que em um dia só eu fui umas duas vezes, mas aí depois teve várias outras vezes que eu ia até a porta da delegacia, mas não tinha coragem de entrar! (JOANA).

O fato de praticamente todas as pessoas se conhecerem influenciou Joana a buscar oferecer denúncia em outro município vizinho, Ipirá, para, desta forma, evitar que chegasse ao conhecimento do autor da violência:

– Eu ficava com medo de registrar uma queixa aqui e logo ele ficar sabendo e ir fazer alguma coisa comigo, aí eu tentei em Ipirá, eu disse quando vier de lá eu já venho mais forte e estou segura, aí eu não consegui [...]

– [...] não registrava em Ipirá só em Feira [...] ou registrava aqui (em Pintadas) na delegacia ou ia para Feira [...] (JOANA).

Chegando a Ipirá, ela foi informada que não poderia fazer este procedimento lá, visto que também não tem Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher. Desta forma, restaram-lhe duas opções, realizar a denúncia em Pintadas na Delegacia de Polícia Comum ou se deslocar até a cidade de Feira de Santana, onde tem Delegacia Especializada.

O medo, a perda de tempo, a distância, o gasto com passagem, entre outros fatores, desestimularam Joana a seguir em frente para Feira de Santana, então ela retornou para Pintadas e resolveu esperar mais um pouco pela mudança do ex-marido.

Quando, finalmente, Joana constatou que a mudança não chegaria, quando ela percebeu que sua vida realmente estava em risco, ela tomou sua decisão, encarou o medo, a vergonha, e, decidiu denunciar.

– Eu disse: não! Vou esperar a próxima vez, quem sabe melhora. Aí da última vez ele pegou uma faca para me matar, e ficava passando a faca assim (encenação de alguém passando uma faca em forma de cruz), disse que era a cruz da morte, que eu ia dormir, mas não ia acordar viva, que eu ia amanhecer com os pés juntos. Aí eu fiquei trancada no quarto com meu filho, o mais novo, que na verdade não era trancada porque ele rancou os trincos da fechadura. Eu disse: é! ou hoje ou nunca! Se eu conseguir escapar dessa eu vou lá à delegacia não importa se seja aqui, ou em Feira, seja lá onde for.

Assim, eu não tive apoio de ninguém, tomei minha decisão, eu fui à delegacia (de Pintadas), registrei a queixa, passei uma semana para registrar essa queixa.

- Isso foi no domingo, aí eu fui à segunda feira, mandaram eu voltar na terça, fui na terça mandaram eu voltar na quinta. Eu fiquei a semana todinha indo lá. Primeiro eu conversei com o delegado, aí o delegado mandou eu ir no outro dia, fui e o delegado não estava, mandou eu ir no outro dia.

- Eu passei uma semana, mas consegui! Graças a Deus! (JOANA).

Entre a decisão de denunciar e a concretização da denúncia, Joana teve que conviver com a espera por um servidor que lhe prestasse o atendimento adequado. O delegado que atua na delegacia da cidade também atende na delegacia de outros municípios vizinhos, deste modo, nem todo dia está no município. Como é possível verificar nos relatos da entrevistada, ela procurou a delegacia numa segunda-feira e, durante toda a semana, precisou retornar a fim de concretizar a denúncia.

Além de não ter uma delegacia especializada, o fato de não ter um delegado atendendo constantemente pode ser considerado um desafio ainda maior para as mulheres pintadenses no enfrentamento do problema, visto que precisam aguardar a próxima vinda do delegado à cidade para serem ouvidas e requererem a concessão de medidas protetivas de urgência.

As mulheres que moram no município de Pintadas convivem com diversas barreiras no enfrentamento da violência doméstica e familiar. Aquelas que enfrentam o machismo, superando a vergonha da família, dos vizinhos, dos membros da comunidade local, quebram silêncio e perdem o medo de denunciar o agressor, passam a conviver com outras barreiras, notadamente, a escassez de órgãos locais da rede de proteção à mulher no município, ausência de órgãos especializados, delegacias, centros de referência de atendimento à mulher, casas abrigo, ou qualquer outro, falta de profissionais no município, demora na prestação dos serviços e ausência de políticas públicas de prevenção e combate ao problema.

Diante desse cenário, as entrevistadas sugerem algumas medidas que podem ser tomadas para ajudá-las, como também ajudar outras mulheres do município de Pintadas que sofrem com o mesmo problema. Descrevemos a seguir algumas sugestões:

- Eu acho que aqui no município de Pintadas deveria ter um órgão só para isso, para acolher essas pessoas, e pessoas que saibam como falar. Pessoas que soubessem conversar, que entendessem de fato o que está passando com aquela pessoa, porque realmente não é fácil. Não é fácil você chegar assim e entregar seu companheiro que você vive há muitos anos [...] Se aqui tivesse uma casa de apoio, alguma coisa assim, tipo CRAS, só para isso, com privacidade é lógico, para conversar com essas pessoas. Acho que deveria ter palestras, alguma coisa [...] (FERNANDA).

- Eu acho que deveria ter algo para ajudar, porque nem só eu passava por esse tipo de agressões, muitas outras mulheres passam pela mesma situação, e ficam talvez como eu, com vergonha, com medo de tomar uma atitude. Então eu acho que a nossa cidade deveria ter alguém para acolher essas mulheres que acabam sendo agredidas pelos próprios companheiros. Tem o CRAS, eu acho que o CRAS não serve para isso, eu acho que deveria ter algo que incentivasse as mulheres a não passar pelo que eu passei, porque falar a verdade não é fácil, eu sofri muito. E para a sociedade a maioria questiona, por que apanhou? Por que continua apanhando? Então eu acho que deveria ter alguma coisa para a proteção das mulheres, diretamente para o caso. Um órgão diretamente para nós mulheres (JOANA).

- Deveria ter um local de acompanhamento, porque muitas pessoas que passam por isso sofrem caladas e acabam ficando nessa situação que eu fiquei, sem amigas, sem ninguém, sem a família. Se tivesse um lugar desse, eu acho que eu iria,

quem sabe eliminar tudo que ainda tem aqui, a gente sempre vai ficar com as marquinhos [...] (JULIA).

O que as participantes da pesquisa pleiteiam são os equipamentos da rede de proteção à mulher, garantidos pela Lei Maria da Penha, ou seja, a implantação de uma delegacia especial de atendimento à mulher, de um CRAM, uma casa abrigo, órgãos capazes de lhes dar o apoio multidisciplinar necessário para enfrentarem o problema. Pleiteiam por profissionais qualificados que tenham capacitação de gênero para atender, que saibam compreender seus motivos e não fiquem lhes culpando pela violência sofrida.

Elas sonham com a eficácia da legislação brasileira no município de Pintadas. Enquanto isso não acontece, vão criando estratégias de sobrevivência, umas mantendo o silêncio, outras sendo sua própria bússola, contando apenas consigo mesmas, sua determinação e capacidade de superação (FRANCO; TAVARES, 2016). Outras, quando percebem que não serão capazes de superar sozinhas, recorrem à única delegacia de polícia existente no município.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho de escrever sobre a violência, principalmente contra mulheres que vivem em pequenos municípios, muitas vezes invisibilizadas, requer uma atenção basilar. Ao mesmo tempo em que se fala sobre a vida de mulheres que têm seus direitos humanos e fundamentais violados, é uma forma também de dar visibilidade ao problema, tanto no campo dos estudos feministas quanto das políticas públicas, dos direitos humanos, contribuindo com a transformação dessa realidade.

Para além de um trabalho acadêmico, as rodas de conversas e entrevistas realizadas foram ocasiões nas quais as mulheres tiveram a oportunidade de falar, desabafar, sugerir caminhos a serem traçados, e, principalmente, serem ouvidas. De tal maneira, foi também um momento de contribuir com o rompimento do silêncio na memória dessas mulheres.

As colaboradoras da pesquisa demonstraram solidão, desamparo, insatisfação com os valores conservadores que as enredam em relacionamentos abusivos e com a falta de mecanismos públicos propícios a protegê-las. Revelaram a sensação de estarem vivendo em um município situado no “fim do mundo”, fim este caracterizado como um lugar distante, esquecido, que “não tem muita coisa” capaz de apoiá-las no enfrentamento da violência.

Podemos concluir que, para garantir às mulheres pintadenses os direitos previstos na Lei Maria da Penha, o Estado e o próprio município necessitam, com urgência, investir na implantação dos equipamentos da rede de atendimento às mulheres e políticas públicas de combate e prevenção à violência doméstica e familiar em Pintadas.

Em relação às políticas públicas de combate e prevenção ao problema, destacamos algumas medidas que podem ser adotadas: campanhas municipais de conscientização da violência doméstica e familiar, através de *outdoors*, panfletos, cartazes, divulgação na rádio comunitária, no carro de som, de modo a sensibilizar a comunidade sobre a gravidade do problema; investir na educação baseada na igualdade e não na discriminação, promovendo debates constantes nas escolas municipais e estaduais, e na comunidade local, com foco na desnaturalização dos papéis tradicionais de gênero; palestras e rodas de conversas com a população, homens e mulheres

para falar a respeito da violência doméstica e familiar, em especial, chamando os homens para refletirem sobre o machismo e o patriarcado; capacitação continuada dos profissionais que lidam com o atendimento destas mulheres, na delegacia, no CRAS, no hospital, para proporcionarem empatia, acolhimento e garantia de maior proteção jurídica às vítimas.

Fazem-se necessárias também ações concretas dirigidas às mulheres, seus filhos e filhas. Nessa perspectiva, no município de Pintadas, sugerimos a criação de um órgão de proteção às vítimas de violência doméstica e familiar, com atendimento multidisciplinar, oferecido em especial por advogadas, psicólogas e assistentes sociais.

Por fim, lembramos que a violência não pode ser combatida apenas por meio da proteção e conscientização das mulheres. É preciso também criar um espaço específico para os homens autores de violência, com o objetivo de reeducá-los antes de serem inseridos de volta na sociedade. Apenas a punição não resolve o problema, uma vez que o autor da violência, sem um tratamento adequado, poderá continuar fazendo outras vítimas, que podem ser inclusive as mesmas mulheres.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. *Capacitação solidária* – Um olhar sobre jovens e sua vulnerabilidade social. Os jovens e sua vulnerabilidade social. São Paulo: AAPCS – Associação de Apoio ao Programa Capacitação Solidária, 2001.

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. *Violência contra a mulher é maior no interior de SP*. 2017. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencia-contra-mulher-e-maior-no-interior-de-sp/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ALMEIDA, Cleidene Bastos. *Mulheres que tecem os fios do desenvolvimento social de Pintadas-BA*. Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28469>. Acesso em: 3 mar. 2019.

AMORIM, Érika Oliveira; NADER, Maria Beatriz. Violência contra a mulher: questionamentos frente ao silenciamento em cidades de pequeno porte. *Vozes, Pretérito & Devir*: dossiê temático: gênero e diversidade, ano IV, vol. VII, n. I (2017), ISSN: 2317-1979.

AFONSO, M. L. M.; ABADE, F. (2008). *Para reinventar as rodas*. Belo Horizonte: Rede de Cidadania Mateus Afonso Medeiros (RECIMAM). Publicação eletrônica. Disponível em: https://ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/lapip/PARA_REINVENTAR_AS_RODAS.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência, gênero e poder: múltiplas faces. 2017. In: STEVENS, Cristina; et al (Org.). *Mulheres e violências*: interseccionalidades. Brasília: Technopolitik, 2017.

DARON, Vanderléia L. P. *Um grito lilás*: cartografia da violência às mulheres do campo e da floresta. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2009.

DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos – artigo 6º. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha* – comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Ana Carolina Almeida Santos. Implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres em municípios de pequeno porte. *Rev. Serv. Público*. Brasília, v. 68, n. 3, p. 503-532, jul./set. 2017.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. Violência contra a mulher na dimensão cultural da prevalência do masculino. *O público e o privado*, Fortaleza, n. 18, jul./dez. 2011.

PTDS – Plano Territorial de Desenvolvimento Sustentável. 2010. Disponível em: http://softwarelivre.org/articles/0028/5338/PTDS_BACIA_DO_JACUIPE.pdf. Acesso em: 2 jan. 2017.

SCOOT, P. *et al.* Onde mal se ouvem os gritos de socorro: notas sobre a violência contra a mulher em contextos rurais. *Gênero e geração em contextos rurais*. Ilha de Santa Catarina: Ed. Mulheres, 2010. Disponível em: www.ufpe.br/fagesufpe/images/documentos/Livros_Fages/genero%20e%20gera_o%20em%20contextos%20rurais.pdf. Acesso em: 2 jan. 2017.

SARDENBERG, Cecília M. B.; TAVARES, Márcia S. Introdução. In: SARDENBERG, Cecília M. B.; TAVARES, Márcia S. *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento*. Salvador: EDUFBA, 2016, p. 7-16.

SOUZA, Firmiane Venâncio do Carmo. *Violência de gênero na Lei Maria da Penha: que mulheres estão protegidas?* Disponível em: www.feminismos.neim.ufba.br/index.php/revista/article/view/400. Acesso em: 6 dez. 2017.

TAVARES, Marcia Santana. Roda de conversa entre mulheres: denúncias sobre a inaplicabilidade da Lei Maria da Penha em Salvador/BA e a descrença na justiça. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (*Anais Eletrônicos*), Florianópolis, 2013. ISSN 2179-510X. Disponível em: www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373335719_ARQUIVO_RodadeConversaentreMulheres.pdf. Acesso em: dez. 2018.

TAVARES, Marcia Santana. Violência contra as mulheres e acesso à justiça: notas sobre uma Roda de Conversa em Itinga/BA. *Revista Feminismos*, v. 4, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: www.feminismos.neim.ufba.br/index.php/revista/article/view/397. Acesso em: dez. 2018.

VANIN, Iole Macedo. Homens valentes, mulheres abnegadas: vislumbrando gênero na literatura sobre a região do Piemonte da Chapada Diamantina. *Fazendo gênero na historiografia baiana*. Organizado por Cecília M.B. Sardenberg, Iole Macedo Vanin e Lina Maria Brandão de Aras. Salvador: NEIM/UFBA, 2001, p. 183 a 199.

WASELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: nov. 2020.

ASPECTOS JURÍDICOS DA VULNERABILIDADE PSICOLÓGICA E SEXUAL DA CRIANÇA À PORNOGRAFIA

Guilherme Schelb¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A vulnerabilidade psicológica das crianças. 2.1 A influência das imagens sobre as crianças. 2.2 A classificação indicativa. 3 O sistema legal de proteção da vulnerabilidade psicológica e sexual da criança contra a pornografia. 4 Pornografia e infância. 4.1 Criança participando de ato pornográfico. 4.2 Criança exposta a mensagem pornográfica. 4.3 Músicas e textos pornográficos. 4.4 Pedofilia e pornografia. 5 A grave lacuna legal na formulação de políticas públicas de educação. 6 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

Neste artigo, me proponho a analisar algumas dimensões jurídicas do importante conceito da *vulnerabilidade psicológica e sexual da criança à pornografia*.

Embora a abordagem seja jurídica, será necessário analisar aspectos metajurídicos imprescindíveis à compreensão e à aplicação das normas legais. Por essa razão, incursionarei em temáticas da psicologia.

A metodologia jurídica utilizada se fundamenta na premissa de que a Constituição, as leis e as decisões das Cortes Superiores devem ser respeitadas em todo o território nacional, inclusive em suas escolas e suas mídias.

Embora a defesa da infância contra a pornografia seja expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tornaram-se frequentes os eventos e as práticas ilegais em que crianças foram expostas publicamente ao pornográfico. Materiais didáticos, normas pedagógicas da Educação e programas de rádio e televisão aberta desrespeitam cotidianamente os direitos da criança e submetem-na a mensagens e imagens impróprias. Isto se tornou fato público e notório.

Necessário, portanto, a restauração do respeito às leis que protegem a integridade psicológica e sexual das crianças, incumbindo ao Ministério Público brasileiro a função constitucional de garantir o respeito aos direitos da criança, especialmente, quando as violações são praticadas no âmbito de serviços públicos e televisão aberta. (Constituição Federal, art. 129, incisos II e III).

Ainda nesse sentido, é consenso mundial a proteção da infância. Os tratados internacionais que estabelecem normas universais de proteção da criança são os de maior ratificação entre as nações.

A Constituição Federal brasileira, por sua vez, estabelece *absoluta prioridade* quanto aos direitos e garantias de crianças e adolescentes:

1 Procurador Regional da República. Mestre em Direito Constitucional.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifo nosso).

O art. 5 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) proíbe toda e qualquer forma de violação à dignidade humana especial da criança, notadamente negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa proteção especial da criança engloba diversas dimensões: física, sexual, psicológica, cognitiva, afetiva, familiar e social.

A Lei brasileira é bem específica ao proteger a integridade psicológica e sexual da criança contra conteúdos impróprios ao seu entendimento de pessoa em desenvolvimento, especialmente a pornografia. Isto envolve qualquer tipo de mensagem indevida ao entendimento infantil, transmitida por vídeos, fotos, músicas ou textos escritos com esse conteúdo.

Abordarei aqui o sistema legal de proteção da vulnerabilidade psicológica e sexual da criança contra o pornográfico.

2 · A VULNERABILIDADE PSICOLÓGICA DAS CRIANÇAS

Crianças são pessoas em desenvolvimento e, por isto, se apresentam em situação de vulnerabilidade psicológica e sexual. A criança não distingue entre o que é informado, sugerido ou ordenado, pois não possui maturidade psicológica e cognição desenvolvidas para compreender muitos temas e fatos da vida. Na infância, o conhecimento lógico está fortemente submetido à fantasia e à imaginação. A linguagem é ainda predominantemente subjetiva e sequer a noção de tempo está consolidada (SUNDERLAND, 2015).

O Código Civil reconhece esta especial condição psicológica das crianças e dispõe no art. 3º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

A Psicologia também identifica a especial vulnerabilidade cognitiva, emocional e sexual das crianças, pois ainda não desenvolveram o discernimento, a maturidade e a experiência para conduzir a própria vontade. Mensagens impróprias ou abusivas são capazes de influenciar negativamente o comportamento das crianças, pois elas não têm capacidade de lidar com informações complexas devido ao seu insipiente entendimento. Os critérios que regularão sua vontade, interesses e caráter ainda estão em formação. (BRITTO, 2010, p. 105).

O Conselho Federal de Psicologia afirma que

a autonomia intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. (BRITTO, 2010, p. 23).

Por esta razão, os nefastos efeitos da publicidade e propaganda de bebidas alcoólicas e cigarros sobre crianças são objeto de proibição legal no Brasil e no mundo.

Pesquisas revelam que a simples associação de imagens de empatia infantil – como bonecos, animais ou figuras – a produtos, induz a criança a consumi-los, ainda que extremamente nocivos, como o cigarro e a bebida alcoólica.

No Brasil, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), reconhecendo a fragilidade cognitiva infanto-juvenil, instituiu norma proibindo o *merchandising* em programas infantis, ou seja, a apresentação disfarçada de produtos ou serviços para o consumo, no conteúdo de uma programação, ou seja, os próprios anunciantes de produtos se autorrestringiram na veiculação de publicidade dirigida ao público infantil, reconhecendo a fragilidade psicológica das crianças.

2.1 · A INFLUÊNCIA DAS IMAGENS SOBRE AS CRIANÇAS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) realizou uma extensa pesquisa sobre a influência das imagens de cigarro em filmes no comportamento de crianças e adolescentes. O estudo *Smoke-free movies: from evidence to action* constatou que a imagem de fumantes em filmes possui grande influência no comportamento de crianças e adolescentes, induzindo-os fortemente ao consumo de cigarros. A influência é tamanha, que a recomendação da OMS é que menores de 18 anos não tenham acesso a filmes em que existam cenas de pessoas fumando cigarros (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015).

O fundamento científico desta pesquisa é a constatação empírica da grande influência de imagens no comportamento de crianças e adolescentes. Assim, do mesmo modo e com o mesmo fundamento científico, crianças são altamente vulneráveis a mensagens visuais pornográficas ou obscenas, pois as induzem abusivamente a praticar ou agir conforme as imagens a que são expostas. A capacidade reduzida (vulnerabilidade psicológica) das crianças para lidar e compreender a sexualidade adulta e temas afins impõe uma proteção legal especial. Por essa razão, as leis brasileiras protegem as crianças não apenas de contato sexuais físicos mas também de imagens e mensagens pornográficas.

2.2 · A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

A Constituição brasileira, reconhecendo a vulnerabilidade psicológica da criança, estabelece:

Art. 21. Compete à União: [...] XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão; [...]

Art. 220. [...] § 3º Compete à lei federal: I - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. [...]

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Concretizando esses mandamentos constitucionais, a Lei n. 10.359/2001 exige que a classificação indicativa abarque os “programas que contenham *cenas de sexo* ou violência” (art. 3º, parágrafo único, grifo nosso).

O Ministério da Justiça, por sua vez, estabeleceu critérios de avaliação da adequação de imagens ou cenas ao público infantil. A Portaria n. 1.189/2018 regulamentou o processo de classificação indicativa de programas de rádio, televisão e espetáculos públicos, e definiu os seguintes critérios temáticos de classificação indicativa: “violência, sexo e nudez e drogas” (Art. 2º, inciso VI). Induvidosamente, as diretrizes e normas dessa portaria fazem parte do sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente.

Importante consignar que pais e mães ou responsáveis legais podem permitir aos filhos menores assistir a programas de rádio, televisão e a espetáculos públicos segundo sua discrição pessoal, ainda que não recomendados pela classificação indicativa. Mas esta discrição dos responsáveis legais por crianças possui dois limites legais.

O primeiro desses limites são as leis. A classificação indicativa não revoga as leis que estabelecem proteção legal contra o pornográfico, especialmente o disposto no Código Penal (arts. 218-A, 234 e 247) e no ECA (arts. 78, 79 e 81).

O segundo limite foi bem delineado pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que o poder familiar prevalece sobre a classificação indicativa, salvo na hipótese de programas indicados para maiores de 18 anos de idade, situação em que a proibição é obrigatória até para as famílias. A ministra relatora, Nancy Andrighi, bem fundamentou: “Aqui exsurge a segunda função da classificação: delimitar a liberdade de educação. *A classificação é indicativa para as faixas inferiores aos 18 anos; para esta é proibitiva.* (BRASIL, 2011, grifo nosso).

3 · O SISTEMA LEGAL DE PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE PSICOLÓGICA E SEXUAL DA CRIANÇA CONTRA A PORNOGRAFIA

A Constituição brasileira reconhece expressamente a vulnerabilidade psicológica das crianças e determina à União estabelecer a prévia classificação de programas de televisão e rádio, assim como de espetáculos públicos, bem como exigir o estabelecimento de meios legais para a defesa da infância contra programas radio-televisivos impróprios, como já visto (arts. 21, inciso XVI, e 220, § 3º).

O Código de Defesa do Consumidor expressamente reconhece a fragilidade psicológica da criança:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, *se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança* [...]. (Grifo nosso).

O Estatuto da Criança e do Adolescente concretiza o mandamento constitucional de proteção das crianças contra o pornográfico e determina:

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham *mensagens pornográficas* ou *obscenas* sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infantojuvenil [...] deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: [...] V - revistas e publicações a que alude o art. 78; [...]. (Grifos nossos).

O Código Penal, por sua vez, também concretiza o mandamento constitucional de proteção da integridade psicológica e sexual das crianças:

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

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. [...]

Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; [...].

Todos estes graves crimes têm como objeto jurídico a dignidade psicológica e sexual das crianças em face da exposição ou apresentação de mensagens pornográficas e, ao interpretar essas normas legais, é preciso ter em mente a finalidade maior de proteção às pessoas em desenvolvimento (BRASIL, 2012).

O Direito Penal reconhece a necessidade de uma proteção especial a crianças e adolescentes, sobretudo em razão de sua imaturidade sexual e cognitiva (GRECO; RASSI, 2010, p. 64 e 65). A doutrina afirma em uníssono que a dignidade sexual da criança não se ofende apenas com o contato físico-sexual, mas com qualquer prática que viole a integridade sexual infantil: O estupro pode se configurar mesmo sem contato físico entre o autor e a vítima, como na hipótese de um estuprador que ordena que a vítima explore seu próprio corpo ou se masturbe (CUNHA, 2016, p. 460).

A Justiça brasileira é clara ao interpretar essas normas penais, salientando a relevância da proteção da integridade psicológica e sexual das crianças. Como bem pontuou o ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça: “O estupro de vulnerável é mais abrangente; visa o resguardo, em sentido amplo, da *integridade moral e sexual* dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade é reduzido” (BRASIL, 2016a, grifo nosso).

Consoante esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça condenou empresário por estupro de vulnerável (Código Penal, art. 217-A) em virtude de haver induzido uma criança de 10 anos de idade a se despir e tê-la contemplado lascivamente, sem que tenha havido qualquer contato físico com a vítima:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. TESE RECURSAL QUE DEMANDA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

O Parquet classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extraí-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel,

onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda.

Discute-se se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado.

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal. (BRASIL, 2016c).

Em outro caso, o mesmo tribunal condenou a 12 anos de prisão, por estupro de vulnerável, professor que apertou a vagina de alunas com idade entre oito e nove anos de idade dentro da sala de aula. (BRASIL, 2016c).

Vê-se, assim, que a integridade psicológica e sexual das crianças pode ser gravemente violada por meio de imagens pornográficas, e o ordenamento jurídico brasileiro delimita clara e expressamente a sua proteção.

4 · PORNOGRAFIA E INFÂNCIA

A criança pode ser vítima da exposição à pornografia em duas circunstâncias:

- I. quando participa da filmagem ou fotografia pornográfica; e
- II. quando vê, lê ou ouve mensagem pornográfica.

4.1 · CRIANÇA PARTICIPANDO DE ATO PORNOGRÁFICO

A lei brasileira estabelece que qualquer cena que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou ainda a exibição de seus órgãos genitais se configura pornografia infantojuvenil, conforme estabelece o ECA:

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

A referência direta aqui é aos crimes de pornografia infantil em que crianças ou adolescentes participam de filme, foto ou cena pornográfica, ou em que se comercializa, transmite ou armazena de qualquer forma esse conteúdo, consoante os arts. 240 e 241 a 241-C do ECA.

Em relação às crianças há uma proteção especial, pois a pornografia pode se configurar até mesmo sem a nudez. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que são pornográficas fotos com ênfase genital, ainda que as crianças estejam vestidas:

É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, *com enfoque nos órgãos genitais das vítimas – ainda que cobertos por peças de roupas –*, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Nesse mesmo julgado, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu importante critério sobre a proteção de crianças e adolescentes contra a pornografia:

A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do ECA não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa [...].

A propósito do tema, leciona Eduardo Luiz Michelan Campana que: [...] o legislador define o que se compreende pela expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”: qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas (visíveis), reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. *A definição não é completa, pois não abarca todas as situações de encenação que ensejam representação de pornografia infantojuvenil, necessitando de uma valoração cultural pelo intérprete, o que caracteriza os novos tipos penais abertos.*

Do mesmo sentir é o comentário de Válter Kenji Ishida, que entende que não é obrigatório que a criança ou adolescente esteja nua para que consumados os delitos de pornografia infantil:

A criança ou adolescente não precisa só estar nua, mas pode estar, por exemplo, com as vestes íntimas. [...] A meu sentir, a melhor interpretação que se pode dar ao dispositivo do art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo a mens legis, é a de que o legislador quis se referir a “zonas erógenas”, também não condicionando a incidência do tipo aberto do art. 240 do ECA à nudez das vítimas. Assim, o tipo penal do art. 240 do ECA terá incidência não só no caso de fotografias de crianças desnudas, mas também nos casos em que a nudez não é expressa, como no caso presente, em que as crianças foram fotografadas “de calcinha” e, em posições que evidenciam a finalidade sexual do paciente, perfazendo, assim, o elemento subjetivo do injusto. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Aplica-se aqui o princípio constitucional imanente da “melhor e mais eficaz proteção da criança”, conforme já decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA). (BRASIL, 2012).

4.2 · CRIANÇA EXPOSTA A MENSAGEM PORNOGRÁFICA

É crime apresentar mensagem pornográfica ou permitir o acesso a esta a menor de 14 anos, conforme disposto no ECA (arts. 78 e 241-E) e Código Penal (arts. 217-A, 218-A e 234).

A ênfase legal é o fato de expor criança a imagem de penetração vaginal ou a outro ato libidinoso como coito anal, masturbação, carícias íntimas, sexo oral, entre outras práticas sexuais.

Especificamente em relação ao crime do art. 218-A do Código Penal, não é necessária a presença física da criança no mesmo espaço em que se realize a conjunção carnal ou ato libidinoso. Basta que a relação ou ato sexual seja realizada à vista dela, ainda que visualizando tudo por meio de equipamentos eletrônicos ou vídeos. De toda a forma, a criança está presenciando libidinagem alheia. (NUCCI, 2016, p. 1115).

Embora a definição legal do tipo penal em questão contenha o fim específico de “satisfazer lascívia própria ou de outrem”, ou seja, que o autor pratique o ato com o objetivo pessoal de obter prazer ou satisfação libidinoso, é inegável que o objeto jurídico protegido pela norma penal é a integridade psicológica e sexual da criança ou adolescente menor de 14 anos. Caso a exposição pornográfica da criança ocorra sem a comprovação dessa finalidade específica, restará a proteção legal constante do art. 232 do ECA, que protege a criança de constrangimentos: “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a *constrangimento*: Pena - detenção de seis meses a dois anos”.

4.3 · MÚSICAS E TEXTOS PORNOGRÁFICOS

A proteção da infância contra conteúdos pornográficos se estende também à programação de rádios e, por decorrência natural, às músicas ou a qualquer outra veiculação por meio de ondas sonoras.

A classificação indicativa determinada pelo art. 21, inciso XVI, da Constituição é expressa ao se referir a programas de rádio: “XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de *programas de rádio* e televisão;” (grifo nosso).

O Código Penal proíbe apresentar mensagem *pornográfica* em público, inclusive pelo rádio, audição ou recitação:

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - *Incorre na mesma pena quem:*

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno. (Grifos nossos).

Essa norma penal protege não apenas crianças e adolescentes mas também toda pessoa que se encontre em lugar público. Importante realçar que esse normativo penal não impede que as pessoas cantem ou ouçam músicas pornográficas ou obscenas, mas devem fazê-lo sem constranger os outros a ouvi-lo.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu expressamente, quanto à vigência e eficácia jurídica do art. 234 do Código Penal, que

O princípio da adequação social não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma inserta no art. 234 do Código Penal. II - Verificado, *in casu*, que a recorrente vendeu, a duas crianças, revista com conteúdo pornográfico, não há se falar em atipicidade da conduta afastando-se, por conseguinte, o pretendido trancamento da ação penal. Recurso desprovido. (BRASIL, 2006).

O caso concreto se referia à venda de revistas pornográficas a duas crianças, uma de oito anos de idade e a outra de nove. As revistas continham textos e fotos obscenas, especialmente coito anal. No voto vencedor, consta:

Admitir-se como socialmente aceita ou tolerada a conduta consistente em vender revistas com conteúdo altamente pornográfico a crianças em tenra idade (oito e nove anos) seria ignorar o elemento normativo cultural previsto no tipo em análise. Talvez, se se estivesse a falar da venda destas revistas a adultos, ter-se-ia, aí sim, a correta aplicação do princípio, eis que, nesta hipótese, não se neutralizaria o tipo, porquanto na sociedade brasileira atual pode-se tolerar esta prática, mas jamais tê-la como lícita se a venda se dirigir a crianças, como ocorreu in casu. Em suma, a venda de revistas com este conteúdo pornográfico é sim considerada obscena. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

No Brasil, crianças são expostas com frequência a músicas pornográficas. Televisão aberta, rádios e espetáculos públicos disseminam músicas que de forma explícita incentivam a prática sexual e a pornografia. Sem nenhum respeito à Constituição e às leis, crianças são cotidianamente expostas a esse conteúdo impróprio, que as estimula à prática sexual precoce. Torna-se importante, aqui, trazer um exemplo real de música pornográfica a que as crianças brasileiras são submetidas cotidianamente:

*Eu não tô de brincadeira, eu meto tudo eu pego firme pra valer; *chego cheio de maldade, eu quero ouvir você gemer*; eu te ligo e chega à noite, vou com tudo e vai que vai; *tem sabor de chocolate o sexo que a gente faz; corpo quente, tô suado, vem melar e vem lamber*; só o cheiro, só um toque, já me faz enlouquecer; já me faz enlouquecer; *vodka ou água de coco pra mim tanto faz; eu gosto quando fica louca*; [...]. (Amor de Chocolate, cantor Naldo, grifos nossos).*

Criança exposta a este tipo de música será abusivamente estimulada a um comportamento erótico e incompatível com sua idade e, até mesmo, à prática sexual precoce.

Textos pornográficos também são impróprios ao entendimento de crianças e podem causar dano ao seu desenvolvimento afetivo, cognitivo e sexual. Leia este texto do livro *Leituras de Escritor*, de Ana Maria Machado, em que consta trecho do livro *O Cobrador*, de Rubem Fonseca:

*Não vou tirar a roupa, ela disse, a cabeça erguida. Estão me devendo xarope, meia, cinema, filé mignon e buceta, anda logo. Dei-lhe um murro na cabeça. Ela caiu na cama, uma marca vermelha na cara. Não tiro. Arranquei a camisola, a calcinha. Ela estava sem sutiã. Abri-lhe as pernas. Coloquei os meus joelhos sobre as suas coxas. *Ela tinha uma pentelheira basta e negra*. Ficou quieta, com olhos fechados. Entrar naquela floresta escura não foi fácil, a buceta era apertada e seca. *Curvei-me, abri a vagina e cuspi lá dentro*, grossas cusparadas. Mesmo assim não foi fácil, *sentia o meu pau esfolando*. Deu um gemido quando *enfiei o cacete com toda força até o fim*. Enquanto enfiava e tirava o pau eu lambia os peitos dela, a orelha, o pescoço, *passava o dedo de leve no seu cu, alisava sua bunda*. *Meu pau* começou a ficar lubrificado pelos *sucos da sua vagina*, agora morna e viscosa. (Grifos nossos).*

Este texto foi objeto de leitura e estudo para alunos de 10 e 11 anos de idade em escolas brasileiras, sob o pretexto de ensino de literatura.

Seria uma boa medida determinar que os textos, revistas e livros, inclusive didáticos ou paradidáticos, dirigidos ou apresentados às crianças sejam submetidos a uma classificação indicativa sob o ponto de vista da adequação dos temas e linguagem, sob o trinômio sexo-drogas-violência, para que pais e professores pudessem aferir a conveniência de apresentá-los aos filhos menores ou alunos, consoante os arts. 78 e 79 do ECA.

Importante salientar que não se está aqui a propagar nenhum tipo de censura ou restrição à liberdade das pessoas adultas de expressar suas ideias ou vontade de produzir ou consumir pornografia. A liberdade de expressão é fundamental em uma sociedade democrática. Mas a proteção da dignidade e integridade sexual infantil também é um valor constitucional, e de absoluta prioridade, conforme o art. 227 da Constituição.

É preciso conciliar valores constitucionais antagônicos em uma medida justa.

4.4 • PEDOFILIA E PORNOGRAFIA

Em diversos casos colhidos na Justiça criminal, uma característica muito comum de estupradores de crianças (pedófilos) é o “cuidado” e até “carinho” que demonstram na aproximação inicial com as vítimas.

Ao contrário de estupradores violentos, que ameaçam e agridem, os pedófilos agem inicialmente de maneira muito ardilosa. Primeiro, conquistam a simpatia da criança com dinheiro ou presentes ou fazem brincadeiras “inocentes”, em que procuram estabelecer uma relação de confiança com a vítima, muitas vezes, sem nenhum contato físico. Assim, iniciam o contato físico aos poucos, com toques sutis no corpo da criança ou estímulos sonoros, músicas ou conversas eróticas. Com o tempo, começam a fazer carinho nas partes íntimas da criança, sem que a vítima se sinta constrangida. Esta situação pode levar a vítima a gostar dos carinhos e até mesmo a pedir por eles.

Muitos pedófilos adultos sentem uma satisfação especial em corromper a sexualidade da criança. Não é apenas a satisfação de sua libido, mas o prazer mórbido de corromper uma frágil e indefesa pessoa em desenvolvimento.

Observa-se, assim, que, em muitos casos, a pornografia é o meio utilizado pelo estuprador de crianças (pedófilo) para erotizar suas vítimas indefesas ou convencê-las a consentir na prática sexual mórbida.

5 • A GRAVE LACUNA LEGAL NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO

Há uma grave lacuna na formulação de políticas públicas de Educação no Brasil, consistente no desrespeito às leis que protegem a integridade psicológica e sexual de crianças contra a pornografia.

A análise de documentos do Ministério da Educação (MEC) que estabelecem diretrizes para o Ensino Básico revela a ausência completa de fundamentos legais e o desrespeito explícito aos direitos de crianças e adolescentes. Apresentam-se, a seguir, três exemplos emblemáticos.

Os Parâmetros Curriculares Nacionais do MEC, por exemplo, que estabelecem valores e princípios da educação básica brasileira, orientam os professores quanto à sexualidade infantil:

A manipulação curiosa e prazerosa dos genitais e as brincadeiras que envolvem contato corporal nas regiões genitais são frequentes nos ciclos iniciais. A intervenção dos educadores nessas situações deve se dar de forma que aponte a inadequação de tal comportamento às normas do convívio escolar, não cabendo a eles (professores) condenar ou aprovar essas atitudes, mas sim contextualizá-las. Compete aos educadores compreender, então, que não se trata de aberração que justifique informar aos pais. É função da própria escola estabelecer diretamente

com seus alunos os limites para o que pode ou não ocorrer dentro dela. (BRASIL, 1998, p. 300-301, grifos nossos).

Em outras palavras, o que o Ministério da Educação está recomendando aos professores é que, caso uma criança toque em seus órgãos genitais ou dos colegas, o que incluiria a masturbação (“prazerosa”) ou brincadeiras sexuais com os colegas, a escola deve apenas intervir para evitá-lo em ambiente escolar, mas não deve informar a família do aluno sobre o fato (“não se trata de aberração que justifique informar aos pais”), afinal, “é função da escola estabelecer, diretamente, com seus alunos os limites para o que pode ou não ocorrer dentro dela”.

Esta orientação é completamente ilegal, pois subtrai da família o conhecimento de fatos relevantes sobre o comportamento sexual do filho menor na escola, prejudicando o exercício do direito constitucional de criá-los e educá-los, privando a família de suas prerrogativas no exercício do poder familiar.

Em outra passagem do mesmo documento, igualmente ilegal, afirma o Ministério da Educação que “Os adolescentes têm todo o direito ao prazer (sexual)” (BRASIL, 1998, p. 304).

O Código Penal estabelece a idade 14 anos para a autonomia de consentimento na prática sexual. É uma inferência jurídica decorrente do limite etário estabelecido nos arts. 217-A e 218-A. Ao punir severamente quem mantiver relação sexual ou atos libidinosos com menor de 14 anos de idade ou apresentar imagens ou cena dessa natureza, a norma penal expressa uma proibição cujo objeto jurídico é a proteção à integridade sexual e psicológica de crianças e adolescentes.

Ao proclamar, em suas orientações aos professores brasileiros, que “os adolescentes têm direito ao prazer sexual”, o Ministério da Educação desconsidera completamente a tutela legal dos interesses de crianças e adolescentes, com a agravante de estimular abusivamente pessoas em desenvolvimento a práticas sexuais.

O *Guia Escolar para a Identificação de Abusos e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes* do Ministério da Educação, de 2011, sugere aos professores exercitar “o prazer erótico e o ato sexual” como “direito” da criança. Veja o que consta no referido guia, na página 59, item 5, “Direito ao Prazer Sexual”: “Direito ao Prazer Sexual – prazer sexual, incluindo autoerotismo, como fonte de bem-estar físico, psicológico, intelectual e espiritual”.

Reconhecer ou sugerir o “direito ao prazer sexual” a crianças é uma forma dissimulada e perversa de violar as leis que protegem sua integridade psicológica e sexual. Na orientação transcrita, sugere-se abertamente aos professores incentivar seus alunos, crianças e adolescentes, à masturbação (“autoerotismo”). Segundo as leis brasileiras, crianças devem ser protegidas não apenas do contato físico sexual mas também de qualquer mensagem abusiva a seu entendimento.

É urgente restaurar a vigência das leis e da Constituição em políticas públicas da Educação brasileira.

6 • CONCLUSÃO

Diante da crônica violação de direitos da infância na televisão aberta e políticas públicas da Educação, torna-se imprescindível restaurar o respeito à Constituição e às leis que estabelecem proteção especial das crianças contra a pornografia e proíbem:

- I. apresentar, induzir, sugerir ou estimular criança à prática libidinoso como masturbação, sexo anal, sexo oral, entre outros, pessoalmente ou por meio de filmes, livros, desenhos, ou qualquer outro meio audiovisual.
- II. permitir o acesso ou expor crianças a filme, música ou texto pornográfico ou que contenha cenas ou expressões obscenas, assim entendido o que expõe, total ou parcialmente, órgãos genitais ou imagem de sexo ou atos libidinosos.

Incumbe ao Ministério Público brasileiro a defesa dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo quando há violação da integridade sexual e psicológica de crianças.

É urgente e necessário restaurar o respeito às leis que protegem a infância de mensagens pornográficas abusivas, especialmente em políticas públicas da Educação e televisão aberta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais: terceiro e quarto ciclos do ensino fundamental: língua portuguesa*/Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6. Turma. *Habeas Corpus n. 168.610/BA*. Relator ministro Sebastião Reis Júnior. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_227_2_capSextaTurma.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.209.792/RJ*. Relatora ministra Nancy Andrighi. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607965/recurso-especial-resp-1209792-rj-2010-0156876-9-stj/inteiro-teor-21607966>. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6. Turma. *Recurso Especial n. 1.543.267/SC*. Relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/crime-fotografar-crianca-pose-sensual.pdf>. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.583.228/MG*. Relator ministro Felix Fischer. 2016a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894069630/recurso-especial-resp-1583228-mg-2016-0052134-1/decisao-monocratica-894069650?ref=juris-tabs>. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.598.077/SE*. Relator ministro Rogério Schietti. 2016c. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368293403/recurso-especial-resp-1598077-se-2015-0137272-5/inteiro-teor-368293415>. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5. Turma. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 15.093/SP*. Relator ministro Felix Fischer. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7156892/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-15093-sp-2003-0177467-5/inteiro-teor-12873846?ref=serp>. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 70.976/MS*. Relator ministro Joel Ilan Paciornik. 2016c. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862564530/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-70976-ms-2016-0121838-5/inteiro-teor-862564541?ref=juris-tabs>. Acesso em: out. 2020.

BRITTO, Igor Rodrigues. *Infância e publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Curitiba: Editora CRV, 2010.

- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MACHADO, Ana Maria. *Leituras de escritor*. 4. ed. São Paulo: Edições SM, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Smoke-free movies: from evidence to action*. 3. ed. Genebra: OMS, 2015. Disponível em: <https://www.who.int/tobacco/publications/marketing/smoke-free-movies-third-edition/en/>. Acesso em: 6 set. 2020.
- SUNDERLAND, Margot. *O valor terapêutico de contar histórias: para as crianças, pelas crianças*. Editora Cultrix, 2015.

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desafios da consolidação de uma justiça penal negociada

Iuri do Lago Nogueira Cavalcante Reis¹

Yuri Coelho Dias²

Leandro Barbosa da Cunha³

Sumário: 1 Introdução. 2 Acordo de colaboração premiada: um novo modelo de Justiça Penal e seus riscos para o Estado Democrático de Direito. 3 Direitos fundamentais e princípios: da necessidade de uma metodologia específica para resolver antinomias aparentes. 4 Autonomia da vontade e verdade real no acordo de colaboração premiada. 5 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

O acordo de colaboração premiada tornou-se um dos mais importantes meios de obtenção de prova para promover o dismantelamento de organizações criminosas e de esquemas complexos de corrupção. Tamanho foi o impacto provocado no Ordenamento Jurídico Pátrio que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, chegou a afirmar que tal acordo constituiu um paradigma para a Justiça Penal brasileira, porquanto favoreceria um modelo de Justiça Negociada diferente daquele que tradicionalmente era utilizado pelos juízes criminais (QO/PET 7074/DF).

Contudo, é de conhecimento geral que o Direito brasileiro historicamente adotou um modelo inquisitorial de processo, atribuindo ao juízo poderes investigatórios que, por diversas vezes, atentaram contra o Estado Democrático de Direito e contra os direitos fundamentais. Neste sentido, muito embora o acordo de colaboração premiada derive dos sistemas acusatórios típicos da *Common Law*, a ambição inquisitorial existente no processo penal pátrio pode vir a subvertê-lo em proveito do dogma da verdade real.

Indaga-se, portanto, se determinados meios de obter a celebração do acordo de colaboração premiada são lícitos ou não – ou ainda – se o princípio da verdade real, representado pelo interesse público, deve preponderar sobre a autonomia da vontade, a qual decorre do direito fundamental à liberdade. A resposta acaba por não ser simples, já que ambas normas jurídicas possuem natureza abstrata e demandam a análise das circunstâncias concretas que as permeiam.

1 Mestrando em Direito Econômico e Sustentável no IDP. Advogado.

2 Mestrando em Direito Econômico e Sustentável no IDP. Advogado.

3 Graduando em Direito pelo UniCEUB. Estagiário.

Preliminarmente, convém destacar que não se desconhece a preferência doutrinária pelo termo “autonomia privada” em detrimento da expressão “autonomia da vontade”, já que o primeiro, de cunho mais científico, traduz a noção de que a vontade, por si só, não emana situações jurídicas senão quando o Direito, direta ou indiretamente, delimita e autoriza. Todavia, por opção dos autores, acredita-se que a denominação “autonomia da vontade” demonstra com maior nitidez a importância do elemento volitivo, razão pela qual será utilizada adiante.

Destarte, o presente estudo visa a desenvolver breves reflexões sobre a importância do acordo de colaboração premiada e do novo paradigma que se instituiu com sua vinda, analisando também seus desafios de adaptação a um modelo de processo penal de jaez negocial, de modo que os direitos fundamentais possuem um importante papel no desenvolvimento e aprimoramento desta nova dogmática.

2 · ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PENAL E SEUS RISCOS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O contrato é consequência da capacidade humana de realizar transações mediante as faculdades racionais, constituindo um passo nevrálgico em relação à autotutela pautada lastreada pela força e pela violência. Embora se estime que o surgimento do contrato tenha decorrido originariamente do direito de propriedade (HEGEL, 1997, p. 70-71), atualmente, os atos negociais não se limitam a tratar de temáticas atinentes à esfera jurídica privada, tal como ocorre com os contratos administrativos e com o instituto dos negócios jurídicos processuais previsto pela inteligência do art. 190 do Código de Processo Civil.

A bem da verdade, no processo penal, igualmente se estima que os acordos sempre existiram, seja em maior, seja em menor intensidade. Segundo o jurista estadunidense Robert R. Strang, todos os países do mundo possuem alguma forma de *plea bargaining* ou negócios jurídicos penais que dispõem sobre o mérito, ainda que informais (STRANG, 2014). Inexoravelmente, os espaços de consenso no Direito Penal sempre estiveram presentes, ainda que em fase de inquérito policial.

No Brasil, por exemplo, os acordos na seara penal nunca deixaram de existir. Não obstante, assumiram maior importância no cenário contemporâneo – principalmente no que tange ao combate ao crime organizado –, de modo a constatar que o desenvolvimento de mecanismos negociais no âmbito do processo penal é uma tendência mundial da doutrina moderna (FERNANDES, 2005, p. 265), sendo originária principalmente dos sistemas da *Common Law*, nos quais o diálogo entre acusador e acusado sempre foi mais intenso que nos países que adotaram modelos inquisitoriais. Ademais, tal expansão diz respeito à clara influência da Análise Econômica do Direito (TABAK, 2015, p. 327):

Com uma lei desse tipo, as pessoas são induzidas a denunciar casos de corrupção, o que aumenta a chance de recuperação de recursos públicos desviados. Na situação anterior não ocorriam denúncias, e as pessoas com informações importantes e a própria sociedade perdiam. Na nova situação, a sociedade recupera, ao menos parcialmente, os recursos desviados, e os denunciantes, que propiciaram essa recuperação, recebem uma recompensa pelo esforço.

No âmbito internacional, diversos são os tratados formalizados com fulcro no combate ao crime organizado – tais quais a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida –, haja vista que as organizações criminosas estão cada vez mais profissionais e engenhosas. Segundo informações do Ministério Público Federal,⁴ até 19 de março de 2020, quase 40% do total dos condenados na Operação Lava Jato pela Justiça Federal do Paraná em primeira instância realizaram acordo de colaboração premiada, visto que, dos 165 condenados, 49 celebraram o referido acordo.

Segundo os dados fornecidos pelo Ministério Público Federal, somente em Curitiba, até 2020, aproximadamente R\$ 4 bilhões já foram restituídos aos cofres públicos, sendo previstos ainda R\$ 2,1 bilhões em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração, e R\$ 12,4 bilhões de multas compensatórias decorrentes de acordo de leniência, o que demonstra que valores muito altos retornarão ao erário mediante a utilização dos instrumentos penais negociais.

Para além disso, há de se ter em vista que os acordos de colaboração premiada promoveram uma alteração na lógica do *modus operandi* punitivo do Estado, que consistia tão somente em aplicar penas privativas de liberdade, porquanto os referidos atos negociais estabeleceram como objetivo primordial não o cerceamento do direito de ir e vir do réu, mas a reparação dos danos provocados, denotando um fenômeno de uma certa “privatização” do Direito Penal (GRECO, 2016, p. 12), já que o mero encarceramento dos réus não teria o condão de reconstituir o *status quo ante* e de efetuar uma concreta reparação dos danos provocados.

A transposição de um instituto com viés de negócio jurídico do *Common Law* para o Direito Penal brasileiro exigiu do intérprete um esforço hermenêutico intransponível (SILVA, 2019, p. 208), haja vista que, além de incomum ao Direito Público brasileiro, no qual sempre predominou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, acordos do tipo acabam por incidir não apenas sobre aspectos processuais, pois é possível que o acordo de colaboração premiada influencie na pena efetivamente aplicada, que é instituto de direito material. Isso porque, em que pese os acordos sempre estivessem presentes no Direito Processual Penal Brasileiro, a chamada segunda dimensão da justiça negociada introduziu a flexibilização de alguns parâmetros dantes sequer questionados. Neste sentido (VASCONCELLOS, 2018, p. 21):

Em concordância com tais significados assumidos, a justiça criminal negocial relaciona-se diretamente com as ideias de obrigatoriedade e oportunidade da ação penal, visto que se instrumentaliza por meio de espaços de oportunidade no processo. Entretanto, diferencia-se de mecanismos puros de oportunidade, que permitiriam a não persecução penal de delitos em casos específicos, sem a imposição de qualquer sanção ou consequência penal. Além disso, nos mecanismos negociais ocorre a participação de ambas as partes do processo penal (acusação e defesa): “há uma manifestação volitiva, com o mesmo sentido e finalidade, dos dois polos processuais”. Por sua vez, critérios de oportunidade, como possibilidade de não persecução penal, podem ser realizados em decisões exclusivas do órgão acusador

Na realidade, embora muitas críticas sejam levantadas à justiça penal negociada no sentido de que o interesse público envolvido não pode ser transigido, esta é uma

4 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 25 ago. 2020.

proposição que parte de pressupostos errôneos. Isso porque “a indisponibilidade sobre o direito material não importa necessariamente na inadmissibilidade das convenções sobre o processo” (CABRAL, 2016, p. 165). A indisponibilidade de um direito não se confunde, portanto, com a impossibilidade de sua negociação.

Ademais, a nova justiça penal negociada não tem por finalidade a relativização do interesse público, mas a proposição de uma perspectiva penal baseada no consenso, que está lastreada pelos parâmetros da autonomia da vontade e da boa-fé (MENDONÇA, 2017, p. 68). Não se trata, portanto, de renunciar aos princípios, mas de propor uma nova perspectiva para eles (DINAMARCO, 2003, p. 11-15), de modo a adequá-los ao contexto jurídico contemporâneo.

Os acordos de colaboração premiada, neste sentido, evidenciam o desgaste das Teorias Clássicas da Função da Pena. Inicialmente, concebeu-se a pena para reprimir a incidência do ilícito, sob a inspiração dos filósofos Immanuel Kant e G. W. F. Hegel. No entanto, historicamente, a prática revelou que as penas assumiram uma feição tão somente simbólica, já que, conquanto buscasse a retribuição do mal causado, havia grande descompasso em prevenir a ocorrência dos crimes – inexistindo, quanto a tal aspecto, o propósito sério em desenvolver uma política criminal efetiva.

Doravante, sob a doutrina do filósofo Ludwig Feuerbach, as penas adquiriram o escopo de atenuar a superveniência dos crimes através da prevenção geral e da intimidação dos potenciais infratores, de modo a reparar a falha das teorias anteriores. Entretanto, não logrou êxito em amparar o infrator em si, em “transformá-lo”. Por isso, as modernas teorias aliaram tanto os aspectos gerais de repressão e prevenção do crime, quanto os específicos de ressocialização do agente, que deveria retornar do cárcere totalmente apto ao convívio social.

Tal desiderato, entretanto, mostrou-se inatingível no cenário brasileiro atual. O Conselho Nacional de Justiça⁵ estipulou que a taxa de reincidência criminal dos maiores de dezoito anos até 2019 era, em média, de 42%. Não obstante, em alguns Estados da Federação, como o Espírito Santo, o mesmo índice pode chegar a 75%, o que demonstra claramente a ineficiência das instituições carcerárias em atingir seus objetivos declarados.

Ademais, um dos aspectos que sempre ficou de fora de todas as teorias mencionadas foi a reparação dos danos provocados pelos ilícitos. Se a ressocialização do infrator é uma medida quase utópica no cenário atual, que conta com mais de 770 mil encarcerados e péssimas condições de alojamento e saneamento básico,⁶ o mínimo que se pode desejar é que os prejuízos provocados pelos crimes possam ser atenuados. Afinal, mais útil que uma prisão longa e infrutífera é a reparação dos danos (GOMES, 2011, p. 643-644).

É neste cenário que surgem os acordos de colaboração premiada, cuja aplicação, inexoravelmente, acarreta certa sensação de impunidade perante a opinião pública, porquanto, por influência da superexploração da violência pelos meios midiáticos, os cidadãos são levados a crer na penitenciária como ambiente adequado para os criminosos, mas desconhecem que o cárcere é responsável por promover a absorção

5 Disponível em: www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

6 Disponível em: www.novo.justica.gov.br/news/depend-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019. Acesso em: 7 jun. 2020.

de uma subcultura carcerária pelo recluso, podendo também provocar problemas psicológicos e de saúde, além de expor o interno a uma maior influência dos fatores criminógenos (BITENCOURT, 2017, p. 179-182), já que acabará por nutrir contato com criminosos profissionais.

É inegável, portanto, que os acordos de colaboração premiada, diante da falência da pena de prisão, constituem uma espécie de terceira via para o Direito Penal, porquanto consistiria em buscar uma punição mais eficiente que aquela resultante tão somente da pena privativa de liberdade: “a reparação substituiria ou atenuaria complementarmente a pena, naqueles casos nos quais convenha tão bem ou melhor aos fins da pena e às necessidades da vítima” (ROXIN, 1992, p. 155).

A utilização dos acordos de colaboração premiada favoreceu, portanto, uma nova perspectiva sobre o Direito Processual brasileiro. Em igual sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello asseverou entendimento semelhante no voto na Questão de Ordem na Petição 7.074:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.

Ademais, os mecanismos probatórios comuns, tais quais a prova testemunhal e a documental, nem sempre logram êxito na reconstrução da matéria fática pelo juízo, vez que os infratores profissionais atuam em moldes quase sempre empresariais, tornando-se cada vez mais sofisticados e distantes dos aparatos investigativos do Estado. Contudo, os próprios integrantes das organizações criminosas tendem a conhecer com detalhes seu funcionamento, razão pela qual se tornam, desta feita, atores importantíssimos para o desmantelamento de tais instituições criminosas.

Convém notar também que o investigado, ao colaborar com a acusação, acaba por auxiliar o Estado na investigação e na derrocada da organização criminosa, favorecendo a proteção da sociedade e da eficácia das normas jurídicas; recebendo, em contrapartida, benefícios ligados à pena e à execução penal (CORDEIRO, 2020, p. 3). Trata-se de verdadeira associação mutualística que se estabelece entre o colaborador e o Estado, evidenciando o interesse recíproco, já que, enquanto o órgão acusatório angaria novas provas para a persecução penal, o colaborador poderá obter situação jurídica mais favorável.

Percebe-se, portanto, que os acordos de colaboração premiada transformaram-se num instrumento de política criminal, uma vez que estimulam os integrantes de organizações criminosas a colaborar com Justiça para desvelar os esquemas delitivos muitas vezes entranhados na Administração Pública e cuja apuração, sem a colaboração do réu, seria totalmente incerta e improvável de se concretizar, razão pela qual é mais benéfico premiar o comportamento do réu colaborador a permitir a vigência de uma engenhosa empresa do crime que prejudicará toda a sociedade.

Desta feita, há evidente discrepância entre o novo modelo de Justiça Criminal e o Processo Penal tradicional. Enquanto no processo litigioso há um modelo de “ganha-perde”, em que ou o Ministério Público obtém a condenação e “ganha”, ou “perde” caso o réu seja absolvido. De outro lado, o modelo negocial, que é pautado

na autonomia da vontade, é de “ganha-ganha” (MENDONÇA, 2017, p. 62), porquanto ocorrem concessões recíprocas entre a acusação e a defesa.

Ademais, no processo litigioso brasileiro, por grande inspiração inquisitorial, o cerne da relação processual é o juiz, que é o responsável por promover a solução da controvérsia mediante a prolação de sentença que absolva ou condene o réu. Já no processo penal negocial, o Estado-Juiz assume um viés mais fiscalizatório, possibilitando que as partes possam adquirir maior protagonismo na solução do caso, aproximando-se em maior medida do sistema acusatório.

Para além disso, a acusação e o acusado não figuram, como ocorre no modelo tradicional, como sujeitos separados por um antagonismo, porquanto o investigado compromete-se a cooperar no modelo negocial, conforme se aduz do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, ressignificando o *nemo tenetur se detegere*, de modo que assumem o colaborador e o Ministério Público uma espécie de convergência de interesses em função do acordo que fora celebrado.

Neste sentido, em casos cujo lastro probatório é totalmente desfavorável ao réu e que provavelmente lhe resultará uma pena elevada, a doutrina estadunidense costuma se referir ao *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA), uma escala de ponderação na qual se estabelece que quanto pior é a alternativa fora do acordo, maior a sua chance de celebração, já que se torna um dos únicos meios de evitar a incidência de uma pena maior. Neste sentido (CORDEIRO, 2020, p. 36):

A colaboração do acusado pode se dar por razões morais de arrependimento e de busca do correto, mas também pode ocorrer por válida estratégia processual. É a aplicação da teoria econômica do crime, em tempos modernos ressaltada por Becker (1968) na explicação de que a maioria dos homens escolheria praticar delitos se a utilidade esperada pelo crime excedesse a utilidade esperada do emprego do tempo em outras atividades, como um trabalho normal. O ganho pelo crime supera o custo do risco de ser descoberto. Se percebe o réu que o resultado do processo será a condenação, pode ser-lhe interessante até confessar o crime, apenas para obter a atenuação da pena (pela confissão espontânea do art. 65, III, d, do Código Penal). É favor de pena que incidirá independentemente do bom intento do colaborador, bastando que seja utilizada a confissão como uma das provas da culpa na sentença.

De toda sorte, em que pese o acordo de colaboração premiada obtivera sucesso em transplantar ao Brasil o paradigma da justiça penal negociada, nem sempre o país foi exitoso com os experimentos consensuais no Direito Processual Penal. Na chamada primeira dimensão da justiça penal negociada, que foi aquela marcada pela Lei n. 9.099/1995, a metodologia de solução dos crimes de menor potencial ofensivo e das contravenções penais ficou aquém do esperado.

O espaço de conciliação proposto pela Lei de Juizados Especiais foi, de certo modo, imposto às partes, figurando como uma espécie de rito burocrático. Neste sentido, a transação penal é realizada sem qualquer individualização ou obediência às características socioeconômicas do autor, que, em muitos casos, vai à audiência sem a presença de um advogado, ou quando ocorrem transações penais mesmo quando não há justa causa para o oferecimento da denúncia ou da queixa (WUNDERLICH, 2004, p. 233).

A colaboração premiada, por sua vez, representa uma “segunda dimensão” para a justiça penal negociada no Brasil (WUNDERLICH, 2017, p. 21), porquanto assentou

o princípio do devido processo consensual como sua diretriz – o que não significa, entretanto, que o ordenamento jurídico brasileiro já se encontra totalmente apto a receber as mudanças propostas pelo novo paradigma, haja vista que o arquétipo jurídico do Brasil sempre foi portador de uma matriz historicamente inquisitória de tal forma que, para alguns autores, o sistema que vige atualmente, inclusive, poderia ser caracterizado como neoinquisitório (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 49).

A autonomia da vontade – cerne do acordo de colaboração premiada –, no entanto, não pode ser irrestrita, porquanto ela está resignada aos princípios constitucionais e às normas jurídicas como um todo. Alguns doutrinadores não admitem, por exemplo, que o Ministério Público e o colaborador possam, em comum vontade, nem mesmo com o aval do Juiz, instituir uma nova modalidade de pena, ou reduções maiores que as legalmente autorizadas, porquanto tais medidas violariam o princípio da legalidade (CORDEIRO, 2020, p. 62-63):

Embora crescente o excepcionamento à obrigatoriedade, não se pode permitir excepcionamento à lei como limite da persecução criminal. A pena na colaboração premiada vem como favor judicial na Lei da Criminalidade Organizada (“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes [...]), em obediência ao princípio da jurisdicionalidade, onde se compreende que apenas ao juiz é dado dosar e fixar a pena do condenado. Não deixou essa lei de estabelecer os limites de favores de pena, restritivamente indicados como sendo o perdão judicial, a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos. Apenas nesse limite está contida a negociação da colaboração premiada. Nem o juiz e menos ainda o Ministério Público poderão criar penas diferenciadas dos favores legais.

Não restam dúvidas, portanto, que o novo paradigma da justiça penal negociada trará diversos desafios para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, em meio à histórica crise paradigmática da função da pena, o acordo de colaboração premiada criou uma espécie de terceira via para o Direito Penal (SILVA, 2017, p. 295), porquanto transcendeu as noções tradicionais de repressão e prevenção do crime em prol do escopo de reparar os danos acarretados pelo ilícito penal.

De toda sorte, é importante não subverter tais instrumentos negociais numa mercantilização do processo, pois tais acordos devem ser um modo de realização do justo, e não o contrário. Tampouco se pode coagir o colaborador, uma vez que este deve agir de maneira voluntária e sem quaisquer pressões físicas, psicológicas ou emocionais (SILVA; GOMES, 2014, p. 242). Afinal, de modo algum pode a colaboração premiada violar direitos fundamentais, pois estes são indisponíveis e inalienáveis.

Neste sentido, o sustentáculo da nova justiça penal negociada reside no chamado princípio do devido processo consensual, o qual resulta da noção de que a autonomia da vontade está atrelada à própria dignidade da pessoa humana, e de que a criação de espaços de consenso no processo penal provocaria a ascensão de um novo paradigma processual pautado nos valores da liberdade, da eficiência, da boa-fé objetiva e da lealdade (MENDONÇA, 2017, p. 64), contribuindo para a construção de um Processo Penal mais célere e democrático.

Não foi por outra razão que o legislador, por intermédio da Lei n. 13.964/2019, alterou a redação do § 7º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 e inseriu uma série de incisos, os quais dispõem sobre os aspectos que o Juízo deverá analisar para aferir a legalidade e a voluntariedade do acordo de colaboração premiada:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Não obstante a nevrálgica importância em assegurar a autonomia da vontade do colaborador – a qual decorre do direito fundamental à liberdade –, por diversas vezes, o *Parquet* e o próprio Juiz, evadidos ainda por uma mentalidade inquisitorial, e a fim de obter informações relevantes para o deslinde do processo, utilizam-se de prisões e de outros mecanismos de pressão para que o investigado aceite realizar o acordo de colaboração premiada, de modo a vilipendiar os preceitos basilares deste negócio jurídico processual.

Isso porque, muitas vezes, a colaboração premiada acaba por ser o único meio possível, por exemplo, para dismantelar uma complexa organização criminosa em relação à qual são insuficientes as provas tradicionais (v.g. prova documental, testemunhal, etc.), de forma que, em função de um suposto bem maior, os atores do Poder Judiciário acabam por empregar meios de duvidosa constitucionalidade.

Assim, em proveito da utilidade do depoimento do investigado para alcançar a suposta verdade real do processo, muitas vezes, o acordo de colaboração premiada instrumentaliza-se como forma de transgredir direitos fundamentais do colaborador, o que é inadmissível perante um Estado Democrático de Direito que deve prezar pela autonomia da vontade como cerne potencial de dignidade da pessoa humana; não podendo, pois, valer-se do referido acordo para realizar ambições inquisitoriais.

Não por coincidência, o *Plea Bargaining* norte-americano surgiu num contexto filosófico muito influenciado pelo utilitarismo (SOUZA, 2020, p. 102), segundo o qual, em apertadíssima síntese, deve-se realizar um cálculo entre prazer e dor para estabelecer se determinada conduta deve ser tomada. Neste sentido, o próprio Bentham entende a liberdade como um direito instrumental e não como um atributo intrínseco ao humano (MULGAN, 2012, p. 24), interpretação da qual se poderia admitir, por exemplo, o uso de pressão contra o investigado em sede de acordo de colaboração premiada, já que se almejaria um “bem maior”.

Desta feita, é de suma importância ponderar sobre qual norma deve prevalecer: a autonomia da vontade, representada pelo direito constitucional à liberdade, ou a utilidade do acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova, que é um reflexo do princípio da verdade real do processo penal e traduz o interesse público em obter o correto deslinde do feito.

3 · DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS: DA NECESSIDADE DE UMA METODOLOGIA ESPECÍFICA PARA RESOLVER ANTINOMIAS APARENTES

Há muito o monopólio das normas do Direito esteve reservado unicamente às regras jurídicas. Contudo, atualmente, fazem parte de tal acervo igualmente os princípios, cujo papel tornou-se ainda mais relevante no Século XXI, já que determinadas situações – comumente denominadas como *hard cases* – demandam do julgador uma maior flexibilidade para decidir, razão pela qual os princípios tornam-se instrumentos imprescindíveis para o correto deslinde dos feitos.

Conquanto regras e princípios pertençam a um mesmo grupo – o das normas jurídicas – há de se constatar que suas dinâmicas de funcionamento são distintas. Para o jurista norte-americano Ronald Dworkin, as primeiras seguiriam um modelo de aplicação do “tudo ou nada” (DWORKIN, 2007, p. 39), o qual se define praticamente pela noção de que a materialização suporte fático da norma é algo que não pode ocorrer de modo parcial, porquanto as situações jurídicas eventualmente irradiadas pela incidência normativa resultam do total preenchimento dos pressupostos materiais; e se um deles não estiver presente, o suporte fático simplesmente não incide, inviabilizando a eficácia normativa.

Neste sentido, o jurista italiano Norberto Bobbio, ao apontar os três critérios clássicos de solução de antinomias – isto é, de conflitos aparentes entre as regras –, quais sejam, a hierarquia, a especialidade e a cronologia, concebeu um sistema de certo modo estanque em que uma das duas normas conflitantes deixaria de incidir a fim de que a outra tivesse a plena eficácia. Por isso a lógica do “tudo ou nada” referida por R. Dworkin.

Tal modelo coaduna perfeitamente com o sistema silogístico do Cálculo Quantificacional Clássico, no qual, em sua estrutura básica: “Se X à então Y”. Embora fundamentais para o raciocínio jurídico, os silogismos mostram-se muitas vezes simplórios ante casos mais complexos em que o enorme número de interesses envolvidos não permitiria a aplicação de uma fórmula analítica, porquanto acabam por demandar, continuamente, que o magistrado busque não a eliminação, mas a coexistência das normas conflitantes.

É com auxílio da Lógica Moderna que o jurista Robert Alexy cunha a chamada Lei de Colisão, que visa estabelecer um mecanismo de solução de divergências entre princípios (ALEXY, 2015, p. 99):

Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C à R. As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

Desta feita, segundo os ensinamentos do grandioso jurista alemão, os princípios devem ser concebidos como mandamentos de otimização, isto é, como normas em relação às quais se deve buscar a máxima eficácia possível, ainda que, *prima facie*, seus conteúdos normativos não pareçam harmônicos. Trata-se, portanto, de se utilizar do sopesamento para solucionar os impasses existentes entre os princípios – diferente dos três critérios clássicos para solução de antinomias elencados por Bobbio.

Isto se deve porque os princípios apresentam um maior grau de abstração em relação às regras – as quais tendem a apresentar um conteúdo jurídico mais bem definido –, exigindo do intérprete, para determinar a precedência do princípio, que considere as diversas circunstâncias fáticas e peculiaridades integrantes do caso concreto (ÁVILA, 2015, p. 43), mas sem buscar a exclusão do princípio precedido, haja vista que ambos devem, harmonicamente, apresentar o maior índice de incidência possível.

Tal distinção entre regras e princípios é nevrálgica para proporcionar a compreensão da natureza jurídica dos direitos fundamentais, haja vista que, assim como os princípios, eles demandam do jurista uma maior atenção ao caso concreto. Afinal, não são incomuns os casos em que os direitos fundamentais colidem com normas outrossim importantes e basilares para um Estado Democrático de Direito, como a tensão quase atemporal existente entre a liberdade e a igualdade.

Neste sentido, impõe-se analisar se o direito fundamental à liberdade, sob o aspecto da autonomia da vontade, deve preceder à segurança pública especificamente no que tange a utilidade do depoimento do investigado para o posterior desmantelamento de organizações criminosas, cujo pilar é o princípio da verdade real no processo penal. Destarte, a seguir, realizar-se-á a ponderação entre a autonomia da vontade e a verdade real para elucidar se é ou não admissível que os atores do Poder Judiciário se utilizem de mecanismos de pressão sobre o investigado a fim de “estimular” a celebração do acordo.

4 · AUTONOMIA DA VONTADE E VERDADE REAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Não obstante seja um negócio jurídico processual celebrado no âmbito do Poder Público, a colaboração premiada guarda diversas semelhanças com institutos do Direito Privado, tais qual a *pacta sunt servanda*. Esta pressupõe, etimologicamente, o acordo livre e voluntário entre as partes, sob pena de eivar o contrato por invalidade. A mesma dinâmica também é aplicável ao acordo de colaboração premiada, razão pela qual não se admite, *prima facie*, que seja imposto ao investigado.

Contudo, em homenagem ao princípio da verdade real e ao interesse público, poderia parecer viável utilizar dos mecanismos institucionais (v.g. prisões cautelares) para incentivar a celebração do acordo de colaboração premiada, já que, muitas vezes, a contribuição do investigado é de suma importância para possibilitar que o sistema penal obtenha os elementos necessários para desmantelar a Organização Criminosa, ou, no mínimo, orientar a investigação policial.

Há de se perceber, entretanto, que a autonomia da vontade, por se relacionar com o modo de expressão e de concepção do indivíduo em sociedade, está também atrelada à dignidade humana. À guisa da inteligência da Constituição Federal de 1988, erigiu-se a dignidade como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), a qual estabelece, desde o iluminismo, que o sujeito não pode

ser instrumentalizado para finalidade diversa de si mesmo (KANT, 2004, p. 52), haja vista que não haveria nada mais valioso que o próprio ser humano.

Tal máxima, que é derivada dos ensinamentos kantianos, arrefece a tendência utilitarista dos acordos em âmbito penal, porquanto determina que não se pode vilipendiar a condição humana ainda que em prol do interesse público – como é o caso do desmantelamento das organizações criminosas. Afinal, por mais que se pretenda reprimir a prática criminosa, não faria muito sentido combater uma infração cometendo outra.

Ademais, exercer pressão sobre o investigado para que este celebre acordo de colaboração premiada é uma conduta que viola a própria matriz do referido instituto, já que ele deriva dos países de *Common Law* em que o modelo acusatório é adotado. Seria, pois, subvertê-lo a uma lógica inquisitorial que é totalmente incompatível com o ideário responsável por originar o acordo de colaboração premiada. Até porque, no processo penal brasileiro, não se deve buscar a “verdade” a todo custo.

Neste sentido, inexoravelmente, o princípio da verdade real é arcaico e é um dogma mais mitológico que efetivamente jurídico, haja vista que (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 389):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Noutra dimensão, devemos sublinhar – na esteira de FERRAJOLI – que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

No mesmo sentido, é possível afirmar que a verdade real é uma integrante de longa data da chamada mitologia processual penal (CASARA, 2015, p. 317-318), que não traduz nada senão fins políticos:

Grosso modo, poder-se-ia afirmar que os mitos processuais penais autoritários subsistem em ambiente democrático, por serem úteis para determinados fins estatais, ainda que esses objetivos (a que se poderia chamar de “jogo sujo”) permaneçam velados nos regimes democráticos. Contudo, tal explicação falha, por ignorar que a mitologia autoritária é objeto de adesão sincera e, até, despuddorada, dos agentes estatais e da própria população, mesmo daquela parcela que, não raro, sofre com o patrimônio autoritário posto a serviço do Estado.

Como se pode inferir, a questão não se resume à aplicação da lógica utilitarista. Para além da singela relação entre meio e fim, há um problema cultural que se abre a múltiplas chaves de leitura. Aqui, portanto, cabe aderir à hipótese, já mencionada ao longo da obra, de que, em uma sociedade autoritária (ou, melhor, em uma tradição capaz de naturalizar práticas dissociadas do ideal democrático) o recurso a mitos autoritários soa óbvio e é naturalizado. Eis porque a superação

da mitologia processual penal autoritária exige a desconstrução do óbvio, a partir da ruptura com a tradição que aposta no poder penal, por meio de práticas de natureza repressiva e violenta (correlatas à fase de desenvolvimento do capital), em detrimento da cognição à solução dos mais diversos problemas sociais.

[...]

Reafirmar a tradição sempre serviu à legitimação do poder (e dos abusos daqueles que o detém), ao fornecer elementos para que o Estado atue e se imponha sobre sujeitos (tratados como objetos) relativamente passivos. É a tradição que leva à aceitação acrítica dos mitos processuais penais, ainda que autoritários, em pleno ambiente democrático.

Assim, a eterna busca por uma suposta verdade que legitime os meios utilizados para obtê-la é prática extremamente lesiva para um Estado que pretende ser Democrático de Direito, já que, além de inalcançável e incerta, tal “verdade” pode encobrir a violação de diversos direitos fundamentais. No caso do investigado, induzi-lo a celebrar o acordo de colaboração premiada – ainda que se valendo de meios institucionalizados tais qual a prisão – é uma clara subversão, conforme antes exposto, não apenas à própria etimologia do instituto, mas outrossim à Constituição Federal de 1988, já que é um modo de forçar a confissão (ROSA, 2015, p. 113).

Convém salientar ainda que as prisões cautelares são medidas excepcionais, cuja aplicação deve incidir apenas quando preenchidos os pressupostos necessários (PRADO, 2018, p. 89), conforme dispõe a inteligência do art. 312 c/c art. 313, ambos do Código de Processo Penal. Desta feita, é inadmissível que se negocie a liberdade do investigado em sede do referido acordo, haja vista que as cautelares pessoais só devem ser impostas quando presentes os requisitos da lei.

Inexoravelmente, o absurdo de dispor sobre a liberdade do colaborador provocaria ainda mais a banalização da prisão preventiva, fazendo com que os efeitos do acordo de colaboração premiada assemelhem-se aos do *plea bargaining* norte-americano, porquanto haverá a possibilidade de inocentes celebrarem o acordo por receio de terem cerceadas suas liberdades fundamentais. Estudos apontam que cerca de 56% dos réus que aceitam o *plea bargaining* são inocentes.⁷

A situação torna-se ainda mais grave quando os membros do *Parquet* promovem a negociação prévia da pena, submetendo-a em seguida para homologação do Juízo. Afinal, no contexto brasileiro, possibilitar que os promotores disponham sobre a pena não é apenas uma subversão aos princípios da individualização das penas e da isonomia, mas outrossim faz coincidir o papel de julgador com o de acusador, aumentando ainda mais a carga inquisitória do sistema penal brasileiro. Exemplifica-se com o caso Alberto Youseff (FONSECA, 2017, p. 222-223):

Na primeira sentença proferida, oito pessoas foram condenadas à prisão, em um processo célere para os padrões da Justiça brasileira (cerca de um ano entre denúncia e sentença), sendo que seis desses réus foram condenados a pagar uma indenização de quase 19 (dezenove) milhões de reais à Petrobras para compensar os prejuízos sofridos por causa dos desvios de que foi vítima a companhia.

Foram aplicadas penas privativas de liberdade que variam de quatro a onze anos e seis meses de reclusão. Os primeiros réus colaboradores, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, por sua vez, foram condenados, respectivamente – apenas

7 Disponível em: www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua. Acesso em: 31 ago. 2020.

nesse processo, eis que outros ainda serão julgados – a penas de nove anos e dois meses de prisão e sete anos e seis meses de prisão. O regime de pena acima de quatro anos impede a substituição por pena restritiva de direitos e a pena acima de oito anos tem que ser cumprida em inicialmente fechado.

Contudo, ambos os réus colaboradores cumprirão apenas as penas acertadas no acordo que firmaram com o Ministério Público: Alberto Youssef cumpre três anos de reclusão em regime fechado e Paulo Roberto Costa cumpre um ano de prisão domiciliar e, em seguida, um ano recolhendo-se ao domicílio apenas nos finais de semana.

Ademais, em que pese a renúncia ao direito de permanecer em silêncio seja um dos pontos nevrálgicos para o funcionamento do acordo de colaboração premiada, há de se ter em vista que também importante que não vincule perpetuamente o investigado. Até porque, antes da homologação, sempre é possível que ele se retrate, já que não se poderia conceber uma manifestação volitiva efetivamente livre que não pudesse ser retratada.

Neste sentido, o depoimento do colaborador pode não ser espontâneo, porém é de suma importância que seja voluntário (MENDES; BARBOSA; 2016, p. 77). Não é por outro motivo que o legislador, ao editar a Lei n. 13.964/2019, deu maior clareza ao papel do Juízo durante a homologação do acordo de colaboração premiada, alterando o § 7º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, conforme visto. Não é lícito ao magistrado, contudo, intervir no conteúdo das negociações realizadas entre o investigado e o *Parquet*.

Neste sentido, recentemente, no dia 25.06.2020, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal anulou a sentença condenatória proferida pelo ex-Juiz Sergio Moro no caso “Banestado”, porquanto entenderam que aquele magistrado, alhures, teria participado das negociações feitas em sede de acordo de colaboração premiada – inclusive tomando depoimentos de um dos envolvidos –, razão pela qual teria violado a imparcialidade, conforme trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes (Ag.Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 144.615-Paraná):

Não há aqui uma mera homologação de acordo de colaboração premiada para verificação de sua legalidade e voluntariedade. Tampouco ocorre no caso uma mera produção de prova de ofício pelo julgador. Este caso concreto apresenta características que caracterizam manifesta ilegalidade por violação à imparcialidade.

A leitura das atas de depoimentos (eDoc 1, p. 80-83, 101-102) demonstra de um modo evidente a atuação acusatória do julgador. Ao analisar a sequência de atos verifica-se a proeminência do julgador na realização de perguntas ao interrogado, as quais fogem completamente ao controle de legalidade e voluntariedade de eventual acordo de colaboração premiada.

Ainda que o acordo aqui analisado e a sua homologação judicial tenham ocorrido em momento anterior à promulgação da Lei 12.850/13, me parece claro que a necessidade de imparcialidade judicial está consolidada na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos há muito mais tempo. Isso não pode ser ignorado! E a proteção da imparcialidade deve ser dar por meios efetivos para tanto

Ora, o Juiz deve assumir o papel de garantidor, não podendo, sob o pretexto de “fazer justiça”, ignorar os direitos e garantias que são inerentes ao processo penal democrático. Permitir que os membros da Magistratura ou do *Parquet* possam utilizar medidas coercitivas – ainda que indiretas – para dissuadir o investigado é também criar um precedente absurdo e autoritário que coloca em risco toda a dinâmica processual ora existente.

Não se pode admitir a instrumentalização da figura do investigado, porquanto – como é sabido desde os tempos iluministas – não haverá liberdade se as leis permitirem a desumanização das pessoas em prol do utilitarismo como se elas fossem coisas (BECCARIA, 1999, p. 72). Há de se observar também que a negociação da liberdade do colaborador assemelha-se muito a uma forma de tortura para obter as informações desejadas – a qual é vedada pelo ordenamento pátrio, conforme ratifica a inteligência do art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido (GOMES; COIMBRA, 2020, p. 8):

Assim, a prática da tortura sedimenta um atentado à dignidade humana na medida em que se nega ao torturado a sua condição de pessoa, transmudando-o em mero objeto. Há, inegavelmente, em tal fato, uma degradação da vítima quanto à sua condição humana, privando-a da liberdade, de forma que se transfigura num objeto, ficando à mercê do torturador.

Nesse sentido, ensina-se que a tortura se consubstancia na conduta em que aflora o ápice do desprezo pelo indivíduo subjugado que já se encontra na mais completa humilhação humana, com o seu estado físico e mental extenuado.

Sendo assim, ao sopesar os riscos existentes na busca incessante pela verdade real, fica bem evidenciado que a autonomia da vontade, na presente análise, possui um peso muito maior que o princípio da verdade real – devendo, portanto, precedê-lo e incidir em maior grau, de modo a resguardar a voluntariedade do investigado para que não seja constrangido, direta ou indiretamente, a celebrar o acordo de colaboração premiada, por mais que este possa ser fundamental para o desmantelamento das organizações criminosas no caso concreto.

5 · CONCLUSÃO

O acordo de colaboração premiada tornou-se um importantíssimo meio de obtenção de provas, desempenhando um papel fundamental para o desmantelamento das organizações criminosas – principalmente no âmbito da Administração Pública –, bem como para reparar os prejuízos gerados aos cofres do Estado, já que, na prática, a devolução de valores ao erário é quase uma *conditio sine qua non* do referido acordo, instituindo, assim, um novo modelo de Justiça Penal Negociada no Brasil.

Não obstante a enorme utilidade processual e a inovação paradigmática provocada, o acordo de colaboração premiada deve constituir-se como instrumento de realização dos direitos e garantias fundamentais, e não como um mecanismo de busca incessante pela verdade, já que, através do processo, o máximo que pode ser obtido é sua equivalente jurisdicional. Admitir o vilipêndio aos direitos fundamentais em prol de uma suposta verdade criaria um precedente terrível e autoritário para os futuros acordos.

Até porque o princípio da verdade real, por si só, já remonta a uma tradição autoritária e inquisitória que é totalmente incompatível com a natureza do acordo de colaboração premiada, cuja matriz histórica remete aos sistemas da *Common Law*, baseada principalmente no modelo acusatório de processo. Por mais que cada Estado Nacional possua suas próprias peculiaridades, subverter o referido acordo em prol da verdade real é fato que o desvirtuaria completamente.

Portanto, realizado o sopesamento entre a autonomia da vontade e o princípio da verdade real, percebe-se que, embora não prescindam da segurança pública e da necessidade de arrefecer a prática de crimes pelas organizações criminosas, as

circunstâncias fáticas e jurídicas existentes demonstram que a dignidade humana deve sempre ser ponto de chegada e de partida dos institutos do Direito, razão pela qual se mostra inadmissível a utilização de mecanismos coercitivos – ainda que institucionalizados pelo Estado – para obter a celebração do acordo de colaboração premiada, de modo que a autonomia da vontade deve preceder, neste caso, o dogma da verdade real do processo penal.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Acordos processuais no processo penal*. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Del Rey, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Org.). *Doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário. Princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal constitucional: a (des) construção do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. v. 1. 18. ed. Niterói: Impetus. 2016.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. *Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo*

investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. A Delação/Colaboração premiada em perspectiva. Organização Soraia da Rosa Mendes. Brasília: IDP, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Org.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MULGAN, Tim. *O Utilitarismo [The Utilitarianism]*. 2012.

NUNES, Geilson; NÁRIMA, Naessa; OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite de. Colaboração premiada: aplicabilidade e limites à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Direito & Realidade*, Monte Carmelo (MG), v. 6, n. 6, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Prisão preventiva: a contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes. *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal*. 2. ed. Empório do Direito, 2015.

ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de las víctimas*. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

SILVA, Marcelo Rodrigues da; GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2014.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v. 3, n. 1, 2017.

SILVA, Marcos Vinicius Lopes da. A natureza jurídica do acordo de delação e a (i)legalidade da não denúncia prevista na Lei n. 12.850/2013. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRANG, Robert R. *Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders*. Resource Material Series, n. 92. UNAFEI, Tokyo, Japan. Mar. 2014. Disponível em: www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No92/No92_05VE_Strang1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, mar.-abr. 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Org.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE À CONSTITUIÇÃO AMBIENTAL

João Carlos de Carvalho Rocha¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Meio ambiente e direitos humanos na ordem internacional. 3 Meio ambiente no Direito Constitucional comparado. 4 Pluridimensionalidade dos direitos fundamentais. 5 Natureza fundamental do direito ao meio ambiente. 6 Conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente. 6.1 Funções do direito fundamental ao meio ambiente. 6.2 Conflituosidade em face de outros direitos fundamentais – Núcleo essencial e mínimo ambiental. 6.3 Feixe de direitos ambientais de segunda geração. 7 A defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica. 8 Conclusões.

1 • INTRODUÇÃO

O fenômeno jurídico da constitucionalização das questões relacionadas a agenda ambiental é recente, não apenas no Brasil, mas também em âmbito internacional. Todavia, a constitucionalização ambiental tem se expandido de forma evidente nas últimas décadas. Em 2003 era possível relacionar 55 constituições nacionais que contemplavam alguma norma de caráter geral sobre meio ambiente (SAMPAIO, 2003, p. 99-102) entre aquelas que definem apenas sua proteção como tarefa estatal, as que definem como dever de todos e do Estado, que definem concomitantemente como direito subjetivo e tarefa do Estado e, por último, as que preveem norma de proteção genérica. Passada pouco mais de uma década, outro levantamento, efetuado em 2017, indica a ocorrência de algum tipo de normatização constitucional quanto ao meio ambiente em 148 de 196 constituições nacionais (O’GORMAN, 2017, p. 435-462).

Os diversos textos constitucionais variam nas suas disposições sobre o meio ambiente, seja dedicando um único artigo, seja com disposições minudentes, ora com um enfoque sobre o ambiente em si, outros a partir do acesso do homem ao ambiente saudável. Além das diferenças formais (texto analítico vs. texto sintético, remessa à regulamentação vs. aplicação imediata), a distinção mais relevante parece ser entre a acepção objetiva de ambiente, em torno da qual se construiria um direito dos bens ambientais, e a acepção subjetiva, que articula o direito ao ambiente como direito de acesso da pessoa humana a certo estado ou qualidade. Outrossim, cabe verificar como as acepções de ambiente se articulam no discurso constitucional sobre a organização econômica e o desenvolvimento.

Analisaremos adiante essas perspectivas, visando prevenir os riscos da fragmentação do meio ambiente na constituição em compartimentos estanques e autosuficientes, o que reduziria as conexões de sentido no sistema jurídico.

1 Procurador Regional da República. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

Cabe anotar que o sistema jurídico, como adverte Juarez Freitas, é necessariamente aberto, sujeito a modificações decorrentes das correlações internas e das influências de fatores materiais e históricos (FREITAS, 2002, p. 31). Não há que se confundir pluralismo com fragmentação. A Constituição brasileira é pluralista, porque espelha uma sociedade complexa, marcada por uma diversidade de grupos sociais com interesses, projetos e ideologias conflitantes, mas coexistentes (ZAGREBELSKY, 2003, p. 13). O desejo de vida em comum em uma sociedade desse tipo só se torna possível pelo reconhecimento dialógico da relevância dos processos democráticos de escolha. A pós-modernidade impele à convivência entre múltiplos valores e princípios, mediante a realização aberta da constituição.

Para que seja possível essa pluralidade fluida, sem que o campo jurídico não perca a sua especificidade, e se dilua na política, na filosofia ou em qualquer outro saber, necessária se faz uma adequada compreensão da norma jurídica e das suas implicações no campo axiológico, de sorte a superar o positivismo sem recair em formulações meramente ideológicas. É necessário, portanto, distinguir os princípios fundamentais, entendidos como diretrizes basilares do sistema, dos valores, que são mais genéricos e indeterminados, e das normas que enunciam regras (FREITAS, 2002, p. 56). Os princípios são *mandatos de otimização*, porque ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades judiciais e reais existentes (ALEXY, 2001, p. 86).

2 · MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNACIONAL

No plano internacional também ocorre um incremento na celebração de tratados internacionais, a partir da década de 1970. O ponto de viragem foi a Convenção das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo no ano de 1972. Diferentes levantamentos sobre o número de tratados internacionais a respeito de matéria ambiental indicam uma tendência de diversificação das questões abordadas (minorando os acordos de conteúdo exclusivamente conservacionista), bem como eleva-se a média anual de acordos multilaterais assinados de 1,23 ao ano, entre 1920 e 1973, para 4,2 ao ano, a partir de 1974 (LE PRESTRE, 2000, p. 169).

Interessante paralelo evolutivo entre a internacionalização da proteção aos direitos humanos e a da proteção ao meio ambiente é efetuado por Cançado Trindade, tendo, respectivamente, como marcos os anos de 1948 e 1972. Segundo o autor, “logo se percebeu que, em cada um dos dois domínios de proteção, existia uma inter-relação entre os distintos setores objeto de regulamentação” (TRINDADE, 1993, p. 39-41). Inter-relação que se estabelece a partir de três pontos: a) indivisibilidade de todos os direitos humanos; b) globalização espacial dos direitos humanos e proteção do meio ambiente; c) emergência das obrigações *erga omnes*.

Na Conferência de Teerã, em 1968, foi proclamada a indivisibilidade de todos os direitos humanos, incluídos os direitos civis, políticos, bem como os econômicos, sociais e culturais. Em 1974, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados das Nações Unidas incluía, pela primeira vez, a responsabilidade intergeracional com a proteção e preservação do meio ambiente como responsabilidade de todos os Estados (TRINDADE, 1993, p. 41-43). E o Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário

incluiu, em seus artigos 35(3) e 55, a proteção ao meio ambiente natural contra danos extensos, duráveis e graves causados em combate (TRINDADE, 1993, p. 123). Posteriormente, na Conferência do Rio, realizada em 1992, foram aprovadas a Convenção da Biodiversidade e a Agenda 21, bem como foi assinada a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima. Dessa última convenção-quadro resultou o vigente Acordo de Paris, aprovado em 2015.

A questão dos tratados internacionais sobre meio ambiente e seu desenvolvimento paralelo mas convergente aos tratados sobre direitos humanos ganha maior relevância se observarmos a tendência para o entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais com aquelas de natureza internacional ou comunitária, fenômeno jurídico conhecido por transconstitucionalismo e que acompanha a globalização das relações sociais, econômicas e de trabalho.

3 · MEIO AMBIENTE NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

A produção de leis sobre proteção ambiental, associada com o maior protagonismo de normas internacionais, não tardou a se refletir na constitucionalização do ambiente, na medida em que novas constituições são promulgadas ou os textos em vigor são revisados.

De acordo com Canotilho, a nota de pioneirismo quanto à consagração do direito fundamental ao meio ambiente está com a Constituição portuguesa (1976), seguida da Constituição espanhola (1978) (CANOTILHO, 2004, p. 179). A Constituição portuguesa, por seu artigo 66, 1, não apenas proclama que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”, como nos artigos 66, 2 e 81, a), consagra o desenvolvimento sustentável como incumbência prioritária do Estado. A Constituição espanhola, embora com formulação algo distinta, reflete a mesma influência recebida da Conferência de Estocolmo, ao estabelecer o direito ao ambiente sustentável, correlacionado com o desenvolvimento da pessoa, ao mesmo passo em que define o dever de preservá-lo [art. 45, (1)]. Em seguida, em 45 (2), atribui ao Estado o dever de zelar pelo uso racional dos recursos naturais, com o propósito de proteger e promover a qualidade de vida e o meio ambiente (GASPAR, 2005, p. 27-29). O direito ao ambiente em Portugal classifica-se entre os direitos sociais, econômicos e culturais, enquanto na Espanha é um direito fundamental orientador (CANOTILHO, 2004, p. 185).

Se a constitucionalização do meio ambiente nos países ibéricos refletiu processos de redemocratização que ocorreram logo após a tomada de consciência mundial das questões ambientais ocorrida em Estocolmo, por outro lado, a estabilidade constitucional da maioria dos países do Ocidente Europeu acarretou um ritmo mais lento para o processo de constitucionalização do ambiente. Pedro Portugal Gaspar cita o exemplo da França como o de um país em que, não obstante a ausência de preceito constitucional específico sobre o ambiente, predominaria uma visão ecocêntrica dos problemas jurídico-ambientais (GASPAR, 2005, p. 26-27). Nesse sentido, Michel Prieur registra que em 1976 o então ministro da Justiça da França, J. Lecaunet, sustentava que a Constituição Francesa reconhecia um direito implícito à qualidade de vida, a partir dos direitos à saúde, à segurança material, ao repouso e ao lazer, e que aquele direito à qualidade de vida tornava necessária uma política ambiental abrangente (PRIEUR, 2004, p. 27). Com a aprovação da Lei Constitucional n.

2005-205, de 1º de março de 2005, o cenário modificou-se sensivelmente. Referida lei constitucional altera a Constituição da França e aprova a Carta do Ambiente (art. 2º da lei constitucional).² Após proclamar em seu preâmbulo que a existência da humanidade é indissociável do meio natural e que a preservação do ambiente goza do mesmo *status* de outros interesses fundamentais da nação francesa, o art. 1º da Carta do Ambiente declara que todos têm o direito de viver em um ambiente equilibrado e saudável. E seu art. 6º determina que as políticas públicas devem promover o desenvolvimento sustentável. Merece especial destaque a inovadora Constituição da Bélgica (1994), que inclui o *direito ao ambiente* são diretamente no âmbito do direito fundamental a viver conforme a dignidade humana.³

Outros países europeus centram a proteção ambiental como tarefa do Estado. A Constituição italiana refere a proteção do meio ambiente como uma atribuição do Estado italiano e de suas regiões [art. 117, (2), s), e art. 117, (3)].⁴ A Lei Fundamental da Alemanha, pelo artigo 20a (42ª Emenda, de 27.10.1994), estabelece a proteção dos recursos naturais: “*The state, also in its responsibility for future generations, protects the natural foundations of life and the animals in the framework of the constitutional order, by legislation and, according to law and justice, by executive and judiciary*” (TSCHENTSCHER, 2016, p. 34).⁵

No âmbito da União Europeia, a Carta de Direitos Fundamentais adotada em Nice em 7 de dezembro de 2000 consagra como direito de solidariedade a proteção do meio ambiente e determina, por seu art. 37, que *todas* as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável (SOARES, 2002, p. 104). A mesma disposição está incorporada ao texto do Tratado da Constituição Europeia, artigo II-97. A solução europeia para a questão do direito fundamental ao ambiente é claramente compromissária, estando aquém das disposições constitucionais de Portugal, Espanha, França e Bélgica. Tim Hayward, ao tempo em que destaca o papel do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no reconhecimento do nexo entre proteção ambiental e direitos humanos, critica o dispositivo europeu como demasiado tímido na formulação de um direito ao meio ambiente adequado, sobretudo quando confrontado com a Convenção de Aarhus sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em matéria ambiental, celebrada em 1998 por 42 países europeus (HAYWARD, 2005, p. 173-183).

As constituições dos países da América Latina também refletem a influência da Conferência de Estocolmo e das tendências contemporâneas do constitucionalismo europeu, ao que se agregam os recentes aportes no novo constitucionalismo

2 *Loi constitutionnelle n. 2005-205*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006051372&dateTexte=20200903>.

3 Art. 23, (5) da Constituição belga. Disponível em: www.senate.be/doc/const_fr.html.

4 *Costituzione della Repubblica Italiana*. Senato della Repubblica, Ufficio delle informazioni parlamentari. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

5 Canotilho apresenta a seguinte tradução para a língua portuguesa: “Assumindo a responsabilidade frente a gerações futuras, o Estado protege os bens naturais da vida, fazendo-o no respeito pela ordem constitucional, através da legislação e da actuação conforme a lei e em respeito dos poderes executivo e judicial.” (CANOTILHO, 2004, p. 180).

latino-americano. Destacadamente, o direito fundamental ao meio ambiente está reconhecido nos textos constitucionais dos seguintes países da região:⁶ Argentina (art. 41), Bolívia (em especial art. 9, n. 6 e 342-347), Chile (art. 19, n. 8), Colômbia (art. 79), Costa Rica (art. 50), Equador (arts. 71 a 74), México (art. 4º), Paraguai (arts. 6º e 7º), Peru (art. 2º, 22), Venezuela (art. 127). Por outro lado, na Guatemala (art. 97), no Panamá (art. 114) e no Uruguai (art. 47), a proteção ambiental é tratada como dever do Estado e dos habitantes do território nacional.

O Equador teve, no interregno de uma década, duas constituições com extensa normatização da matéria ambiental. A Constituição equatoriana de 1998 não apenas tratava simultaneamente da proteção do meio ambiente como dever primordial do Estado (art. 3, n. 3, art. 42) e como direito fundamental (art. 23, n. 3, art. 32 e art. 86), mas especialmente previa no art. 89, n. 3, disposição constitucional expressa sobre biossegurança, cometendo ao Estado regular, sob estritas normas de biossegurança, a propagação no meio ambiente, a experimentação, o uso, a comercialização e a importação de organismos geneticamente modificados. A Constituição de 2008, refletindo a concepção de Estado multicultural em voga no constitucionalismo dos países andinos, efetua a identificação da natureza com a deidade Pachamama e a reconhece como sujeito de direito. No mesmo sentido, a Constituição boliviana de 2009, embora mencione Pachamama apenas no preâmbulo, refere-se diretamente ao meio ambiente em 34 disposições, sendo uma das mais abrangentes sobre a matéria, seja na disciplina integrada da questão ambiental com a herança cultural local, seja na opção pelo desenvolvimento sustentável. Em termos comparativos, nossa Constituição Federal de 1988 menciona o termo meio ambiente por dezenove vezes.

No Brasil, além do art. 225 da Constituição Federal de 1988, no qual estão definidos os marcos do Direito Ambiental brasileiro, há verdadeiro sistema de proteção constitucional do meio ambiente, que se evidencia pelos seguintes dispositivos, os quais, quando não tratam de forma explícita do ambiente, a ele são necessariamente correlacionados: 1) a proteção ao meio ambiente como pré-requisito ao atendimento dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inc. I a IV); 2) o exercício da cidadania ambiental, inclusive pelos meios de atuação direta previstos na Constituição Federal (art. 1º, inc. II e parágrafo único); 3) o acesso à justiça para a tutela coletiva do meio ambiente, com destaque para os arts. 5º, inc. LXXIII (ação popular ambiental), e 129, inc. III (legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública e para o inquérito civil público); 4) o meio ambiente e a questão federal, especialmente em face das regras de competência comum fixadas no art. 23, incisos VI, VII, VIII e IX, da Constituição em vigor e de competência legislativa concorrente do art. 24, VI, VII e VIII, além da competência suplementar do município (art. 30, inc. II); 5) a defesa do meio ambiente como princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. VI) e as suas correlações com os demais princípios que conformam a ordem econômica; 6) a proteção do meio ambiente no âmbito das políticas urbana (arts. 182 e 183), agrícola, fundiária e da reforma agrária (arts. 184 a 191), cultural (arts. 215 e 216), de ciência e tecnologia (art. 218), e indígena (art. 231); 7) a natureza do

6 As constituições dos países latino-americanos, aqui referidas, foram consultadas a partir do *Banco de Dados Políticos das Américas*, mantido na rede mundial de computadores pelo Centro de Estudos Latino-Americanos (CLAS) da Georgetown University. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/porthist.html>.

meio ambiente como bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*); 8) o significado do dever, atribuído ao Poder Público e à coletividade, de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput, in fine*).

4 • PLURIDIMENSIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais estão desde sempre envolvidos pela heterogeneidade e ambiguidade conceitual e terminológica (SARLET, 2006, p. 33). Direitos fundamentais não são apenas *liberdades públicas*, porque abrangem tanto direitos de autonomia e de defesa como direitos políticos de cidadania e direitos econômicos, sociais e culturais (MIRANDA, 1993, p. 47-49). Nem se confundem com os direitos humanos, embora a desejada simetria de conteúdo. Entretanto, conceitualmente, os direitos humanos são aqueles proclamados em declarações internacionais, compreendendo corpo de princípios e garantias da pessoa humana no âmbito do direito internacional público.⁷

A história dos direitos fundamentais é a história de ampliação da autonomia humana e do exercício da cidadania. Assim, ao longo do tempo o catálogo de direitos fundamentais vem sendo ampliado, com a inclusão de novos conteúdos, com a proteção de novos direitos que antes eram invisíveis à proteção constitucional. Como as demandas da cidadania tendem a convergir para uma agenda comum em cada período histórico, fala-se em gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. É o que ocorre atualmente com os direitos fundamentais relacionados com a agenda ambiental contemporânea. De resto, os direitos fundamentais são todos simultaneamente operacionais, não importando o momento em que surgiram.

A doutrina indica a existência de, pelo menos, três dimensões dos direitos fundamentais. A primeira dimensão corresponde aos direitos de defesa e de liberdade individual do Estado Liberal, direitos ditos negativos, porque impõem limites à atuação do Estado em prol da autonomia do indivíduo. Incluem-se no rol os direitos de igualdade formal, de liberdade religiosa, de expressão, de liberdade de imprensa, de reunião, de propriedade individual, de *habeas corpus*, do devido processo legal, e os direitos políticos de votar e de capacidade eleitoral passiva.

É justamente a crise do Estado Liberal oitocentista que leva aos experimentos de institucionalização da democracia social, com sua correlata carta de direitos. Aqui o desiderato é a igualdade de oportunidades em uma sociedade bem organizada, cuja organização estatal promova a distribuição do bem-estar social (SARLET, 2006, p. 56-57).

Esses direitos incluem a universalização da prestação do ensino, da saúde e da assistência social. Mas não se resumem a direitos de natureza prestacional. Os direitos dos trabalhadores são reconhecidos, no plano individual e coletivo.

7 Nesse sentido, sustentando a dimensão internacional dos direitos humanos, em contraposição à dimensão constitucional dos direitos fundamentais, vejam-se Ingo Sarlet (2006, p. 35-42), Jorge Miranda (1993, p. 49-52), J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 391) e Robert Alexy (1999, p. 55). Por outro lado, e sem descaracterizar a distinção, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias considera que os acordos internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos constituem fonte do mecanismo comunitário de proteção aos direitos fundamentais, conforme lembrado por Ana Salinas de Frías (2000, p. 80).

A começar por aqueles que ensejaram as lutas mais renhidas no século XIX, o direito de greve, a redução da jornada de trabalho, o repouso semanal remunerado e o direito a férias. Surge o conceito de seguridade social. O direito à propriedade individual ganha novos contornos, porque a propriedade deixa de ser um absoluto individual para ter reconhecido seu valor social.

A crise do Estado de Bem-Estar Social traz consigo a terceira dimensão dos direitos fundamentais. Não que essa terceira dimensão se oponha aos direitos sociais, econômicos e culturais reconhecidos no catálogo de direitos fundamentais de segunda dimensão. É que a crise do Estado contemporâneo põe em evidência a insuficiência dos direitos sociais de segunda dimensão para atender ao amplo espectro de desafios de um mundo simultaneamente globalizado e desregulado, no qual se percebe que viver se tornou mais perigoso. São, portanto, direitos de solidariedade e fraternidade. Ser solidário é perceber-se no mundo com outras pessoas, em complexa teia de sociodiversidade, e ter a abertura de dialogar com o outro, e no diálogo construir os laços vinculantes que permitem a atuação conjunta sem redução da parte ao todo ou do todo à parte. São direitos de titularidade difusa, que incluem o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, a proteção do consumidor, a proteção e o acesso ao patrimônio cultural e histórico, dentre outros.

Muitos desses direitos ainda estão em fase de reconhecimento no plano constitucional e direcionam mudanças para um novo paradigma que se vislumbra, mas ainda não foi alcançado. Assim, a inclusão de novos direitos fundamentais na terceira geração ou a existência já de uma quarta geração é, senão controversa, indeterminada. Esses novíssimos direitos fundamentais incluiriam os direitos de comunicação e informação decorrentes da expansão das novas tecnologias, bem como a internet e os meios de comunicação móvel e a transmissão digital de dados. Mas, também, os direitos ambientais intergeracionais, especialmente em face das mudanças climáticas, e aqueles relacionados com as novas técnicas da biotecnologia e da bioengenharia.

A definição de dado direito fundamental em sentido material implica em uma prévia valoração, no sentido de reconhecer a sua importância, de modo que seja apto a ser reconhecido por qualquer constituição legítima. O amplo campo dos direitos fundamentais em sentido material é correlato, portanto, há uma concepção aberta da constituição, própria de sociedades democráticas, e se torna ainda mais premente de questões em face da complexidade das mudanças trazidas pela pós-modernidade. Alça relevância o papel do intérprete, em especial, mas não apenas, do magistrado, na formulação das normas jusfundamentais que escapam da literalidade do dispositivo, dependendo, para sua validade, de uma fundamentação jusfundamental correta.

Em um sistema constitucional como o brasileiro, que permite o reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados (CF/88, art. 5º, § 2º), é possível formular normas de direito fundamental que decorram do sistema constitucional como um todo, sem vínculo direto com determinado dispositivo. Mas mesmo no âmbito do texto constitucional, quando se trata de direitos fundamentais situados fora do catálogo do art. 5º, torna-se mais complexa a atividade do intérprete em apontar sua correta identificação. Ainda assim, há cerca de doze possíveis exemplos de direitos fundamentais localizados nos Títulos VII e VIII da CF/88 (SARLET, 2006, p. 136-138), entre eles o direito à proteção do meio ambiente veiculado pelo art. 225.

Entretanto, cumpre atentar que a permanente busca humana por autonomia moral e reconhecimento leva à seguinte situação limite: para que a Constituição de um Estado Democrático e Social de Direito permaneça garantindo a afirmação da pessoa humana, não basta fundar-se na dignidade humana, é preciso ir além, para afirmar, mediante a leitura sistêmica da Constituição e pelo reconhecimento da abertura material do catálogo, a dignidade da vida em geral, e dos processos ecológicos essenciais que a mantêm e garantem sua continuidade intergeracional.

5 · NATUREZA FUNDAMENTAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Afirmar que existe um direito ao ambiente, dimensão subjetiva do Direito Ambiental, ainda não é afirmar a fundamentalidade desse direito. Não se discute que há um sistema legal de proteção ao meio ambiente e políticas públicas objetivamente formuladas para dar eficácia a essa proteção, mas cabe perquirir se é adequado falar em direito fundamental ao meio ambiente, do ponto de vista da pré-compreensão das premissas éticas do *estatuto jusfundamental*, e se essa perspectiva reforça ou enfraquece a tutela objetiva ao bem socioambiental (HAYWARD, 2005, p. 74).

É de se ter em linha de consideração três argumentos que parecem opor óbices contra a definição do direito ao meio ambiente como direito fundamental: a) trata-se de um direito difuso, cujo objeto de fruição é indivisível; b) não se pode buscar individualmente o reconhecimento desse direito em juízo; c) o direito do ambiente põe em conflito direitos dos animais e de elementos naturais inanimados contra direitos fundamentais titularizados à pessoa humana. Passaremos ao exame das três objeções apontadas, sendo que as duas primeiras, por sua proximidade temática, serão tratadas conjuntamente.

Afirmar a natureza difusa do direito ao ambiente nada mais é do que reconhecer uma característica compartilhada com os demais direitos de terceira dimensão, ditos direitos de solidariedade. Assim, a titularidade coletiva, que chega a ser indeterminável, é, justamente, marca distintiva desse grupo de direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 58). De fato, a difusibilidade desses direitos já fora apontada pela doutrina, como observado na seção anterior. O direito fundamental ao meio ambiente, como direito de solidariedade, é também um *interesse difuso*, termo que aqui empregamos em sua acepção processual, porque “[n]em são interesses meramente colectivos, nem puros interesses individuais, ainda que possa projectar-se, de modo específico, directa ou indirectamente, nas esperas jurídicas destas ou daquelas pessoas” (MIRANDA, 1993, p. 66).

Entretanto, a defesa do direito fundamental ao meio ambiente não se exaure exclusivamente no seu exercício coletivo. Há no direito ao meio ambiente, como consigna Jorge Miranda, uma pretensão negativa, visto que a conservação do meio ambiente resulta na possibilidade de cada pessoa buscar não ser afetada hoje por dano ao ambiente em que vive (MIRANDA, 1993, p. 476). Para a efetividade dessa pretensão negativa resultam necessários meios de acesso à justiça, mediante ação popular, ação civil pública ou outro meio processual legítimo, visando reparar ou acautelarse de dano ou ato lesivo.

Sobre o conflito entre direitos dos animais, ou mesmo de elementos naturais inanimados, e direitos fundamentais da pessoa humana, sustentar que o direito ao

bem-estar animal pode restringir a liberdade humana parece restringir os direitos fundamentais à primeira dimensão (DOMÉNECH PASCUAL, 2004, p. 33). A partir dessa leitura restrita, todos os direitos de solidariedade poderiam ser abordados como restrições ao direito de liberdade.

Acresce que nenhuma incompatibilidade opera entre os direitos fundamentais e a concomitante existência de deveres fundamentais. Pelo contrário, o complexo de deveres fundamentais correlatos ao feixe de direitos fundamentais ambientais visa a dar máxima eficácia àqueles direitos fundamentais, ressaltando a dimensão objetiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (TEIXEIRA, 2006, p. 92), que é a manutenção das condições dinâmicas propícias à vida.

Vale ainda lembrar, quanto à correlação entre dignidade humana e pesquisas com animais, que o respeito a parâmetros éticos e jurídicos para o progresso científico, democraticamente estabelecidos pela sociedade, em vez de obstaculizar a pesquisa científica possibilita o desenvolvimento de uma ciência acorde com os parâmetros sociais elegidos como humanamente relevantes. A capacidade de discernimento sobre quais as pesquisas e os métodos cientificamente necessários, que utilizem animais, seus órgãos, tecidos e código genético, e aqueles que são desnecessários, cruéis e mesmo fúteis, decorre da capacidade de agir com dignidade.

Nesse sentido, Richard A. Epstein ressalta a importância social e cultural dos animais na evolução da sociedade humana para descartar a hipótese de que os animais possam ser tratados apenas como objetos. Por outro lado, também não acolhe a identificação dos animais com outros grupos cujos direitos foram sendo reconhecidos ao longo da história, como escravos e mulheres, até porque escravos e mulheres sempre foram seres humanos, compartilhando da mesma natureza dos demais integrantes da espécie, ainda que tivessem sido equiparados a objetos ou declarados incapazes em determinadas fases da história humana. Descarta ainda, em contraposição irônica com a própria distinção entre racionalidade e animalidade efetuada por Kant, o que considera ser um *absolutismo em estilo kantiano* dos que pretendem equiparar a vida humana à vida animal, mas reconhece a necessidade de estabelecer uma hierarquia entre os animais, de modo a proteger os animais sencientes da dor, do medo, das condições precárias de vida e das pesquisas da indústria cosmética, entre outros males (EPSTEIN, 2004, p. 144).

A intensa socialização dos impactos decorrentes da instrumentalização do meio ambiente, como veículo para propósitos definidos pela técnica humana, rompe limites com os quais antes não se necessitava ter vigilância. A garantia de um ambiente hígido de contaminações genéticas torna-se garantia de continuidade dos processos bióticos, da vida em geral e da própria dignidade humana. A pessoa humana é duplamente afetada pela moderna biotecnologia: nossa espécie desenvolve as técnicas de alteração genética aplicáveis a outros organismos e, ao mesmo tempo, suporta, com nosso entorno, os impactos ambientais decorrentes.

A proteção à integridade e diversidade do patrimônio genético natural, como direito fundamental, encontra sua justificação na própria dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da CF/88, sem prejuízo de também encontrar suporte na abertura material do catálogo do art. 5º, e na sua estreita correlação com outros direitos fundamentais, em especial o direito à vida e ao meio ambiente. É incontroverso, pelo que já foi apresentado, que, quando se trata do direito à vida

no âmbito da ordem constitucional, não se está a reconhecer apenas o direito à existência biológica, mas a vida com dignidade e qualidade, em todas as suas formas, o que pressupõe uma relação com o entorno natural que não seja fundada na espoliação dos bens ambientais.

6 · CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A garantia de manutenção dos processos vitais que possibilitam a integridade e a continuidade do meio ambiente é um direito humano, reconhecido pelo direito internacional público, e, ao mesmo tempo, é um direito constitucional reconhecido pela Constituição Federal de 1988 e pela maioria das constituições dos países democráticos. É, pois, um direito fundamental.⁸ Canotilho alerta que a questão não é saber se, do ponto de vista da dogmática jurídica, há um direito fundamental ao ambiente, mas “em saber que tipo de direito fundamental se pretende positivizar na qualidade de direito fundamental ao ambiente” (CANOTILHO, 2004, p. 179).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 parece ser suficientemente clara no reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente, quando dispõe no *caput* do art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O primeiro direito fundamental ao ambiente, que dá sentido de unidade aos direitos ambientais, é o direito de acesso ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado corresponde o dever fundamental de defendê-lo e preservá-lo. A referência expressa às presentes e futuras gerações evidencia que a titularidade coletiva desse direito é exercida com cláusula de garantia de continuidade. A fruição dos atributos ambientais não pode comprometer a sua capacidade de reprodução e regeneração. O direito fundamental ao ambiente, em seu aspecto coletivo e intergeracional, traz consigo, por imperativo, o dever fundamental de proteção ambiental. Após, no § 1º do mesmo artigo, incisos de I a VII, o constituinte elenca rol de deveres de cumprimento necessário, para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esses deveres são cometidos diretamente ao Poder Público, que tem o encargo de desempenhar a governança ambiental e implementar as políticas públicas ambientais. Todavia, em se tratando de garantir um direito de máxima difusibilidade, devem ser observados por todos.

É de se avançar que o direito ao ambiente não se resume a apenas um único direito fundamental, mas representa verdadeiro conjunto de direitos fundamentais. Há, pela perspectiva dos direitos fundamentais, não apenas um feixe de direitos autônomos decorrentes do direito ao ambiente, mas inserção do direito ao ambiente no âmbito de outros direitos, como o direito à saúde, à habitação e dos trabalhadores (MIRANDA, 1993, p. 443-444). No mesmo sentido, a jurisprudência tem aplicado

8 E como tal reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. ADI-MC 3540 / DF - Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 1º.9.2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 3 fev. 2006, p.-00014 EMENT VOL-02219-03, p. 00528. Antes, em julgado de 1995, o STF adotara o mesmo entendimento ao julgar o MS 22164/SP, acórdão da lavra do mesmo relator (Julgamento: 30.10.1995. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 17 nov. 1995, p.-39206 EMENT VOL-01809-05, p. 01155).

direitos fundamentais já consagrados em prol da proteção ambiental. Conforme registra David Ordóñez Solís, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem reconhecido a dimensão ambiental de determinados direitos fundamentais.⁹ Essas tendências não são excludentes, ambas evidenciam a transversalidade socioambiental de todo o Direito, que encontra sua unidade na constituição ambiental.

6.1 · FUNÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

O direito fundamental ao meio ambiente apresenta função prestacional e de participação. Canotilho questiona a possibilidade de prestações ambientais originárias. Aduz que seria necessário fixar precisamente o conteúdo da prestação ambiental e estabelecer uma clara individualização das medidas ambientais necessárias, adequadas e proporcionais para satisfazer a pretensão em causa (CANOTILHO, 2004, p. 188-189). Nesse círculo de giz traçado pelo autor, pouco podemos avançar. Isso porque Canotilho tenta situar o direito fundamental ao meio ambiente como direito prestacional em sentido estrito, o que é incompatível com a natureza difusa dos efeitos das ações positivas do Estado. Veja-se que as ações do Estado em prol do meio ambiente não são em si difusas, mas se propagam difusamente, assim como ocorre com os impactos negativos. Por outro lado, o dever do Estado em promover ações positivas em prol do meio ambiente, no horizonte imediato e tendo em mira a responsabilidade com as futuras gerações, constitui-se em uma dimensão funcional prestacional, em sentido amplo, do direito fundamental ao meio ambiente (MEDEIROS, 2004, p. 115).

A discussão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais de proteção passa pela definição do seu objeto e alcance, vale dizer, sobre investigar as fronteiras em relação ao perigo que se busca evitar. No âmbito do direito fundamental ao ambiente, a possibilidade de fruição de um ambiente indene de significativos impactos adversos, sem a presença ativa do Estado, estaria virtualmente na dependência do isolamento de determinada área em relação à presença humana. Como os efeitos poluentes das atividades humanas se fazem sentir inclusive em regiões despovoadas, como o continente antártico, a hipótese se revela irrealizável. Aliás, não constitui nenhuma novidade que a fruição de determinados direitos fundamentais depende, para sua melhor efetividade, de prestações estatais na esfera organizacional e procedimental (SARLET, 2006, p. 226).

Esses aspectos procedimentais e organizacionais, que compreendem elementos de governança ambiental esboçados na Constituição Federal, encontram a sua plena operacionalidade no plano infraconstitucional. Realça, dos aspectos organizacionais e procedimentais do direito fundamental ao meio ambiente, a necessidade de uma permanente atividade cooperativa que inclua os órgãos competentes das três

9 Cita os casos *Kyrtatos vs. Grécia* (decisão de 22 de maio de 2003) e *López Ostra vs. Espanha* (decisão de 9 de dezembro de 1994), nos quais o direito à vida privada e familiar foi invocado em favor da proteção ambiental. Também é comentado o precedente *Hatton vs. Reino Unido* (decisão de 8 de julho de 2003), no qual o TEDH matiza o alcance da sua jurisprudência ante decisões estatais que têm incidência em questões ambientais, para concluir: “*Los Estados miembros deben tener en cuenta la protección del medio ambiente cuando actúan en el marco de su margen de apreciación y el Tribunal debe examinar la cuestión de si tal margen ha sido o no desbordado por los Estados miembros.*” (ORDÓÑEZ SOLÍS, 2006, p. 181-189).

esferas da federação, as instituições técnicas especializadas, a sociedade civil e até mesmo a cooperação com os governos estrangeiros, para dar cumprimento a todas as demandas das agendas ambiental e de biossegurança.

É próprio aos direitos fundamentais de solidariedade, por serem coletivos, e por conviverem com outros direitos fundamentais, que os instrumentos procedimentais de participação nos processos garantidores de sua eficácia jurídica e social busquem modelos cooperativos e participativos, os quais afetarão a própria organização do Estado. Avulta a necessidade de os gestores ambientais prestarem contas dos seus atos e que haja clareza no acesso à informação.

6.2 · CONFLITUOSIDADE EM FACE DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS – NÚCLEO ESSENCIAL E MÍNIMO AMBIENTAL

A conflituosidade entre o direito ao ambiente e o direito ao desenvolvimento, ou à habitação, ou à propriedade, não é essencialmente distinta de conflitos entre direitos fundamentais consagrados, como o direito à privacidade e o direito de imprensa. Na verdade, a conflituosidade é inerente aos direitos fundamentais, já que coexistem mutuamente, não sendo possível a um direito fundamental simplesmente anular ou se sobrepor a outro. Razão pela qual uma das mais desafiadoras partes da teoria dos direitos fundamentais diz com os métodos de solução de conflitos entre direitos fundamentais, uma vez que em um modelo de constituição aberta é inevitável que os diversos direitos fundamentais se restrinjam mutuamente.

A questão que se coloca é até onde o direito fundamental ao meio ambiente pode ser restringido em face de outro direito fundamental, vale dizer, quais as restrições às restrições sofridas por aquele direito. O que nos remete à questão do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente.

Algumas constituições europeias trazem disposições sobre o núcleo essencial. Assim, a Lei Fundamental da Alemanha dispõe que em nenhum caso o conteúdo essencial de um direito fundamental pode ser violado (art. 19.2), e a Constituição espanhola determina que a lei, ao regular os direitos fundamentais, deve sempre respeitar o seu conteúdo essencial (art. 53.1). No Brasil, ainda que não haja disposição semelhante, a relevância do estudo do conteúdo essencial reside na atividade de hermenêutica constitucional, e, portanto, no seu conteúdo mesmo concretizado pela aplicação judicial.

Observa-se que no plano normativo, já mesmo em nível constitucional, há a tendência de inclusão das questões ambientais na formulação das diversas políticas públicas e na definição principiológica da função social da propriedade urbana e agrária, o que confirma a opção socioambiental da ordem constitucional brasileira. Como essa inclusão se articula, na prática, é uma questão concernente à efetividade dos direitos fundamentais, entretanto o princípio do desenvolvimento sustentável, que se verá adiante, tem papel importante na solução desses conflitos.

Estreitamente relacionada com a questão do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente está a questão do mínimo ambiental. Por mínimo ambiental podemos firmar, a princípio, dois entendimentos, distintos mas não excludentes: a) o mínimo ambiental compreendido como a configuração de um mínimo existencial que inclua as condições ambientais mínimas compatíveis com a existência; b) o mínimo ambiental compatível com o atendimento de condições mínimas para

a realização do direito fundamental ao meio ambiente considerado em si mesmo. Cumpre, pois, esclarecer a própria noção de mínimo existencial.

Ricardo Lobo Torres afirma que: “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 1989, p. 29). Assim, o mínimo existencial tem duplo *status*, sendo protegido negativamente contra a intervenção do Estado, ao passo que é garantido positivamente por prestações estatais. Para o autor, o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza; e seu fundamento está nas condições do exercício da liberdade.

É estreme de dúvida que a degradação ambiental atinge de forma mais virulenta os mais pobres, do que são exemplos a desertificação, a contaminação dos rios, a escassez crescente das fontes de água potável e a poluição atmosférica. Se a atividade estatal em prol do mínimo existencial não considerar entre os seus componentes a variável ambiental, não será sustentável a médio e longo prazo, além de acarretar maiores custos no que se refere aos cuidados com a saúde pública e a nutrição.

O mínimo ambiental, além de atender as necessidades humanas básicas, haverá de incluir a garantia de continuidade dos atributos ambientais presentes. O mínimo ambiental é delineado sem prejuízo dos melhoramentos ambientais, já que entre os objetivos do direito ambiental, fixado em normas constitucionais e infraconstitucionais, estão o melhoramento e a restauração dos padrões ambientais. E aqui tangenciamos com outro tema, que é a proibição de retrocesso ambiental.

A proibição de retrocesso social é um princípio axiológico comum aos direitos fundamentais. Tem grande relevância no debate da eficácia dos direitos de solidariedade, especialmente ante as mudanças no Estado Social ocorridas nas últimas três décadas. A proibição de retrocesso *tout court* pode significar, tão somente, a incompreensão de novas questões sociais, que não podem ser resolvidas pelo mesmo antigo arranjo normativo. Cumpre antes verificar se o retrocesso que se insere no debate é um autêntico retrocesso ou uma mudança imprevista da agenda social.

Canotilho discute qual o critério a ser considerado na proibição do retrocesso ambiental, se a situação global ecológica ou os bens ecológicos concretamente considerados (CANOTILHO, 2004, p. 182). A situação global ecológica é critério por demais amplo para que possa ser considerado como parâmetro útil para os Poderes Públicos e os indivíduos. Quanto à operacionalização do princípio em relação aos bens ecológicos (água, solos, fauna e flora, na classificação do autor), indica o critério de *grau de esgotamento*. Ainda que se trate de um critério mais concreto, é de se ponderar que o Direito Ambiental deve atuar de modo a prevenir que se chegue a uma situação de limite de esgotamento, portanto a proibição de retrocesso ecológico deve ser fixada nos limites em que o bem ambiental tem capacidade de autorregeneração, do contrário estaria comprometido o dever constitucional em relação às gerações futuras.

Com razão Carlos Alberto Molinaro, quando afirma que a proibição da degradação ambiental visa a proteger o núcleo essencial do direito fundamental, e, portanto, a garantir a efetividade da própria Constituição, não apenas do ponto de vista estritamente jurídico, mas também em sua eficácia social. A partir dessa premissa, e considerando a natureza específica dos direitos fundamentais ambientais, e a proteção ao mínimo existencial ambiental, o autor avança, ao afirmar que o princípio de proibição de retrogradação socioambiental “não está submetido ao denominado

princípio da reserva do possível, tampouco ao princípio da reserva parlamentar orçamentária” (MOLINARO, 2007, p. 437-438). Essa *reserva da reserva*, em alusão à reserva do possível, é condizente com a própria natureza essencial do mínimo ecológico quanto à efetividade dos direitos fundamentais ambientais. Qualquer organização política que não assegure hoje o mínimo ecológico deixa de observar a responsabilidade intergeracional e, portanto, não preenche as condições elementares para o efetivo cumprimento da constituição ambiental.

6.3 · FEIXE DE DIREITOS AMBIENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Canotilho distingue com acuidade entre os direitos relacionados com a primeira geração de problemas ecológicos e os direitos relacionados com a segunda geração de problemas ecológicos (CANOTILHO, 2004, p. 177-178). Aqui o termo *geração* é adequado porque diz com o sequenciamento cronológico de agendas ambientais. Os problemas de primeira geração são aqueles relativos à poluição das águas, ar e solo e à degradação dos elementos naturais pelo seu uso não sustentado. Referidos problemas são próprios da organização social industrial do século XX e manifestam-se em âmbito local ou regional.

Entre os problemas ecológicos de segunda geração, Canotilho ressalta aqueles relacionados com a higidez da atmosfera e as mudanças climáticas. Em comum, esses problemas são próprios de um mundo globalizado, decorrem de múltiplas causas e são de complexa reversão. Trazem à baila a tormentosa questão da responsabilidade ambiental intergeracional e da definição de parâmetros globais de governança dos recursos planetários comuns. Compartilham as mesmas características de problemas de segunda geração, ainda que não citados pelo autor, a contaminação por organismos geneticamente modificados, o acúmulo de substâncias tóxicas no ambiente e a contaminação radioativa.

No âmbito do direito internacional público, a Convenção sobre a Diversidade Biológica consagra a conservação da diversidade biológica como interesse comum da humanidade, do que decorre o dever de preservá-la. Ressalte-se que como as diversas espécies vivas integram uma complexa rede de cadeias alimentares, é impossível ter o conhecimento exato dos efeitos da redução da diversidade em um grupo de espécies em relação à totalidade de seres vivos. O conceito de diversidade biológica, portanto, está inarredavelmente vinculado com as noções de meio ambiente e ecossistema.

A segunda consequência jurídica da definição da conservação da diversidade biológica como interesse comum da humanidade é o reconhecimento de que cada indivíduo, de todas as gerações presentes e futuras, possui o direito e o dever de participar da conservação do patrimônio genético. Daí se extrai que os países signatários da convenção devem considerar em seu ordenamento interno a proteção ao patrimônio genético tendo em vista garantir a conservação da diversidade biológica.

7 · A DEFESA DO MEIO AMBIENTE COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

A caracterização do meio ambiente como *bem coletivo total* e o reconhecimento do direito de todos à proteção do ambiente ecologicamente equilibrado e à integridade e diversidade do patrimônio genético, extraídos ambos do art. 225 da Carta

Republicana, articulam-se com a defesa do meio ambiente como princípio conformador da ordem econômica (CF/88, art. 170, inciso VI), bem como com as demais normas constitucionais sobre meio ambiente ou que tratem de matérias relacionadas.

De acordo com Eros Grau, a defesa do meio ambiente, erigida em princípio da ordem econômica, é “dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas” (GRAU, 1997, p. 261), vale dizer, é princípio que explicita valoração política que evidencia o núcleo ideológico de macrovalores dominantes no processo constituinte. Os princípios conformadores são definidores da forma do Estado, da estrutura do Estado e do regime político (CANOTILHO, 2002, p. 1150). Os princípios da ordem jurídica da economia são elementos essenciais da organização normativa do fenômeno econômico, definindo a forma como se realiza aquela atividade (DERANI, 1997, p. 236). A inclusão da defesa do meio ambiente como princípio conformador da ordem econômica tem, portanto, profunda influência em toda a organização socioeconômica e política do país.

As correlações entre ecologia e economia, não obstante evidenciadas desde o prefixo comum a ambas, que remete ao étimo grego *oikos* (casa), são complexas e não raro evidenciam litígios de grande porte entre concepções conflitantes sobre a organização da espécie humana em sociedade. Até a consolidação da sociedade industrial e de massas, no segundo pós-guerra do século XX, o ambiente era tratado como conjunto de recursos naturais. Nos últimos quarenta anos passou a ser objeto de investigações econômicas. Inicialmente, como um fator limite para o desenvolvimento econômico. Após, como dado que confere sentido a um desenvolvimento que seja sustentável pela disponibilidade racional de recursos naturais e pela capacidade em absorver as emissões geradas pelo homem.

O desenvolvimento sustentável constitui-se na formulação de um compromisso político da comunidade internacional e incorporado aos ordenamentos constitucionais de diversos países. Tem por objetivo a manutenção dos recursos naturais (apropriados no processo de produção), compatibilizada com a construção da sadia qualidade de vida, vale dizer, do bem-estar social e ambiental (DERANI; RIOS, 2005, p. 89). Todos esses fatores correlacionados e operantes em economias industriais de mercado. O relatório *Nosso Futuro Comum* foi apresentado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e escrito no marco histórico imediatamente anterior à queda do Muro de Berlim, quando persistia a divisão entre economias capitalistas e de modelo soviético. Assim, nem adentrou sobre as possibilidades da sociedade pós-industrial nem sobre a melhor organização econômica interna de cada país. Apenas refere que o desenvolvimento sustentável encontra limites impostos pela tecnologia e pela organização social.

O conceito de desenvolvimento sustentável, por evitar as grandes polêmicas relacionadas com a interação entre ambiente e economia, traz consigo o risco de se constituir em um discurso sem concretude e, portanto, em uma ideologia, resultando na legitimação das práticas exploratórias existentes, ligeiramente melhoradas, decerto, mas sem indicar qualquer mudança de padrão tecnológico, ou no regime de propriedade ou na melhor distribuição dos resultados econômicos pela sociedade. O emprego acrítico dos termos *desenvolvimento sustentável* e *responsabilidade socioambiental* possibilita reduzir esses conceitos a meros jargões do cotidiano econômico, conferindo aparência de funcionalidade aos modelos econômicos preexistentes.

Não se deve confundir a otimização no uso de recursos com sustentabilidade. O melhor uso de recursos ambientais, factualmente limitados, dilata o exaurimento desses recursos no tempo, mas não transmuta em renováveis recursos limitados como minerais ou que têm sua sustentabilidade limitada por motivos populacionais, como a criação de mamíferos domésticos para fins de alimentação humana.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foi apresentada como uma proclamação de 27 princípios que sintetizam os pontos de convergência dos Estados-Partes da Conferência. A formulação mais clara do desenvolvimento sustentável está no princípio 3 da Declaração: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e do meio ambiente das gerações presentes e futuras” (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1997, p. 593-594).

Todavia, o princípio 3 da Declaração do Rio só pode ser adequadamente compreendido se lido conjuntamente com o princípio 4 (SANDS, 2003, p. 55). O princípio 3 constitui-se em uma conquista dos países em desenvolvimento, pois reconhece o direito ao desenvolvimento daquelas nações. De fato, antes de dizer que o desenvolvimento deve ser pautado por esta ou aquela diretriz, o princípio 3 afirma a existência de um direito internacional ao desenvolvimento. E os seus efeitos, na comunidade internacional, devem ser equitativos, para as presentes e futuras gerações. Há um claro propósito distributivista na formulação daquele princípio, o que é reforçado na correlação entre combate à pobreza e promoção do desenvolvimento sustentável (princípio 5). Por sua vez, o princípio 4 tem a seguinte redação: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada isoladamente deste” (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1997, p. 594). O princípio 4 expressa o compromisso de avançar a agenda ambiental dos debates diplomáticos para o centro da economia. A proteção ao meio ambiente não é mais um fator de limitação ao desenvolvimento. Pelo contrário, o desenvolvimento passa a ser avaliado, também, pelo grau de proteção ambiental que propicia.

É na leitura conjunta do princípio 3 com o princípio 4 que o desenvolvimento sustentável começa a adquirir consistência.

Em diversas outras passagens da Declaração do Rio as referências tópicas ao desenvolvimento sustentável vão sendo apresentadas e estabelecem correlações de valor e sentido que permitem fixar parâmetros substantivos para o modelo de desenvolvimento proposto. Assim, os seres humanos são o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável, reconhece-se o seu direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza (princípio 1). A responsabilidade dos países em prol do desenvolvimento sustentável é comum, mas diferenciada, reconhecendo-se o maior impacto dos países industrializados (princípio 7). As modalidades de produção e consumo insustentáveis devem ser reduzidas e eliminadas (princípio 8). O saber científico e tecnológico deve contribuir ao desenvolvimento sustentável (princípio 9). O sistema econômico internacional deve contribuir para o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável de todos os países (princípio 12). Deve-se promover a participação das mulheres, dos jovens e das populações indígenas no desenvolvimento sustentável (princípios 20, 21 e 22, respectivamente). O desenvolvimento sustentável tem compromisso com a paz mundial (princípios 24 e 25).

O desenvolvimento sustentável opera, portanto, em duas dimensões distintas, ainda que complementares: a da ordem econômica internacional e a da organização da economia nacional de cada país. No âmbito internacional, o desenvolvimento sustentável representa uma importante flexão nas normas de direito internacional econômico, pois vai contra a lógica liberal de tratamento igualitário para todos os Estados, com a consequente liberação do comércio internacional sem considerar as necessidades sociais e ambientais dos diversos países (VARELLA, 2003, p. 39).

A observância ao desenvolvimento sustentável no âmbito da ordem econômica internacional acarreta inevitavelmente a consideração das principais convenções internacionais sobre meio ambiente na tomada de decisões sobre comércio internacional, nomeadamente, da Convenção sobre a Diversidade Biológica, da Convenção sobre Mudanças Climáticas, da Convenção do Habitat, da Convenção do Desenvolvimento Social e da Agenda 21 (VARELLA, 2003, p. 43).

Embora a Constituição Federal de 1988 não faça referência nominal ao desenvolvimento sustentável, estreme de dúvida que é o único modelo compatível com a leitura sistemática do seu art. 170. A conclusão decorre do agregado normativo de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) e de constituir objetivo fundamental da República garantir o desenvolvimento nacional (CF/88, art. 3º, II), delimitando uma principiologia geral da atividade econômica que inclui a defesa do meio ambiente e uma principiologia específica do meio ambiente (CF/88, art. 225), a qual inclui a responsabilidade intergeracional.

A noção de sustentabilidade diz com a capacidade de realizar mudanças econômicas qualitativamente positivas e duráveis ao longo de gerações. É expressão na ordem econômica da responsabilidade intergeracional e, portanto, da formação e proteção de um patrimônio ambiental da humanidade (MACHADO, 1994, p. 46). O desenvolvimento não sustentável mais cedo ou mais tarde afeta o pleno desenvolvimento da pessoa humana, reduzindo as liberdades das gerações futuras (VARELLA, 2003, p. 43).

O princípio de defesa do meio ambiente não se constitui em uma simples obrigação de não fazer, definida pelo não molestar o ambiente, mas na exigência de uma conduta ativa do agente econômico, na busca da sustentabilidade. Portanto, qualquer atividade econômica que não considere a variável ambiental deixará de atender aos requisitos constitucionais para aquela atividade (DERANI, 1997, p. 237-238). Ademais, as políticas públicas correlatas com as políticas econômica e ambiental devem ser harmonizadas em torno da sustentabilidade.

Essa busca pela sustentabilidade torna-se tanto mais evidente na medida que a Emenda Constitucional nº 42, de 31 de dezembro de 2003, alterou o art. 170, inc. VI, para acrescentar após “defesa do meio ambiente”, a oração “*inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*”. Essa interação entre os artigos 225, *caput* e 170, inciso VI, da Constituição Federal se dá além da intranormatividade inerente ao texto constitucional, para alcançar os próprios elementos da realidade de que tratam aqueles dispositivos constitucionais (DERANI, 1997, p. 239-240).

Na busca de superar a conflituosidade entre economia e ambiente, dentro da perspectiva de integração dos componentes ecológicos na ordem da economia social de mercado deve haver uma atitude de precaução na avaliação e no planejamento da

atividade econômica, de modo a garantir a integridade do ambiente onde aquela atividade impactará. Trata-se, portanto, de ampla reestruturação do Estado e da economia, que torna imperativas a formulação e a implementação de políticas públicas ambientalmente adequadas, vale dizer, sustentáveis. E nesse ponto também se faz necessário que o Estado, seja como agente planejador, indutor ou protagonista da atividade econômica, atue em prol de uma economia que seja ecológica e social.

8 · CONCLUSÕES

O meio ambiente é reconhecido como um direito humano, na ordem internacional, e como um direito fundamental no âmbito das constituições nacionais. Na Constituição de 1988, o meio ambiente é tratado como direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem ambiental e como princípio conformador da ordem econômica. O acesso à justiça, inclusive de forma coletiva, é assegurado para garantir a proteção ambiental ou reparar o dano.

A abordagem do meio ambiente como um direito fundamental apresenta vantagens ante a mera objetivação da disciplina legal dos bens ambientais. A nota de fundamentalidade do direito ao meio ambiente explicita o vínculo inexorável entre o meio ambiente sadio e a dignidade da vida humana. É falaciosa a pretensão de tratar objetivamente algo que não apenas nos rodeia e envolve, mas do qual fazemos parte, cabendo lembrar que a espécie humana é uma forma de vida resultante da biosfera deste planeta, circunscrita a limitantes físicos, químicos e geológicos comuns.

O meio ambiente é um sistema altamente complexo de interações energéticas que ocorrem em escalas diversas, ordenado de forma a propiciar a vida e a sua reprodução, em cujo próprio conceito se inclui o resultado desses processos, vale dizer, a vida em sua biosociodiversidade. A constituição ambiental estabelece os princípios, direitos, deveres, objetivos e meios de governança e de acesso à justiça correspondentes à biosociodiversidade de cada país.

O direito fundamental ao meio ambiente, e o feixe de direitos fundamentais daí decorrentes, funda-se na dignidade humana e, especialmente, na dignidade da vida em geral. Sem reduzir o valor específico da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Constituição reconhece a dignidade da vida em geral e protege os processos ecológicos que possibilitam sua diversidade e continuidade.

No que concerne particularmente à pessoa humana, em razão da autonomia moral, torna-se possível o reconhecimento de si mesmo, do seu entorno e da liberdade de escolha que leva ao estabelecimento de instituições que maximizem a ciência em prol da pessoa humana e do ambiente.

A opção constitucional por um modelo de desenvolvimento sustentável acarreta o dever de agir proativamente, na afirmação de soluções econômicas e tecnológicas menos impactantes, e, preferencialmente, renováveis.

No Brasil, é possível verificar que a Constituição de 1988, a partir do direito fundamental ao meio ambiente enunciado no art. 225 e da sistematização das demais normas constitucionais relacionadas com o meio ambiente, estabelece abrangente sistema de proteção constitucional do meio ambiente, conformando-se em articulada Carta Ecológica Constitucional, à qual cabe dar efetividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Tradução de Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Agenda 21*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DERANI, Cristiane; RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Princípios gerais do direito internacional ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney (org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis; Brasília: IEB, 2005. p. 87-122.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. Barcelona: Atelier, 2004.
- EPSTEIN, Richard A. Animals as objects, or subjects, of rights. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (ed.). *Animal rights: current debates and new directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 143-161.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GASPAR, Pedro Portugal. *O Estado de emergência ambiental*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HAYWARD, Tim. *Constitutional environmental rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica internacional*. São Paulo: Editora Senac, 2000.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo IV.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- O'GORMAN, Roderic. Environmental constitutionalism: a comparative study. *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 6, issue 3, p. 435-462, Nov. 2017.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad: derechos sociales, medio ambiente y consumidores*. Granada: Comares, 2006.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

SALINAS DE FRÍAS, Ana. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37-111.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOARES, António Groucha. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

TSCHENTSCHER, Axel. *The Basic Law (Grundgesetz) 2016: the Constitution of the Federal Republic of Germany (May 23rd, 1949) – introduction and translation*. 4th ed. Bern/Würzburg: Jurisprudentia, July 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501131.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción castellana de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

A DEFESA DE DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO

A evolução jurisprudencial e legal da eficácia do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro

*José Mauro Queiroz Rocha¹
Erika Conceição Gelenske Cunha²*

Sumário: 1 Introdução. 2 A origem do mandado de injunção. 2.1 A introdução do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2 Mandado de injunção como uma inovação jurídica para sanar as normas constitucionais de eficácia limitada. 3 Teorias da eficácia das normas jurídicas. 3.1 Normas jurídicas de eficácia plena. 3.2 Normas jurídicas de eficácia contida. 3.3 Normas jurídicas de eficácia limitada. 4. Características do mandado de injunção. 4.1 O mandado de injunção. 4.2 Conceito. 4.3 Procedimento. 4.4 Espécies. 4.5 Legitimidade. 4.6 Objeto. 4.7 Finalidade. 4.8 Competência. 5. Teorias da eficácia do mandado de injunção. 5.1 Teorias doutrinárias. 6 O mandado de injunção no caso concreto. 6.1 A evolução jurisprudencial. 7 A lei e a eficácia da decisão do mandado de injunção. 7.1 Eficácia da decisão à luz da Norma Legal n. 13.300/2016. 8 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

Após um longo período de ditadura militar, que durou cerca de vinte anos, a Carta Política de 1988 foi promulgada em face dos excessos que ocorreram no período de ditadura. A vigente Constituição Federal foi marcada por uma forte proteção contra o Estado e um excessivo protecionismo em favor da sociedade em geral, trazendo em seu corpo um rol extensivo de direitos e garantias individuais e coletivas, alguns já produzindo todos seus efeitos e outros dependendo de normas infraconstitucionais para os produzirem.

A fim de proteger esses direitos em si positivados e dependentes de legislação complementar para que seus titulares possam deles gozar, a própria Constituição Federal traz o instrumento que visa a impedir que direitos não sejam desfrutados por inércia legislativa da máquina estatal. No inciso LXXI de seu art. 5º, a Constituição da República Federativa do Brasil, de forma inédita, prevê-se que o mandado de injunção (MI), tema central deste estudo, será concedido sempre que a falta de norma

1 Servidor Público do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário. Graduado em Gestão Pública pela Universidade Metodista de São Paulo.

2 Professora Orientadora. Docente do Ensino Superior na Universidade Estácio de Sá e Fundação Getúlio Vargas nas modalidades presencial e EaD. Pesquisadora. Mestre em Bens Culturais Projetos Sociais (FGV). Especialista em Ensino Superior, Psicologia, Gestão Estratégica de Recursos Humanos e Inovação em Turismo. Graduada em Psicologia e Turismo.

regulamentadora não viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção, inovação jurídica trazida pela Carta Magna de 1988, consiste em remédio constitucional que visa a combater a omissão e a morosidade da função legislativa e reguladora do Poder Público, a fim de fazer valer o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição Federal (MORAES, 2015).

Por ser esse um instrumento nunca previsto em constituições anteriores e só ter sido regulamentado recentemente em 2016, nesses pouco mais de 28 anos da Lei Maior, os tribunais tiveram que aprender a lidar com ele, havendo mudanças na posição jurisprudencial adotada pela Corte Suprema do País, o que trouxe, deste modo, o questionamento: de que forma a evolução jurisprudencial e legal acerca do mandado de injunção vai ao encontro da concretização dos direitos constitucionais?

Há uma hipótese, um pré-julgamento, de que a posição concretista adotada pela jurisprudência e ratificada pela lei tornou mais viável o exercício do direito fundamental previsto em norma de eficácia limitada por seus titulares. Aproximando-se, assim, o direito da ética.

O presente artigo tem como objetivo descomplicar o entendimento sobre o mandado de injunção e sua aplicação no caso concreto, para isso pretende-se explicar seu conceito, suas especificidades, a evolução jurisprudencial de sua eficácia, compreendendo a atual aplicação da recente Lei n. 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção, legalizando a eficácia das decisões de tais ações constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a Constituição Cidadã, pois, como dito anteriormente, ela carrega diversos direitos dados aos cidadãos pelo poder constituinte originário, sendo de suma importância que estes não sejam impedidos de gozar tais direitos por simples inércia ou falta de conveniência do legislador infraconstitucional. É trabalhado, neste artigo, o instrumento que o próprio constituinte originário disponibilizou para que o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos não sejam inviabilizados por negligência de outro Poder. Sendo, assim, cuida-se de uma matéria de relevância social, pois tal remédio constitucional pretende que os titulares desses direitos fundamentais não sejam privados do seu exercício.

Este estudo foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental de abordagem qualitativa de caráter exploratório – ou seja, foram realizados levantamentos de informações através de doutrinas publicadas, de julgados e jurisprudências e de documentos jurídicos oficiais e legais, os quais serviram de base fundamental teórica para a análise do que ocorre na prática acerca do tema –, o que proporcionou, deste modo, maior familiaridade com o problema e foco principal no processo e seu significado, qual seja: a evolução da eficácia das decisões de mandados de injunção e a efetiva concretização de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

2 · A ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 · A INTRODUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com base na doutrina de Bonavides (2015), a constituição passou por três etapas históricas de suma importância que tiveram relação com os valores políticos,

jurídicos e ideológicos na caracterização formal das instituições. A primeira fase da constituição é vinculada ao modelo francês e ao inglês do século XIX; a segunda, atrelada ao modelo norte-americano; e, por último, iniciada em meados de 1930 e ainda em curso, tem-se a visão de traços fundamentais no sistema jurídico brasileiro, atados ao constitucionalismo alemão. O referido autor classifica a Carta Magna de 1988 como uma Constituição do Estado social, ou seja, “uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder” (BONAVIDES, 2015, p. 379).

A fim de entender melhor essa classificação, é importante compreender que o surgimento da Constituição Federal de 1988 veio após um longo período de ditadura militar, como dito anteriormente, fazendo com que o novo ordenamento fosse tomado excessivamente de normas protecionistas em favor da sociedade, em face das atrocidades contra os direitos humanos que ocorreram durante esse período obscuro da ditadura militar. Por isso, a Constituição vigente, ao estabelecer uma enorme gama de direitos sociais e liberdades em relação às Constituições anteriores, é conhecida como a “Constituição Cidadã”.

O constituinte originário, à época, viu-se preocupado em conferir eficácia às normas contidas na nova Constituição, havendo discussões acerca da criação de mecanismo com o qual a nova Constituição dispusesse meio hábil para possibilitar a aplicação de direitos nela previstos. Há controvérsias sobre o momento da criação de tal instrumento, mas consta, nos anais do Senado Federal, a defesa – pelos constituintes Ruy Bacelar, Virgílio Távora, Carlos Virgílio e também Gastone Righi – de uma ferramenta capaz de reprimir a omissão legislativa, quando da falta de norma regulamentadora que limitasse o seu direito.

Assim, no contexto histórico da redemocratização do País, surge o mandado de injunção, o qual pretende harmonizar o ser e o dever-ser, a fim de que o povo, para quem a Constituição foi criada, não tenha limitados os seus direitos por omissão legislativa. Observa Canotilho (1993, p. 367 *apud* TAVARES, 2012, p. 1018):

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras ativas de direitos e liberdades constitucionais. Se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.

Trata-se de uma visão bastante crítica dos órgãos normativos, o que ratifica a importância do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 · MANDADO DE INJUNÇÃO COMO UMA INOVAÇÃO JURÍDICA PARA SANAR AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Observa-se em ordenamentos jurídicos de outros países que há institutos semelhantes ao mandado de injunção brasileiro, por exemplo: os mandados do direito inglês e do norte-americano. Embora apresentem a mesma grafia na tradução, o *writ of injunction*, tanto o previsto no direito norte-americano quanto o do direito inglês, não se comparam no instituto prático ao *writ* instituído pela Carta de 1988.

Bastos (2010), ao fazer a analogia do instrumento brasileiro com o de ordenamentos jurídicos internacionais, afirma que o mandado de injunção pátrio é um instrumento inédito, sem precedente tanto no direito nacional quanto no alienígena.

Também refutando a igualdade a instrumentos análogos no direito inglês e no antigo direito português e afirmando que cabe aos órgãos jurisdicionais e à doutrina a definição do mandado de injunção, Moraes (2015, p. 180) ensina:

Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da injunção norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

Entende da mesma forma Piovesan (2003, p. 178) quando assevera que, “nos moldes em que é concebido, o mandado de injunção não encontra similar no direito alienígena”.

No mesmo sentido, Fernandes (2016) leciona que, nas mesmas especificidades do atual mandado de injunção brasileiro, não há paradigmas adequados em busca no direito comparado.

Ante ao exposto, observa-se que poucos doutrinadores abordam a questão histórica do mandado de injunção e quando o fazem não se aprofundam no tema, demonstrando-nos o pensamento majoritário acerca da existência de institutos semelhantes em direitos alienígenas, mas com a observação de que o mandado de injunção brasileiro é singular, sendo sua origem e sua natureza jurídica definidas pelo direito pátrio, em sede de doutrina e jurisprudência.

3 · TEORIAS DA EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Faz-se necessário, antes de aprofundar estudo do mandado de injunção, abordar a eficácia das normas jurídicas em uma análise não tão profunda, sem esgotar todo o assunto, a fim de introduzirmos definitivamente o remédio constitucional em epígrafe.

Há algumas correntes acerca deste tema, todavia preferimos utilizar a classificação segundo José Afonso da Silva, por ser a mais utilizada. Conforme Paulo e Alexandrino (2016, p. 57) pontuam, “O professor José Afonso da Silva formulou uma classificação das normas constitucionais, que, sem dúvida, é a predominantemente adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias”. Para não ser explanado apenas um ponto de vista, abordaremos em conjunto a conceituação ministrada por Maria Helena Diniz, que, embora tenha uma classificação divergente daquela elaborada por José Afonso da Silva, traz diferença que é meramente literal, apresentando em sua essência as mesmas características, à exceção de uma nova classificação denominada norma de eficácia absoluta, conforme será exposto no próximo item.

3.1 · NORMAS JURÍDICAS DE EFICÁCIA PLENA

Como a definição já diz, são aquelas que estão plenas (prontas) para produzir ou têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, sem necessidade de norma infraconstitucional. Possuem, inclusive, aplicabilidade direta, imediata e integral, seja em sede de poder constituinte

originário, seja em decorrência do poder constituinte reformador, quando da promulgação de emendas à constituição.

Silva (2012, p. 100) leciona que as normas de eficácia plena são

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situação, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Por sua vez, Maria Helena Diniz estabelece uma nova classificação: as normas supereficazes ou de eficácia absoluta. Advoga Diniz que, além de a norma constitucional ter plena executabilidade a partir da entrada em vigor da Constituição, esta norma é imutável, ou seja, “contra elas nem mesmo há o poder de emendar” (DINIZ, 2001, p. 109).

No que tange à classificação acerca das normas constitucionais de eficácia plena, o significado desta tem semelhança com o da classificação do professor José Afonso da Silva, tendo Diniz (2001, p. 112) se posicionado da seguinte maneira:

São plenamente eficazes, as normas constitucionais que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas.

Analisados os entendimentos supramencionados, é pacífico o entendimento de que as normas de eficácia plena são autoaplicáveis e não exigem norma complementar ou que restrinja o seu sentido. Tais normas não serão objeto deste estudo, haja vista que a defesa destas deve ser tratada por meio de outros remédios constitucionais que não o mandado de injunção, já que não há omissão de norma regulamentadora, podendo ser protegidas por *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança ou ação popular, conforme o caso.

3.2 · NORMAS JURÍDICAS DE EFICÁCIA CONTIDA

Quanto à aplicabilidade, estas se assemelham à norma de eficácia plena, ou seja, possuem aplicabilidade direta, imediata, no entanto não possuem aplicabilidade integral, pois podem ser restringidas por normas regulamentadoras, ou seja, o legislador ordinário pode vir a limitar uma norma jurídica, reduzindo a sua abrangência.

Nesse sentido explica Puccinelli Júnior (2013, p. 111-112):

As normas compreendidas nesta categoria apresentam altíssimo grau de eficácia, visto que propensas à produção de todos os seus efeitos, ao mesmo tempo que se dobram a uma virtual relativização operada em face de restrições constitucionalmente autorizadas. É dizer: possuem eficácia plena e imediata, mas possivelmente não integral.

Desde o nascedouro, gozam de aplicabilidade e surtem efeitos plenos. Porém, na medida em que se materializarem os pressupostos de sua restrição, perdem abrangência e deixam de reger hipóteses dantes imersas em sua zona de incidência.

Esta redução da abrangência de uma norma constitucional pode ocorrer por diversos instrumentos – por outras normas constitucionais, edição de regramentos

infraconstitucionais ou pela ocorrência de determinadas situações, como diante do estado de defesa ou do estado de sítio, podendo-se impor restrições aos direitos fundamentais; ou, ainda, por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, conforme leciona Silva (2012).

Apresentando o mesmo conceito, mas inspirada nas lições de Michel Temer, Maria Helena Diniz propõe uma mudança de nomenclatura, denominando-as essas como de eficácia relativa restringível. Assim explica Diniz (2001, p. 113):

Correspondem essas normas às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas, aceitando a lição de Michel Temer, preferimos denominá-la normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa.

O art. 5º, XII, da Constituição Federal, que trata sobre o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, é um exemplo clássico de norma constitucional de eficácia contida, ou seja, qualquer trabalho, profissão e ofício são, desde a promulgação da Constituição Federal, exercíveis por qualquer pessoa do povo. A partir disto, lei posterior poderá ser editada no sentido de restringir essa eficácia, com limitações previstas no ordenamento jurídico; é exemplo o direito de exercer a advocacia, que é regulado pela Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, a qual estabelece em seu art. 3º que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”.

3.3 · NORMAS JURÍDICAS DE EFICÁCIA LIMITADA

São normas de eficácia indireta, mediata e reduzida, ou seja, que não produzem efeito no momento da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, pois, diferente das outras, dependem de uma norma ulterior regulamentadora a fim de que o texto normativo tenha efeito no campo prático.

Segundo Puccinelli Júnior (2013, p. 113),

As normas de eficácia limitada não surtem a plenitude de seus efeitos de imediato, necessitando de complementação legislativa ou de atuação administrativa para lograrem aplicação integral. Por isso, diz-se que tal espécie não é autoaplicável, porquanto sua inteira operatividade condiciona-se a uma futura e incerta regulamentação (integração) normativa, quando não se faz dependente da gestão governamental. Ornada com uma estrutura quase esquelética, essa categoria normativa detém aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

A fim de detalhar um pouco mais a denominação da abordagem consagrada por José Afonso da Silva, Diniz (2001) faz uma ressalva no que concerne à nomenclatura de tal classificação, chamando-a de norma de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, pois depende de complementação por meio de lei ordinária ou lei complementar. Assim, por não terem essas normas recebido do constituinte normatividade suficiente para regulamentação de seu conteúdo, dependendo do Poder Público regulamentar a matéria por norma infraconstitucional, a autora preferiu denominá-las como normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa.

É válido exemplificar tal abordagem com o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, o qual dispõe “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites

definidos em lei específica”. Tal lei nunca foi criada no ordenamento jurídico pátrio, restando inviável, em princípio, o exercício do direito constitucional mencionado, porém esse assunto será abordado com maior detalhe quando analisarmos a evolução jurisprudencial da eficácia da decisão.

4 · CARACTERÍSTICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 · O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Posteriormente, a Lei n. 13.300/2016 em seu art. 2º também o prevê:

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

À luz da previsão constitucional, a doutrina majoritária já apontava dois requisitos ao mandado de injunção: a) falta de norma regulamentadora a uma previsão constitucional e b) inviabilidade de exercer direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Exige-se nexo causal entre estes dois requisitos, conforme apontam Tavares (2012), Moraes (2015) e Fernandes (2016) em suas obras.

Nesse sentido, Puccinelli Júnior (2013) leciona tratar-se de uma garantia sem precedente que pressupõe a existência de um nexo de causalidade entre a inviabilização do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional e a omissão normativa.

Em uma abordagem rígida, Temer (2012, p. 745) profere:

Pode-se até criticar a sua previsão constitucional. Pode-se até pleitear, na revisão, sua exclusão da Carta Magna. O que não se deve é torná-lo letra morta, inviabilizá-lo de tal modo que “a falta de norma regulamentadora” continue a fazer “inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI).

Observamos, assim, que tal instrumento atua sobretudo na seara das normas constitucionais de eficácia limitada, pois, por falta da norma regulamentadora de direito constitucional, o cidadão fica sem ferramentas legais para concretamente exercê-lo. Verifica-se, deste modo, a importância desse remédio no Direito Constitucional.

4.2 · CONCEITO

Trata-se de ação constitucional que, no intuito de suprir a omissão do Poder Público, almeja a viabilizar um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista em normas de eficácia limitada positivadas constitucionalmente.

O mandado de injunção brasileiro é pioneiro no ordenamento jurídico mundial, sendo um instrumento disponível a qualquer pessoa prejudicada pela omissão de norma regulamentadora, objetivando garantir a concretização de direitos, prerrogativas e liberdades – haja vista a inércia da própria administração pública, conferindo, assim, sua imediata aplicação, logo evitando que a constituição se torne “letra morta”.

De acordo com os ensinamentos de Silva (2015, p. 451),

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.

Observa-se que Silva (2015) menciona o §1º do art. 5º da Constituição Federal, que prevê: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, legitimando a imediata existência, eficácia e aplicabilidade do mandado de injunção, quando a norma constitucional de eficácia limitada não possuir imediata aplicação.

Temer (2012) afirma que será cabível o mandado de injunção sempre que a omissão de norma regulamentadora causar prejuízos a outrem. Para o autor, o Poder Judiciário, caso entenda que a omissão esteja caracterizada, detém poderes suficientes para implementar a norma constitucional carente de regulamentação.

No mesmo sentido, Bulos (2015) aponta essa ação como meio processual constitucional à disposição do indivíduo impedido de exercer prerrogativas, direitos e liberdades constitucionais por falta de norma regulamentadora para que este os possa exercer.

Observa-se que a conceituação do mandado de injunção é muito próxima entre os diversos autores, uma vez que o legislador foi bem claro ao inserir seu conceito no texto constitucional, posteriormente, ratificado na Lei n. 13.300/2016.

4.3 • PROCEDIMENTO

Importante ressaltar que, embora tenha havido mora na edição de uma lei que regulamentasse o assunto, os procedimentos utilizados no mandado de injunção eram observados no que cabia, os mesmos da norma de mandado de segurança, conforme disposto pelo parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990.

Todavia, no dia 23 de julho de 2016, foi promulgada a Lei n. 13.300, que dispõe sobre o processo e o julgamento do mandado de injunção e contém a previsão dos procedimentos adotados por essa ação, desde petição inicial até recursos, utilizando, agora, como regras subsidiárias as contidas na Lei de Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) e no novo Código de Processo Civil.

4.4 • ESPÉCIES

Com a regulamentação da Lei n. 13.300/1990, observamos claramente as espécies de mandado de injunção.

A primeira divisão de espécie é quanto à ausência de norma regulamentadora. Essa lei, ao positivar o mandado de injunção, prevê a importante possibilidade de este ser total ou parcial, ou seja, quando não houver norma regulamentadora de direito fundamental, o mandado de injunção será total; porém, este será parcial quando a norma existente não regulamentar de forma suficiente, tornando inviável o pleno exercício de direito, liberdade ou prerrogativa.

A outra divisão é referente ao impetrante, pois este pode ser individual, quando a ação é proposta em nome próprio, por qualquer pessoa física ou jurídica que defende interesse próprio; ou coletivo, quando há proposição por legitimado previsto na lei, com defesa de direitos, liberdades ou prerrogativas pertencentes a um grupo indeterminado ou determinado de pessoas, classe ou categoria. Esta espécie é uma inovação da lei, pois não há previsão constitucional expressa, sendo positivada, agora, pelo parágrafo único do art. 12 da Lei n. 13.300/1990.

4.5 • LEGITIMIDADE

Quanto à legitimidade ativa, antes da regulamentação trazida pela Lei n. 13.300/2016, a doutrina já tratava do assunto, apontando no polo ativo qualquer pessoa, física ou jurídica, que atenda às condições constitucionais (TAVARES, 2012), ou seja, tenha o nexó causal de ter um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa constitucional inviabilizados por falta de regulamentação.

Neste sentido, Puccinelli Júnior (2013) leciona que podem impetrar o mandado de injunção as pessoas nacionais ou estrangeiras, físicas ou jurídicas, desde que a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

Apesar de não haver previsão expressa na Carta Cidadã acerca de mandado de injunção coletivo, este já podia ser ajuizado coletivamente, por analogia à previsão do mandado de segurança coletivo, conforme ensina Bulos (2015, p. 786).

Por analogia, os mesmos legitimados do art. 5º, LXX, da Carta Magna para propor o *writ* coletivo podem ajuizar, em regime de substituição processual, o mandado de injunção coletivo (partidos políticos representados no Congresso, sindicatos, associações e entidades de classe).

Como bem lembram Fernandes (2016) e Cavalcante (2016), a recente Lei n. 13.300/2016 regulamentou expressamente a legitimidade, tanto individual – pessoas naturais ou jurídicas – quanto coletiva. Em seu art. 12, essa lei prevê de forma expressa o mandado de injunção coletivo, podendo impetrar o *writ* injuncional tanto aqueles já consagrados pela jurisprudência e previstos na Lei n. 12.016/2009, que regula o mandado de segurança, quanto o Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis, e a Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF.

A lei inova não só prevendo expressamente o mandado de injunção coletivo como ampliando seu rol de legitimados ativos frente aos legitimados para impetrar o mandado de segurança coletivo, destacando-se a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública (CAVALCANTE, 2016).

No que se refere à legitimidade passiva, nunca houve um consenso, especialmente sobre a possibilidade ou não da inclusão do particular como réu ou demandado na ação injuncional.

Uma primeira corrente, considerada majoritária, aponta que somente pessoa estatal pode ser demandada na ação injuncional, haja vista que no polo passivo só podem estar aqueles entes estatais aos quais pode ser imputável o dever de regulamentar a Carta Magna (MORAES, 2015), não cabendo ao particular a condição de sujeito passivo, pois a este não recai qualquer dever de editar normas regulamentadoras (BULOS, 2015).

Como apontado por Bulos (2015), o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou esse posicionamento em diversos julgados de mandado de injunção, o que o levou a ser considerado a posição majoritária.

Entretanto, há posicionamento contrário, como o de Silva (2015, p. 456):

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falta, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares.

Puccinelli Júnior (2013), ao tratar desse assunto, reforça o entendimento de Silva (2015), alegando que a sentença proferida em mandado tem a finalidade de conferir ao impetrante somente a fruição do direito material, e não a edição de norma regulamentadora, podendo, assim, os efeitos da sentença recair tanto nos entes públicos quanto nos privados.

A Lei n. 13.300/2016, ao regulamentar a legitimação, em seu art. 3º, dispôs como impetrado aquele com atribuição para editar norma regulamentadora, seja o Poder, seja o órgão, seja a autoridade responsável pela edição, ratificando o entendimento de que os particulares não figuram como réus, uma vez que não têm o dever de editar norma regulamentadora.

Importante ressaltar, como lembra Cavalcante (2016), que, se a omissão for de norma de iniciativa reservada a Chefe de outro Poder, ao procurador-geral da República ou aos Tribunais Superiores, o *writ* deverá ser impetrado contra estes, conforme entendimento do Pretório Excelso.

4.6 · OBJETO

O objeto do mandado de injunção se dá com lacunas constitucionais, e estas omissões, conforme ensina Bulos (2015), podem ser de qualquer grau hierárquico.

Especificando este entendimento, Tavares (2012) leciona que não são omissões de qualquer norma constitucional que constituem objeto do *writ* injuncional, devendo ser, antes de tudo, omissões perante uma norma constitucional de eficácia limitada que ainda dependa de regulamentação ou que regulamente de forma insuficiente o exercício de direito fundamental. Havendo legislação que regulamente, não caberá o mandado de injunção, mesmo que a norma regulamentadora seja incongruente com a Constituição Federal, pois não cabe mandado de injunção com o intuito de alterar lei ou torná-la inconstitucional.

Embora o objeto do mandado de injunção assemelhe-se com o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no objeto daquele, conforme ensinam Paulo e Alexandrino (2016, p. 214), “busca-se solução para um caso concreto, individualmente considerado, diante de um direito subjetivo obstado pela inércia do legislador”, enquanto que o objeto deste é em tese realizado de forma abstrata, sem se referir a um caso concreto.

Outra característica que diferencia o objeto destes dois instrumentos constitucionais é retirada da própria Constituição Federal de 1988 ao exigir uma omissão qualificada para o *writ* injuncional, ou seja, o mandado de injunção é cabível só quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas referentes à nacionalidade, à cidadania e

à soberania; ao passo que, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se como objeto qualquer omissão constitucional.

4.7 · FINALIDADE

Em relação à finalidade do mandado de injunção, havia uma grande divergência de interpretação que residia em determinar se o mandado de injunção se destinaria apenas a estimular a produção da norma faltante pelo órgão competente ou se possibilitaria o suprimento judicial da inexistente norma (BARROSO, 2009).

Mendes e Branco (2014) apontam a existência das duas correntes: uma entendendo que o mandado de injunção destinar-se-ia apenas a verificar a existência de omissão impeditiva de exercício de direito fundamental e, na contramão, a corrente segundo a qual o constituinte originário, de forma excepcional, teria dotado o Tribunal do poder de editar normas, uma atividade judicial que teria fortes semelhanças com a atividade legislativa.

Entretanto, a lei que regulamenta o mandado de injunção, Lei n. 13.300/2016, trouxe uma importante disposição legal que acarreta uma atualização doutrinária. Ao prever, no inciso II de seu art. 8º, que a mora legislativa pode ser suprida pela decisão judicial quando deferida a injunção, o dispositivo legal deixou claro que a finalidade da ação injuncional é viabilizar o exercício de um direito ou prerrogativa constitucionalmente previstos.

4.8 · COMPETÊNCIA

Cavalcante Filho (2016, p. 265) leciona que “o mandado de injunção é instrumento de controle difuso de constitucionalidade”, ou seja, a competência para processar e julgar o mandado de injunção não é exclusiva do Supremo.

A Carta Magna a distribui de acordo com o impetrado entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, excetuando-se, ainda, os casos de competência dos órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e da Justiça Federal (MORAES, 2015).

5 · TEORIAS DA EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

5.1 · TEORIAS DOUTRINÁRIAS

A eficácia do mandado de injunção, ou melhor, a eficácia das decisões do mandado de injunção é um tema de importância relevância dentro do estudo deste instrumento. Tendo a doutrina e a jurisprudência apontado as seguintes correntes: a não concretista e a concretista, que pode ser geral ou individual, subdividindo-se esta em direta ou intermediária (MORAES, 2015). Devido à importância do assunto, serão abordadas a seguir cada uma delas individualmente.

5.1.1 · TEORIA NÃO CONCRETISTA

De acordo com Bulos (2015), a decisão, nesta corrente, só reconheceria a mora legislativa, não concretizando qualquer direito subjetivo pleiteado pelo requerente. Com fundamento no princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da

Carta Magna, o Poder Judiciário não tem competência para, coercitivamente, fazer com que a norma regulamentadora omissa seja produzida. Assim, o Poder Judiciário apenas incentiva a produção da norma omissa pelo órgão competente.

Essa foi a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos primeiros vinte anos de vigência da Constituição Federal, sofrendo várias críticas pela doutrina por um cumprimento inibido do papel do *writ* de injunção (BULOS, 2015).

Fernandes (2016) leciona que, nesta visão, a natureza da decisão é meramente declaratória, não sendo viabilizado o exercício do direito para o autor da ação. O Judiciário, neste caso, apenas afirma que há um direito sem regulamentação e que o órgão competente encontra-se em mora.

Essa posição é criticada por tornar seus os efeitos idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem institutos diversos.

Como observado por Puccinelli Júnior (2013), a tese não concretista estaria estendendo o rol de legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a qualquer pessoa, em virtude da inércia do Poder Legislativo, desmerecendo o conteúdo do art. 103 da Constituição Federal, e em nada adiantaria exigir o limitado rol de legitimados para propor tal ação.

Apesar de ter se consolidado no início da década de 1990, esta corrente vem sendo relativizada, paulatinamente, pela própria Suprema Corte. Fernandes (2016) aponta como alguns motivos dessa mudança de posição a forte crítica doutrinária, a qual entendia que a interpretação restritiva do *writ* não era a que desejava o constituinte originário, e a insistente inércia dos Poderes Públicos em viabilizar os direitos constitucionais por norma infraconstitucional e a mudança da composição da Corte Constitucional.

5.1.2 · TEORIA CONCRETISTA

A teoria concretista, de acordo com Cavalcante Filho (2016), tem por fundamento a sentença aditiva, ou seja, a implementação do exercício do direito omissivo. Destarte, ao julgar procedente a injunção, o Poder Judiciário profere uma sentença aditiva, ou seja, que efetiva o exercício do direito até que a norma regulamentar seja editada.

A doutrina majoritária divide esta corrente em duas: a teoria concretista geral e a teoria concretista individual.

5.1.2.1 · Teoria concretista geral

Na teoria concretista geral, a sentença detém o efeito *erga omnes*, ou seja, abrange a todos a obtenção de um determinado direito, mesmo que não se tenha ingressado com a ação, conforme Bulos (2015), aqui o juiz ou tribunal está incumbido de legislar no caso concreto.

Moraes (2015), em sua obra, leciona no mesmo sentido: uma decisão com efeito *erga omnes* atinge todos, independente de terem ingressado com a ação ou não, entretanto essa normatividade conferida está vinculada ao caso concreto.

Nas palavras de Bulos (2015, p. 791), “a sentença, proferida na injunção, é *erga omnes*, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita”.

Por se tratar da ação de uma competência atípica, ou melhor, típica de outro órgão, o Poder Legislativo – normatividade geral –, esta corrente recebe duras críticas da doutrina por uma possível afronta ao princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta Magna.

5.1.2.2 · Teoria concretista individual

Na teoria concretista individual, ao contrário do defendido na corrente concretista geral, o efeito da decisão é *inter partes*, sendo somente o autor da ação beneficiado com a decisão judicial. Nos dizeres de Cavalcante Filho (2016, p. 270), “o Tribunal dá uma regulamentação provisória à matéria, mas que atinge apenas o impetrante, e não terceiros”.

A doutrina majoritária sempre foi mais simpatizante com esta corrente, Canotilho (1993 *apud* MORAES, 2015, p. 190) já se posicionava neste sentido:

O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia “*erga omnes*”. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma normação com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes.

Paulo e Alexandrino (2016), a respeito da teoria individual, entendem que a decisão proferida na injunção deva produzir efeito *inter partes*, ou seja, somente para o autor do mandado de injunção, não estendendo os efeitos da decisão para outrem.

Esta teoria ainda é subdividida, pela doutrina, em outras duas: direta e intermediária.

5.1.2.2.1 · Teoria concretista individual direta

Para a teoria concretista individual direta, a decisão já confere a viabilização do direito fundamental de pronto, sem abrir prazo ao órgão competente para regulamentar a norma, ou seja, assim que julgado procedente o *writ* injuncional, a sentença confere ao impetrante a eficácia da norma constitucional pleiteada, conforme leciona Bulos (2015).

Segundo Moraes (2015), o escopo desta teoria é a imediata implementação da eficácia da norma constitucional ao autor, logo que se julgar procedente o mandado injuncional.

No mesmo sentido entendem Paulo e Alexandrino (2016), ao ensinarem que nesta teoria, quando a decisão judicial é procedente à ação injuncional, concretiza-se de forma direta e imediata a eficácia da norma constitucional apenas ao impetrante.

Fernandes (2016, p. 596), ao tratar sobre a teoria concretista individual direta, de maneira concisa assevera: “é a corrente que sustenta que o Poder Judiciário deve viabilizar (implementar) o direito de forma imediata (de plano)”.

Percebe-se, pelas definições dos autores, que não é necessária comunicação ou recomendação ao Poder Público omissivo, viabilizando-se diretamente o direito no caso concreto, ou seja, estabelecendo-se o mérito entre o impetrante e a lacuna da norma originária da ação.

5.1.2.2.2 · Teoria concretista individual intermediária

Com um enfoque mais moderno, nesta teoria, assim como na não concretista, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, informa a omissão da norma regulamentadora ao Poder Público; todavia, abre-se prazo para que o Legislativo cumpra sua função típica e edite a norma faltante. Ultimado o prazo, o impetrante terá seu direito assegurado (BULOS, 2015).

Paulo e Alexandrino (2016) comentam que, julgado procedente o mandado de injunção, não há a imediata concretização do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional para o autor da ação, mas sim o estabelecimento de um prazo para que se supra a norma faltante; e somente após esse prazo, caso persista a omissão legislativa, estaria o Poder Judiciário autorizado a estabelecer as regras necessárias à viabilização do exercício do direito pleiteado ao autor da ação.

Com a edição da Lei n. 13.300/2016, ficou regulamentado o processamento e julgamento da injunção, e, no inciso I do art. 8º, o legislador afirma que, se reconhecida a mora pelo Judiciário, este determinará prazo para que o impetrado (legislador) edite a norma regulamentadora. Permanecendo a inércia após o prazo, o impetrante passaria a possuir direito subjetivo e de forma definitiva a exercer o direito objeto do mandado de injunção, conforme o caso concreto.

Este prazo não é definido, a lei menciona apenas prazo razoável, mas há uma tendência de que seja, no mínimo, cem dias, prazo similar ao do processo legislativo sumário, onde cada Casa Legislativa possui 45 dias para apreciar e votar o projeto de lei, podendo ser o prazo prorrogado por mais 10 dias em favor da Casa Iniciadora, quando o projeto tiver sofrido alterações materiais na Casa Revisora (CAVALCANTE FILHO, 2016).

Moraes (2015) filia-se a esta posição idealizada pelo ministro Néri da Silveira, afirmando que, ao estabelecer um prazo para que o Poder Público omisso possa regulamentar a norma faltante, a teoria concretista individual intermediária se adequa perfeitamente ao princípio da separação dos Poderes, haja vista que, somente após ultimado o prazo estabelecido em decisão judicial, ou seja, depois da declaração oficial da omissão legislativa, se persistir a inércia, o Poder Judiciário fixará as condições necessárias ao exercício do direito pelo impetrante. Ressalta-se que o citado autor entende que o prazo nunca poderia ser inferior ao do processo legislativo sumário, pois, como ensina Cavalcante Filho (2016), o processo legislativo sumário submete o projeto às mesmas fases previstas no procedimento comum ordinário, mas com prazos constitucionalmente estabelecidos; exigir prazo inferior a estes seria uma afronta ao princípio do devido processo legislativo.

6 · O MANDADO DE INJUNÇÃO NO CASO CONCRETO

6.1 · A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

O mandado de injunção vem evoluindo jurisprudencialmente ao longo desses pouco mais de 28 anos da Constituição Cidadã. Levando em conta que o objetivo geral deste estudo é simplificar a compreensão de tal remédio constitucional, entendemos ser mais didático explorar os três momentos em que o Supremo Tribunal Federal adotou uma das correntes explicadas no item cinco deste artigo e os julgados que o levaram a estes posicionamentos.

A primeira corrente adotada pelo STF foi a não concretista, e o marco deste posicionamento foi o julgamento MI n. 107/DF, uma lide em que oficial do Exército impetrou o *writ* contra o presidente da República, pois este não encaminhou, em tempo hábil, ao Congresso Nacional projeto de lei que disciplinasse a duração dos serviços temporários, conforme previa, antes da Emenda Constitucional n. 18 de 1998, o § 9º do art. 42 da Constituição Federal. O impetrante, à época, estaria há nove anos nessa situação e, ao décimo ano, passaria à reserva das Forças Armadas, conforme regulava a legislação pré-constitucional.

Com alicerce no princípio da separação dos Poderes e o princípio da democracia, a aplicação da teoria concretista foi afastada, visto que o Poder Judiciário, neste caso, não detinha competência para decidir positivamente, ou seja, o Tribunal firmou o posicionamento de mera decisão declaratória, a qual se limitava apenas a reconhecer a omissão inconstitucional, informando ao legislador sobre a mora em legislar e que era necessário proceder à elaboração da lei regulamentadora.

A maioria doutrinária criticou este posicionamento da Suprema Corte, por ela ter interpretado de maneira restritiva os direitos fundamentais, acometendo a máxima efetividade constitucional, conforme Fernandes (2016, p. 597) ensina:

Há forte crítica doutrinária sobre o entendimento esposado no MI nº 107/DF. Com certeza com raríssimas exceções, a esmagadora doutrina constitucional e processual sempre criticou veementemente o posicionamento do Pretório Excelso. Entre as críticas estão as que não concordam com a interpretação restritiva e amesquinhada do *writ* em detrimento da máxima efetividade da Constituição.

Em breves comentários a respeito do primeiro posicionamento do Supremo quanto ao mandado de injunção, afirma Bulos (2015, p. 791): “o mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da Carta de 1988, cumpriu, de modo inglório, o seu papel”.

Ao julgar o Mandado de Injunção n. 232/RJ, relatado pelo ministro Moreira Alves, sobre o art. 195, §7º, da Constituição Federal, que prevê isenção de contribuições para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que cumprem requisitos previstos em lei, decidiu que, se passado seis meses, e a norma faltante não fosse elaborada, o requerente passaria a gozar da isenção prevista.

Moraes (2015, p. 189) menciona:

Também, de maneira excepcional, o STF adotou a posição concretista, para proteger o direito constitucional previsto no art. 195, § 7º (“são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”) e desrespeitado pela inércia estatal.

No mesmo sentido, ao julgar o Mandado de Injunção n. 284/DF, relatado pelo ministro Marco Aurélio, conferiu aos requerentes, independente de nova comunicação ao Poder Legislativo, a mesma decisão proferida no Mandado de Injunção n. 283/DF, pois ambos eram sobre o § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe acerca de uma reparação de natureza econômica, conforme disposto em lei. Assim, prescindiu de nova comunicação ao Legislativo e possibilitou a ingressão imediatamente com ação ordinária ou comum para obter a reparação econômica prevista.

Mendes e Branco (2014, p. 1208) apontam que

as decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Melo) sinalizam para

uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Indicam, assim, a adoção da teoria concretista individual intermediária.

Menciona-se, também, que a Suprema Corte nacional adotou a posição concretista individual direta, ao julgar os MI n. 721/DF e MI n. 758/DF, ambos relatados pelo ministro Marco Aurélio e referentes à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal. A Corte Máxima não abriu prazo e nem comunicou previamente o Legislativo, viabilizando o direito constitucional por uma aplicação do princípio da analogia e apenas determinou-se a comunicação ao Congresso Nacional, posteriormente, a fim de que suprisse a omissão legislativa. Sobre estes julgados, Bulos (2015, p. 792) comenta:

[...] julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre (CF, art. 40, § 4º), adotando como parâmetro o sistema de regime geral de previdência social, que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. (Lei n. 8.213/91, art. 57).

A respeito dessas sentenças concretizadoras tomadas pelo Supremo, Mendes e Branco (2014) afirmam que isso é um indicativo de que a Suprema Corte admitiu a possibilidade de uma regulamentação provisória editada pelo próprio Poder Judiciário, sendo uma espécie de sentença aditiva, conforme denominação do direito italiano.

Após passar pelas correntes não concretista e concretista individual, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, ao julgar três mandados de injunção acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, adotou a teoria concretista geral, em um caso marcante para o Direito Constitucional.

Inicialmente, conforme ensinam Mendes e Branco (2014), a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito de greve dos servidores públicos civis era não concretista, deixando de reconhecer o direito de greve dos servidores públicos civis sob o argumento de que se tratava de norma de eficácia limitada e que não gozava de autoaplicabilidade. Logo, o Poder Legislativo somente era exortado pelo Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa, não se admitindo concretizar o usufruto do direito ora discutido, essa posição foi adotada no Mandado de Injunção n. 20, relatado pelo Min. Celso de Mello, e ratificada nos MI n. 485 e n. 585/TO, relatados pelos ministros Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, respectivamente.

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Injunção n. 631/MS, relatado pelo ministro Ilmar Galvão, foi proposta pelo ministro Carlos Velloso a aplicação das regras previstas na Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores privados, no que couber, aos servidores públicos civis. Observa-se, aqui, uma concretização do direito constitucional na forma individual e direta.

A posição do ministro Carlos Velloso observou os “parâmetros constitucionais referentes à atuação da Corte como eventual legislador positivo” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1209), fato que inspirou proposta de revisão do entendimento até então adotado pelo Supremo.

Encontrava-se na Corte Máxima os Mandados de Injunção n. 670/ES e n. 708/DF, relatados pelo ministro Gilmar Mendes, e o n. 712/PA, relatado pelo ministro Eros Grau, todos tratando sobre o direito de greve dos servidores civis, um direito que vinha sendo formalmente inviabilizado por mais de dezessete anos em face da inércia legislativa.

Mendes (2014, p. 1211), ao comentar o julgado do MI n. 670/ES, diz: “Tendo em vista essa situação peculiar, entendi devesse recomendar a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália”.

O ministro Gilmar Mendes não defendeu uma postura legislativa positiva do Poder Judiciário ao propor tal mudança, mas somente a concretização de um direito que já estava havia mais de uma década mitigado pela inércia do Poder Público. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, como o é o Brasil, o Judiciário pode e deve censurar uma conduta omissiva do Legislativo, a fim de garantir que direitos constitucionais sejam minimamente reconhecidos. Tal proteção judicial efetiva não pode ser negligenciada.

Mendes disponibilizou trecho de seu voto, no MI n. 670/ES, no sentido de uma sentença aditiva com eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos os servidores:

[...] acolho a pretensão tão somente no sentido de que se aplique a Lei n. 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou por afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos art. 10 e 11 da Lei n. 7.783/1989.

Creio que essa ressalva na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.

Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem “em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (Lei n. 7.783/1989, parágrafo único, art. 11). (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1213).

Ao julgar o MI n. 712, o ministro Eros Grau proferiu proposta semelhante à do ministro Gilmar Mendes, a qual também foi sugerida como solução ao MI n. 708.

Em outubro de 2007, o Tribunal conheceu, por maioria, os Mandados de Injunção n. 670, 712 e 708, propondo solução para a omissão legislativa, sob o forte argumento de que ao Poder Legislativo não é facultado se concede ou não o direito de greve, pois tal direito já foi concedido pela Constituição.

Assim, ficou afastado de vez o entendimento de que ao Judiciário competia apenas dar ciência ao Legislativo.

Conforme Bulos (2015), reconheceu-se o equívoco jurisprudencial formando no Min. 107/DF e que a interpretação restritiva do remédio constitucional não pode mais prevalecer, sob pena de acabar com sua gloriosa função para a qual foi concebido.

O efeito *erga omnes* do mandado de injunção não foi unânime na Corte, sendo o ponto de maior discussão. Mendes e Branco (2014) advogam que, embora o mandado de injunção tenha caráter subjetivo, a decisão deste procede a uma dimensão objetiva e deve ser estendida a todos aqueles que guardem similitude jurídica,

comportando, assim, uma eficácia *erga omnes* para que a decisão seja concretizada a todos aqueles que demandarem em causas idênticas, independentemente de ser uma omissão do Poder Público, uma conduta ou a despeito de uma determinada lei.

Fernandes (2016) aponta que esta posição do Supremo de eficácia *erga omnes* vem ao encontro da propalada objetivação dos processos subjetivos, por uma série de princípios, como o da celeridade e da economia processual.

Cavalcante Filho (2016) afirma que não há usurpação da função legislativa por parte do Judiciário, haja vista que, apesar de decisão com efeitos *erga omnes*, estes abrangem apenas a situação concreta, ou seja, mesma relação jurídica como base.

Observa-se que a evolução jurisprudencial da eficácia do mandado de injunção passou por diversas correntes: não concretista, evoluindo para a teoria concretista individual intermediária, posteriormente para a concretista individual direta e, por fim, para concretista geral, no entanto cada corrente era adotada dependendo do caso concreto, ou seja, havia certo temor jurídico acerca de que corrente o Supremo iria adotar em cada caso, porém esta insegurança foi superada com a promulgação da Lei n. 13.300, de 23 de julho de 2016, que dispõe sobre o processo e o julgamento do mandado de injunção e trata de maneira expressa sobre a eficácia da decisão na ação injuncional.

7 · A LEI E A EFICÁCIA DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

7.1 · EFICÁCIA DA DECISÃO À LUZ DA NORMA LEGAL N. 13.300/2016

Em seu art. 8º, a Lei n. 13.300/2016 tratou sobre a eficácia da decisão, adotando como regra a corrente concretista individual intermediária, ou seja, reconhecido o estado de mora legislativa, o juiz ou o Tribunal primeiramente fixará prazo razoável para que o omissor edite a norma. Caso o prazo acabe, e a mora legislativa não tenha sido suprida pelo impetrado, o Judiciário estabelecerá as condições em que se dará o exercício do direito fundamental reclamado ou, se for o caso, as condições em que o interessado poderá promover ação própria para usufruí-lo.

Moraes (2015), filiando-se a posição do ministro Néri da Silveira, indica como prazo razoável 120 dias, sendo facultado ao julgador variar este prazo, porém nunca fixando prazo menor que o prazo do processo legislativo sumário – até 100 dias. Todavia, o parágrafo único desse mesmo artigo 8º possibilita a dispensa da fixação do prazo se o impetrado já tiver deixado o prazo expirar sem editar norma regulamentadora em mandado de injunção anterior.

Conforme foi exposto anteriormente, a regra adotada pela lei quando a eficácia subjetiva é a individual, ou seja, limitada às partes e no mandado de injunção coletivo, é que a sentença também se limitará às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante. Entretanto, excepcionalmente, a legislação autoriza a eficácia ultra partes ou *erga omnes*, tanto para o mandado de injunção individual como para o coletivo. O § 1º do art. 9º confere essa exceção apenas quando a eficácia ultra partes for inerente ou imprescindível ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa em discussão.

O mesmo art. 9º em seu § 2º autoriza a decisão monocrática do relator em casos análogos de decisões já transitadas em julgado, fato que, como leciona Fernandes (2016), já vinha sendo adotado pela jurisprudência desde o MI n. 795/DF em questão de ordem suscitada pelo então ministro Joaquim Barbosa.

7.2 · SUPERVENIÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA

A lei também trata das hipóteses em que o Poder Público supre a omissão legislativa e edita a norma faltante. Se o mandado de injunção estiver em trâmite, e a omissão é suprida antes de prolatada a decisão, este fica prejudicado e extingue-se o processo sem resolução de mérito, conforme parágrafo único do art. 11. Por sua vez, se, após julgado procedente o mandado de injunção, a norma regulamentadora é editada, o impetrante terá sua situação regida pela lei superveniente.

Por fim, quanto aos efeitos jurídicos produzidos, o art. 11 é claro ao estabelecer que a norma superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, tendo como única exceção o caso em que a aplicação da norma editada lhes seja mais favorável.

8 · CONCLUSÃO

O mandado de injunção é o remédio constitucional instituído pelo constituinte originário para defender a concretização de direitos, liberdades ou prerrogativas que este positivou na Constituição Federal da omissão do Poder Público. Como mencionado em breve histórico da positivação da norma, a Carta de 1988 veio após um longo período de abusos do Estado, e a omissão de regular um direito também é uma forma de abuso, o qual é combatido através do instrumento objeto deste estudo.

Observados ordenamentos jurídicos alienígenas, apontou-se a característica pioneira e ímpar deste instituto no cenário do Direito Constitucional. Haja vista que a atuação do mandado de injunção é restrita às normas de eficácia limitada que não foram regulamentadas por legislação infraconstitucional, compreendemos que foi explicada de maneira sucinta e eficiente a teoria da eficácia das normas jurídicas.

A Constituição Federal e a legislação conceituam muito bem o instituto do mandado de injunção, restando-nos adentrar com mais profundidade no campo do objeto, legitimidade, e finalidade do instrumento constitucional. Assim, a fim de atender a uma parte do objetivo geral aqui proposto, utilizando linguagem descomplicada e analisando diversas doutrinas com preceitos legais, ficou claro que o objeto é uma norma constitucional de eficácia limitada que, quando negligenciada, faz restar inviabilizado o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais a qualquer pessoa, natural ou jurídica, sendo esta o legitimado ativo, ao passo que o legitimado passivo só poder ser o Poder Público responsável pela omissão, conforme pacificado pela lei. Também foi pacificado pela lei que a finalidade do mandado de injunção não é só exortar a edição da norma faltante, mas precipuamente viabilizar o exercício de um direito fundamental sem regulamentação.

As teorias da eficácia da decisão do mandado de injunção são matéria de extrema importância para o entendimento do assunto e conseqüentemente para o cumprimento do objetivo deste trabalho. Assim, foi aprofundada e embasada na doutrina dominante a explicação de todas as correntes: a não concretista, a qual assenta que ao Poder Judiciário só cabe comunicar o Poder Público da inércia inconstitucional; a concretista individual direta, na qual, assim que julgada procedente a injunção, a decisão implementa eficácia sem prévia ciência ao Legislativo; a concretista individual intermediária, que anota a fixação de um prazo para que o Poder competente edite a norma faltante e, se o prazo expirar, possibilita que a decisão produza seus

efeitos concretizantes; e, por fim, a teoria concretista geral, que determina efeito *erga omnes* às decisões judiciais, já implementando o exercício do direito.

Em uma abordagem histórica da evolução jurisprudencial acerca da eficácia do mandado de injunção, têm-se três períodos claramente distintos e exaltados pela doutrina. Em um primeiro momento a corrente adotada pela Corte Máxima era a não concretista, evoluindo de forma tímida à concretista individual, intermediária e direta; posteriormente, em uma quebra de paradigmas pela Corte Nacional, foi adotada a corrente concretista geral. Atualmente, a Lei n. 13.300/2016 trata sobre o tema e adota a teoria concretista individual intermediária como regra de eficácia das decisões dos mandados de injunção, havendo uma única exceção, já abordada, em que se aceita o efeito *erga omnes* das decisões.

Percebe-se, ao longo deste artigo, que a jurisprudência referente ao mandado de injunção sofreu várias alterações. Aliado ao fato deste instituto ser único no ordenamento jurídico internacional e ter sido apresentado pela Constituição Cidadã, observamos que o Supremo Tribunal Federal foi aprendendo a lidar com ele e aperfeiçoando sua interpretação e conseqüentemente sua jurisprudência sobre o assunto a fim de que o mandado de injunção atingisse sua real finalidade, desejada pelo constituinte originário, fato que serviu de inspiração ao se editar a lei que dispõe sobre o mandado de injunção, a n. 13.300/2016.

Assim, entende-se que este trabalho ratifica a hipótese previamente apresentada, de que “a evolução jurisprudencial e legal tornou mais viável o exercício do direito fundamental previsto em norma de eficácia limitada aos seus titulares”, o que se traduz como uma abordagem positivista do direito, no sentido de aproximar-se da ética.

Dessarte, conclui-se que este artigo chegou aos seus objetivos de forma satisfatória ao analisar e descrever diversas teorias e pensamentos doutrinários acerca do mandado de injunção, somando eles a evolução jurisprudencial e legal que existe sobre o instituto. Abordou-se, assim, de forma inteligível os conhecimentos necessários para que qualquer pessoa que não tenha familiaridade com o tema possa entender tal remédio constitucional e sua aplicação de forma descomplicada, deixando visível ao cidadão que o exercício do seu direito fundamental tem defesa no caso concreto, no campo jurídico brasileiro.

Não ser atemporal é uma limitação que este artigo apresenta, haja vista que os direitos fundamentais são limitados no espaço e no tempo, seus instrumentos de defesa e a forma como são aplicados também sofrem mudanças no decorrer do tempo; outrossim, não foi possível analisar algum julgado sob a ótica na novíssima Lei n. 13.300, de 23 de julho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento do mandado de injunção. Isto posto, fica como sugestão para trabalhos futuros uma releitura da jurisprudência e da legislação a fim de verificar se a posição apresentada neste trabalho continua vigente e se, havendo alteração de posição, esta foi ao encontro do direito e da ética.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 12 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 6 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em: 19 abr. 2017.
- BRASIL. Senado Federal. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões)*. Brasília. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissões inconstitucionais (MI)*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Primeiros comentários à Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html>. Acesso em: 19 abr. 2017.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 15. ed. São Paulo: Método: 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A PIRÂMIDE DE CONGRUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LINHA DA DIGNIDADE HUMANA

A materialização e a concretização da dignidade humana

José Pedro dos Reis¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A dignidade humana. 2.1 A dignidade humana subjetiva e objetiva – A teoria do *iceberg*. 2.2 Materialização e concretização da dignidade humana. 3 Os direitos fundamentais. 4 Degradação humana – Condições degradantes ou degradáveis. 5 A pirâmide de congruência dos direitos fundamentais com a linha da dignidade humana. 6 Condições agradáveis – Um novo conceito para novos direitos. 7 Considerações finais.

1 · INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade humana é um tema árduo e espinhoso para ser tratado em razão da sua noção conceitual aberta, indeterminada e imprecisa, que é preenchida ou alterada em cada circunstância e momento social e histórico vivido por um povo.

A ausência de um conteúdo exato e preciso do princípio da dignidade lhe atribui um grande potencial dinâmico-Atualizador, muito próximo ao das noções de conteúdo variável. Sendo um princípio dinâmico, abrangente e em constante evolução, ele pressupõe e precede a relação de conhecimento, considerando a dificuldade em se estabelecer uma relação exata entre o sujeito e o objeto de direito.

Por sua vez, a concepção atual do direito procura, como um dos principais objetivos, reduzir as incertezas e as inseguranças jurídicas para que as pessoas possam confiar no Estado e nas instituições, sabendo e esperando serem tratadas da mesma forma entre elas, para que não haja desigualdade e exclusão social.

As normas jurídicas regem os comportamentos sociais, essa é a máxima que se espera do Estado de Direito; os cidadãos confiam que no direito há a certeza jurídica, porque positivados pelo Estado, evitando decisões contraditórias e conflitantes para uma mesma temática e assegurando a confiança necessária entre os agentes da justiça.

É o que afirma Hans Kelsen (2000, p. 279) sobre o princípio da segurança jurídica: “[...] consiste no fato de a decisão do tribunal ser até certo ponto *previsível e calculável*, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais” (Grifo nosso).

1 Procurador do Trabalho. Pós-Graduando em Direito Constitucional Aplicado: Empresas, Estado e Indivíduos diante da Interpretação Constitucional pela UNICAMP. Pós-Graduado em Direito Sanitário pela ESMPU/FIOCRUZ. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela ENAP.

Segundo J. J. Gomes Canotilho (2000, p. 256),

O homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. *Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos. (Grifo nosso).*

Dessa forma, constroem-se as expectativas do comportamento social previsível, com o indivíduo sabendo que o direito dele é igual ao das demais pessoas. Conhecer o conteúdo objetivo das normas jurídicas corresponde a ter uma certeza de como agir, omitir, atuar e se comportar no ambiente social.

No Estado de Direito, o que se busca é a garantia contra o acaso, a tranquilidade pessoal, psicológica, familiar e social, a confiança em que todos serão tratados de forma igualitária, resultando na certeza e na segurança jurídica. O cidadão quer ter a certeza e a segurança de que não há qualquer perigo a temer, de que está protegido contra ameaças e injustiças.

Como bem destaca Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 179) a respeito da Declaração de Direitos Humanos de 1948:

O exame dos artigos da Declaração revela que eram consagrados três objetivos fundamentais: *a certeza dos direitos*, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; *a segurança dos direitos*, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; *a possibilidade dos direitos*, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas. (Grifo nosso).

Assim, com base nesses pressupostos, neste artigo será oferecida uma proposta de visualização mais perceptível de como ocorre a materialização dos direitos fundamentais e a consequente concretização do princípio constitucional da dignidade humana, através da interligação simbiótica entre este princípio e aqueles direitos.

Os direitos fundamentais são imprescindíveis para a materialização da dignidade humana. Quando se materializa um direito fundamental, está também se concretizando a dignidade humana na vida do cidadão.

A realização efetiva dos direitos fundamentais é a única forma de acabarem, ou diminuírem, as desigualdades e as exclusões sociais e se realizar a concretização efetiva da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 consagrou um amplo rol de direitos fundamentais e os vinculou diretamente ao ideário da materialização e concretização da dignidade humana. Assim, ao Estado brasileiro foi imposta a obrigação de atuar com o

objetivo de promover a materialização dos direitos fundamentais, devendo afastar empecilhos que possam dificultar a sua implementação.

A fim de tornar clara a proposta, utiliza-se uma figura geométrica bem conhecida, a da pirâmide, sugerindo-se a *Pirâmide de Congruência dos Direitos Fundamentais com a linha da Dignidade Humana Plena*. Trata-se de uma maneira didática de se demonstrar a estreita correlação do princípio da dignidade humana com os demais direitos, considerando que, em síntese, quando um dos direitos fundamentais é atingido, ao mesmo tempo, incondicionalmente, a dignidade humana também o será, pois foi criada uma situação de desigualdade e exclusão social com a negação daquele direito; com isso, há ofensa, de forma incontestável, à dignidade humana.

Observe-se, também, que o que se trata aqui é do princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil e também presente nos tratados, nas declarações e nas convenções internacionais, no seu aspecto jurídico; portanto, que exige uma materialização e concretização para se evitar tratamento diferenciado entre os cidadãos.

O sentimento subjetivo de dignidade ligado à moral interna, própria de cada pessoa, como sentimento individual, não pode e nunca será transformado em um padrão igual para todos, pois o ser humano, com seus valores, suas crenças, suas culturas, suas visões de mundo, não tem como ser definido cartesianamente. Essa é a beleza do ser humano, um ser indescritível e maravilhoso!

Diante disso, incontestável que a dignidade humana é um sentimento infinito dentro do ser humano; entretanto, uma parte ínfima desse sentimento é protegida pelo direito positivado, aquela parte visível, como a de um *iceberg*, que tem outra porção enorme e desconhecida dentro da água, dentro dos mistérios da mente humana.

Assim, essa pequena parte visível de direitos individuais, passível de ser normatizada, foi disponibilizada pela pessoa para a possível convivência social. Essa alienação de direitos de todos indivíduos para o bem comum precisa ser materializada para que possa haver a igualdade social. E essa materialização se dá através dos direitos fundamentais positivados respeitados e garantidos a todas pessoas.

Afinal foi para isso que o ser humano cedeu seus direitos originários ao Estado, conforme histórica e valiosa obra de Rousseau sobre o contrato social (2002, p. 22): “Antes, portanto, de examinar o ato pelo qual o povo elege um rei, *seria bom examinar o ato pelo qual o povo é um povo, porque este ato, sendo necessariamente anterior ao outro, constitui o verdadeiro fundamento da sociedade*” (Grifo nosso).

E mais,

Convém que tudo quanto cada qual aliene em virtude do pacto social de seu poder, de seus bens, de sua liberdade, seja apenas a parte cujo uso interesse à sociedade [...] Os empenhos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios pelo fato de serem recíprocos [...] Porque é sempre reta a vontade geral, e por que desejam todos, constantemente, a felicidade de cada um, se não pelo fato de não haver quem não se aproprie dos termos de cada um e não pense em si mesmo ao votar por todos? Isso prova que a igualdade de direito e a noção de justiça que aquela produz derivam da preferência que cada qual se atribui, e, por conseguinte, da natureza do homem, que a vontade geral, por ser realmente conforme, deve existir no seu objeto, bem como na sua essência; que deve partir de todos, para a todos ser aplicada; e que perde sua retidão

natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque então, julgando do que nos é estranho, não temos nenhum real princípio de equidade a conduzir-nos. (ROUSSEAU, 2002, p. 43-44).

Aliás, a estabilidade jurídica leva à preservação do sistema, e o papel da justiça é se inserir profundamente no pacto original e ir até a essência do espírito constitucional com o objetivo de buscar essa estabilidade social, e isso só pode ocorrer com regras, definições e abrangências claras dos direitos e princípios constitucionais.

E é por isso, em razão de normas jurídicas bem definidas, bem interpretadas e delineadas, que as pessoas sabem se guiar, sabem como agir, como prever e exigir comportamentos sociais alheios. A clareza na definição dos princípios e normas jurídicas tem por objetivo atender expectativas comportamentais, padrões sociais e um ideal mínimo de ética. De acordo com Araújo (2016, p. 157),

O Direito é entendido como instrumento de estabilização das necessidades sociais daquele conjunto de pessoas unidas pelo vínculo jurídico da cidadania (por estarem sujeitas a uma entidade superior que “domina” um território), mas que deve ser orientado muito mais por uma compreensão específica do ser humano como sujeito dotado de dignidade e de capacidade de relacionar-se tanto com outras pessoas quanto com as instituições postas à sua disposição para a realização das ações cotidianas. (Grifo nosso).

A humanidade vive hoje em meio a uma pandemia causada pelo Coronavírus e, neste momento histórico, difícil e inesperado, novos direitos fundamentais estão surgindo com mais força, e outros se firmando, tais como os princípios da precaução, da proteção e da solidariedade intergeracional, daí surge, também, outra razão para se rever a noção conceitual do termo dignidade humana na esfera jurídica.

2 · A DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana encontra-se, na sua origem, situada como imperativo superior pré-jurídico, por exprimir, antes de tudo, um valor intrínseco da pessoa. E esse é o ponto principal, pois o valor do ser humano é insuscetível de ser determinado, definido, delimitado e demonstrado no mundo dos fatos. Não há como valorar materialmente uma pessoa ou a extensão e abrangência do seu sentimento de dignidade.

Sófocles afirma essa posição humana em sua grandiosa obra *Antígona* ao colocar o ser humano como o *maravilhoso entre todas as maravilhas* (apud MASSAÚ, 2013).

A noção de dignidade humana, em decorrência da sua imprecisão, é um conceito que envolve inúmeras interpretações. A evolução do termo acompanha a história da humanidade: antes, afeto a poucas pessoas e cargos, o *dignitas atis*; depois, para uma qualidade universal, inalienável, irrevogável para todos os indivíduos.

Foi no humanismo que se estabeleceu e se enriqueceu a noção moderna da pessoa como indivíduo autônomo, independente e secular, vinculando-se a noção de dignidade a esses atributos.

Nesse sentido, brilhante acórdão do ministro do STF Eros Grau:

Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga

o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o *valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura*. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. [...] *Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana.* [...] *O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera.* (ADPF 153, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, p. DJE de 6 ago. 2010). (Grifos nossos).

A dignidade humana não pode ser criada, concedida, achada, perdida, comprada ou vendida, ela é inerente a todos seres humanos, já existe na própria pessoa, independente de raça, cor, sexo, idade, língua, classe social, estatura ou integridade psíquica ou física. Ela é intrínseca do ser humano, queira ele ou não.

A dignidade humana, na sociedade moderna e nos estatutos jurídicos, é o reconhecimento social de que toda pessoa é merecedora de direitos mínimos garantidos constitucionalmente e de tratamento sempre igual entre os demais iguais.

Além do elemento finalístico do homem como um fim em si mesmo, como causa da dignidade humana, o segundo elemento que compõe a dignidade é a autonomia da vontade, considerada o princípio supremo da moralidade, conforme o filósofo Kant (*apud* RIBEIRO, 2012).

Ainda de acordo com Kant (*apud* RIBEIRO, 2012), o dever puro é o respeito à lei universal:

Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei [...] Só pode ser objeto de respeito e, portanto, mandamento aquilo que está ligado à minha vontade somente como princípio e nunca como efeito, não aquilo que serve de inclinação, mas que a domina ou que, pelo menos, a exclui do cálculo na escolha, quer dizer a simples lei por si mesma. [...] nada mais resta à vontade que a possa determinar do que a lei objetivamente e, subjetivamente, o puro respeito por esta lei prática, e por conseguinte à máxima que manda obedecer a essa lei, mesmo com prejuízo de todas as minhas inclinações. (Grifo do original).

2.1 · A DIGNIDADE HUMANA SUBJETIVA E OBJETIVA – A TEORIA DO ICEBERG

Como se observa, há muita dificuldade em se definir e se delimitar o princípio da dignidade humana, por estar intrinsecamente ligado ao ser humano, por ter uma aparente abstração, pela sua generalidade e pela sua indeterminação, ocasionando um vazio quando visualizado em termos absolutos em relação ao direito material.

A dignidade humana é um sentimento integrado a cada pessoa, ela tem uma grande porção interna, subjetiva, e uma parte objetiva que o direito regula, que pode ser materializada e consolidada no mundo material, pois essa pequena parte é a que a pessoa cedeu para a constituição da sociedade.

Didaticamente, comparo a dignidade humana individual a um *iceberg* (teoria do *iceberg*), no qual a parte visível, fora da água, é a parte concreta, palpável, cedida pelo ser humano para a formação da sociedade, conforme Rousseau descreve em *O Contrato Social*, e deve ser protegida pelo direito positivado. Essa parte externa do *iceberg*, que representa a dignidade do indivíduo nas relações sociais, é a porção que deve ser tratada em iguais condições aos demais “*icebergs*”, ou seja, as demais pessoas.

Abaixo da linha d’água (no âmago do ser humano), estão presentes todos os direitos e interesses não universalizáveis; e acima, na superfície, exteriorizados, aqueles que garantam a todos indivíduos as mesmas liberdades formais.

Na sociedade, essa última é a parte que deve ser padronizada para um tratamento igualitário entre todos indivíduos iguais, enquanto a parte interna da dignidade humana (parte submersa do *iceberg*) – invisível, indecifrável, em razão da diferença entre cada ser humano – tem uma forma, um jeito, um valor, é um local impenetrável dentro do ser e da verdade de cada um, com suas crenças, suas convicções, seus valores individuais, que o direito não deve e não tem como traçar um ordenamento jurídico para igualar tratamentos. Até porque, estando no âmago de cada um, o direito não tem como decifrar e tornar igual para todos.

Outra conclusão importante que se tira dessa análise da dignidade humana como um *iceberg* se refere àqueles direitos fundamentais que surgem em determinada época histórica em razão da necessidade social de se positivá-los.

Alguns valores humanos, embora tenham uma certa generalidade e aceitação por parte da sociedade, acabam sendo sufocados dentro do indivíduo em razão da cultura, das crenças, das posições políticas e do desinteresse social naquele momento; entretanto, essa condição pode mudar, e essa parte interna, que se torna uma demanda de um grupo grande ou uma necessidade social, vem à tona e precisa ser normatizada para que todos se beneficiem e se submetam à nova regra. É o caso da autodeterminação sexual, que por muitos anos ficou reprimida dentro da parte submersa da dignidade humana e agora veio à tona e foi considerada como um direito fundamental, bem como a autodeterminação informativa, além de outros comportamentos sociais que se tornaram direitos fundamentais positivados e reconhecidos.

Assim, quando uma parte interna desse *iceberg*, dessa dignidade humana invisível, vem à tona pela aceitação social daquele comportamento, como os mencionados, ela precisa ser regulamentada para ter igual aplicação para todos.

O Estado deve focar seus olhares para a parte objetiva da dignidade humana, aquela que precisa ser materializada e consolidada socialmente em face do contrato social.

O ser humano é o ator principal no Estado de Direito e no sistema normativo, e a busca da satisfação de sua dignidade plena é o seu bem maior.

2.2 · MATERIALIZAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana é protegida pelo ordenamento jurídico como um valor supremo que, em sua essência, agrega todos os direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), ideal comum a todos os povos, em seu preâmbulo, dispõe, em síntese, ser dever de todos promover e respeitar esses direitos e liberdades, através de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, assegurando seu reconhecimento e sua observância universal e efetiva para todos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos já em seu preâmbulo afirma:

Considerando que *o reconhecimento da dignidade* inerente a todos os membros da família humana e dos seus *direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;*

[...]

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua *fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres* e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; [...]. (Grifos nossos).

E, em seu artigo 1º, dispõe assim: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*” (Grifo nosso).

Nossa Constituição Federal, logo no art. 1º, III, ao tratar dos Princípios Fundamentais, cita como um de seus fundamentos a dignidade humana.

Dessa forma, ao decidir o constituinte originário elencar a dignidade humana entre os fundamentos da República brasileira, obriga que esse princípio assumo, além da função principiológica, a função de regra jurídica. Por isso a importância de sua materialização e concretização no sistema normativo.

José Afonso da Silva (2007, p. 38) esclarece que “se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da república, da federação, do país, da democracia e do direito”. E, por isso, em razão dessa importância destacada pelo mestre José Afonso, todos os direitos fundamentais são coadjuvantes da dignidade humana para a formação do ser em toda sua essência.

Essa intimidade e interação da dignidade humana com os direitos fundamentais faz com que haja ofensa contra ela toda vez que um desses direitos é desrespeitado, *in re ipsa*. Não há como atingir a dignidade humana, no aspecto jurídico, de forma direta; isso só acontece quando há desrespeito a outro direito fundamental.

Ao mesmo tempo, toda vez que um direito fundamental é garantido ao cidadão, a dignidade humana é materializada através dessa garantia.

Conforme Moraes (2019, p. 297),

Os direitos fundamentais não devem existir apenas em um plano teórico ou semântico, é necessário adotar critérios de ordem material sobre esses direitos para possibilitar sua promoção e seu exercício pelo Estado. Também classificados como direitos autoaplicáveis, é de suma importância que sejam avaliadas as omissões do Estado, em todos os seus Poderes, sobre o seu exercício.

Nesse sentido, Sarlet (2007b, p. 383) bem define a dignidade da pessoa humana como *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais*

que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Grifo do original).

A dignidade humana é a pedra angular nos direitos fundamentais e configura o mínimo existencial necessário em um Estado social de direito.

Diversas pessoas de variadas formações acadêmicas, inclusive do próprio direito, afirmam que só conseguem ver a dignidade humana sendo ofendida quando presenciaram algo que lhes “salta aos olhos”. É preocupante esse tipo de subjetividade porque assim depende do olho de cada um definir o que é dignidade humana, finda que diversos olhares possam causar grande desigualdade social. Por isso a necessidade de se demonstrar como se materializa e concretiza no mundo jurídico e fenomênico o que seja dignidade humana no seu aspecto jurídico para evitar interpretações equivocadas que se distanciem da realidade social esperada.

Sarlet (2007b, p. 379) entende que “a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança maior e estabilidade jurídica”.

Quando as regras não são claras e objetivas para a harmonia e a igualdade no convívio em sociedade, coloca-se o contrato social em risco. Conforme o grande Rousseau (2002, p. 24), na sua festejada obra sobre o contrato social, afirma:

As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em toda a parte, tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou.

Conforme acórdão proferido pelo ministro do STF Celso de Melo, ao tratar sobre a dignidade humana, afirma-se que esta

serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, na verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.

[...] A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos consti-

tucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização *revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança* (Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948, art. XXV). (ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15 set. 2011, grifos nossos).

As agressões aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação são efeitos imediatos do descumprimento de um direito fundamental no mundo dos fatos, quando uma pessoa se sente desigual, discriminada ou excluída é porque lhe foi retirado, ou negado, um direito que as demais pessoas detêm. Não há como agredir de forma direta um desses princípios, da dignidade, da igualdade, a não ser por meio do desrespeito e negação de outro direito no mundo material.

3 · OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo, como instrumento supremo de limitação dos poderes do Estado, está inerente e historicamente ligado aos direitos fundamentais.

Nas sábias palavras do ministro Marco Aurélio, do STF: “Os direitos fundamentais são a parte mais importante do projeto constitucional de 1988, envolvidos os valores liberdade, igualdade e dignidade. E a concretização desses direitos tem sido a principal missão do Supremo”.²

Os direitos e as garantias fundamentais são valores que tiveram um alto custo para a humanidade, por isso eles merecem compor o texto normativo constitucional, que é o documento de maior valor, hierarquicamente superior, normativo supremo em um ordenamento jurídico.

A incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexistia outro documento mais adequado para consagra os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 265, grifo nosso).

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal. (SARLET, 2007a, p. 85).

Os direitos humanos fundamentais, por suas características estruturantes, formadoras e organizadoras da sociedade, são a matéria prima, os tijolos para a construção de um país democrático, e, por sua vez, a dignidade humana é a argamassa, o

2 Marco Aurélio Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar, em nome dos ministros do STF, na sessão solene em homenagem aos 30 anos da Constituição Federal de 1988.

cimento, que une esses tijolos para a formação do ser humano em toda sua essência, abrindo seu caminho pelo tapete da vida até sua autorrealização pessoal e social.

Miranda (2000, p. 180) afirma:

A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

E, por sua vez, Coelho (2009, p. 218) enuncia que “não há dúvida que os direitos fundamentais [...] *são influenciados e tocados pelo primado da dignidade da pessoa humana*”.

Os direitos fundamentais gravitam em torno da dignidade humana, sendo dessa sempre interdependentes, inter-relacionados, entrelaçados, unidos, imbricados de maneira indelével. A dignidade humana é o tronco do qual derivam os demais direitos humanos fundamentais.

De acordo com Santos (2013, p. 27),

Como referência e ocupando posição central do Direito, encontra-se o ser humano, sendo que sua dignidade é um bem maior a servir de referência e estrutura a todos os direitos fundamentais, à autonomia individual e a personalidade de cada indivíduo, funcionando essa dignidade como fundamento e limites dos direitos indispensáveis. (Grifo nosso).

4 · DEGRADAÇÃO HUMANA – CONDIÇÕES DEGRADANTES OU DEGRADÁVEIS

A degradação humana está sempre relacionada ao descumprimento de uma norma positivada.

Um meio ambiente de trabalho insalubre ou periculoso é um local onde há a degradação pelo desrespeito às normas de segurança e saúde. Um mendigo é uma pessoa que se encontra em condições degradantes em razão de que quase todos seus direitos fundamentais estão lhe sendo negados pelo Estado e pela sociedade.

A palavra degradação tem sua origem etimológica no latim *degradus*, que significa degrau, ou grau, ou ainda, diferentes níveis de uma escada.

Conforme o *Dicionário Online de Português (Dicio)*, que é considerado o maior e mais completo dicionário de português contemporâneo, o significado de degradáveis é:

Degradáveis vem do verbo degradar. O mesmo que: humilháveis, deterioráveis, destituíveis, exiláveis, expatriáveis, ablegáveis, baníveis, desterráveis.

Significado de degradar – Deixar de ter dignidade; rebaixar-se: a indignidade degradou-a; degradou-se com o uso de drogas [...] Punir com exílio; banir: o ditador degradou o militante. (Grifos nossos).

Da mesma origem advém a palavra degredo, que era uma pena de exílio equivalente à exclusão social completa do indivíduo punido, o qual era banido de seu país.

No caso da pena de degredo, do condenado eram retirados todos os seus direitos e garantias, ficando com apenas um direito, o da vida, chegando-se ao extremo de até o ar que respirava naquele local lhe ser negado, já que era exilado para outro país.

A dignidade e a degradação humana ocupam posições antagônicas no sistema normativo.

Não há como simultaneamente uma pessoa ter dignidade plena, situação excelente e desejada na qual tem garantidos todos direitos, e estar em condições degradantes, quando lhe são negados os direitos; ou se tem uma, ou se tem outra situação.

Também se pode chegar até a uma degradação humana diferida, que ocorre, por exemplo, quando um empregador não assina a carteira de trabalho do seu empregado; futuramente, quando esse empregado for tentar se aposentar, ou necessitar de outro benefício previdenciário, certamente lhe será negado o direito, em razão de o empregador não ter recolhido sua contribuição para Previdência Social quando deveria; e, portanto, não vai poder usufruir desses direitos, por isso diferida a degradação. O ato cometido agora só vai trazer reflexos negativos no futuro.

5 · A PIRÂMIDE DE CONGRUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LINHA DA DIGNIDADE HUMANA

Diante da importância da preservação e do respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana por todas as pessoas e instituições, em uma sociedade organizada em Estado Democrático de Direito, neste artigo é apresentada uma tentativa teórica de demonstrar como se materializa e se concretiza no mundo jurídico o princípio da dignidade humana previsto constitucionalmente.

Utilizando-se de forma simbólica a figura de uma pirâmide, semelhantemente à pirâmide de Kelsen da hierarquia das normas ou à pirâmide de Maslow sobre a hierarquia das necessidades humanas, apresenta-se na Figura 1, a seguir, o diagrama da *pirâmide de congruência dos direitos fundamentais com a linha da dignidade humana*, na qual, em seu apogeu, está a *linha da dignidade humana*.

Assim, figurativamente, se busca demonstrar que o ser humano só estará esplendidamente no topo piramidal, com sua *dignidade humana plena* respeitada, materializada e concretizada, quando a ele forem garantidos e efetivados, de fato, no mundo real todos os direitos fundamentais; por isso, estes direitos formam a base, o alicerce de todos os degraus da pirâmide ora proposta.

Na *pirâmide de congruência dos direitos fundamentais*, esses direitos gravitam em torno da dignidade humana e em sua direção, na mesma linha do que afirma o ministro Marco Aurélio Mello, do STF:

Ao lado da estruturação do poder e da limitação diante da soberania popular, *o constituinte deu especial ênfase à disciplina dos direitos fundamentais, todos gravitando em torno da dignidade da pessoa humana. [...] Há destaque para a rica jurisprudência sobre aquele que é tido como o centro normativo e axiológico do sistema constitucional de direitos fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana.*³ (Grifos nossos).

Os direitos fundamentais formam os degraus da figura piramidal, considerados em sua essência, em sua importância para a formação de uma sociedade justa, igualitária e solidária.

3 Marco Aurélio Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar, em nome dos ministros do STF, na sessão solene em homenagem aos 30 anos da Constituição Federal de 1988.

PIRÂMIDE DE CONGRUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LINHA DA DIGNIDADE HUMANA

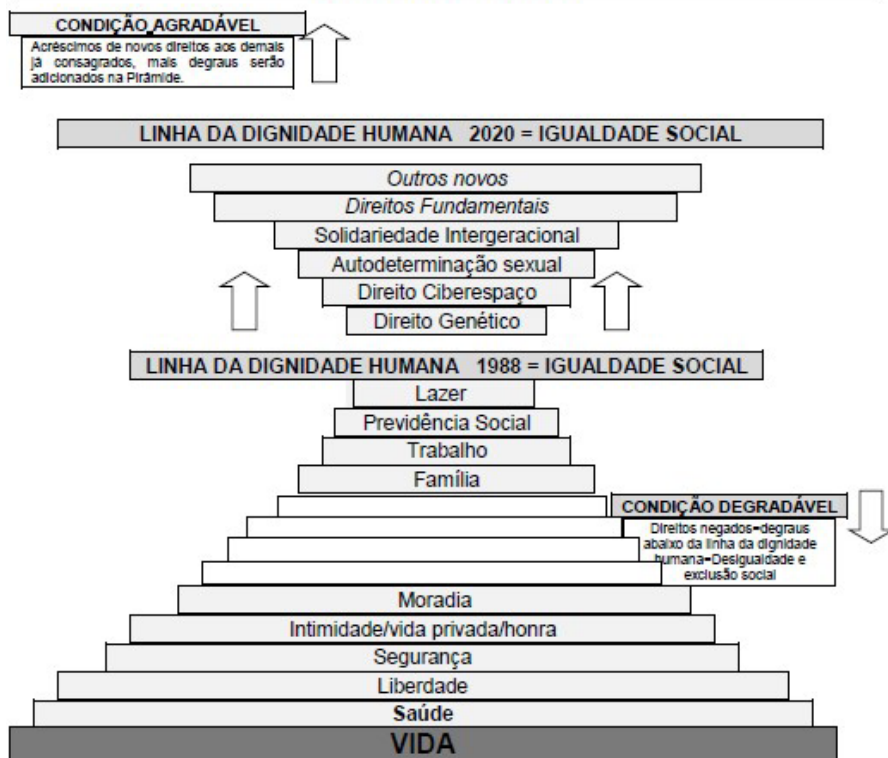


FIGURA 1

Fonte: próprio autor.

Observações sobre a Figura 1:

1. A demonstração dos direitos fundamentais em forma do diagrama de uma pirâmide é apenas para visualizar, de forma mais clara e objetiva, a LINHA DA DIGNIDADE HUMANA e como ocorre a sua MATERIALIZAÇÃO, sua EVOLUÇÃO e sua DEGRADAÇÃO. Não há hierarquia entre os direitos fundamentais em razão de serem: inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, universais, invioláveis, interdependentes e inter-relacionados.
2. A LINHA DA DIGNIDADE HUMANA é dinâmica e evolutiva, a cada novo direito fundamental aceito pela sociedade e acrescido na vida das pessoas, ela se desloca sempre para cima, em razão do princípio da proibição do retrocesso social. O desenho da Pirâmide vai se abrindo até o infinito.
3. CONDIÇÃO AGRADÁVEL OU AGRADANTE: acréscimo de novos direitos à PIRÂMIDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, novos degraus. Exemplos recentes: direito fundamental à autodeterminação sexual, do ciberespaço, da Bioética etc. É um conceito novo que se opõe à condição degradável, ou degradante.
4. CONDIÇÃO DEGRADÁVEL OU DEGRADANTE: ocorre quando há a negação de um direito ao indivíduo. Em consequência, essa pessoa para

a qual o direito foi negado desce degraus na PIRÂMIDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, afastando-se da LINHA DA DIGNIDADE HUMANA garantida constitucionalmente.

5. Se todos os demais direitos fundamentais forem negados à pessoa, exceto o direito à vida, teremos a sua degradação total e a exclusão social ao extremo. Equipara-se à pena de degedro ou degrado (do latim *degradus*, do francês *degrés*, significando também degraus ou graus).

Como referido, trata-se aqui de uma maneira didática de demonstrar a tese da materialização e concretização do princípio da dignidade humana, ou seja, a cada direito fundamental respeitado, a pessoa se aproxima mais da linha da dignidade humana plena; ao contrário, a cada negação de um direito, se aproxima mais da degradação humana plena.

Não há, nessa proposta, a intenção de usar a figura geométrica da pirâmide no sentido de hierarquia ou superioridade, mas somente a de organizar mental e didaticamente os direitos fundamentais em um formato visual capaz de demonstrar, ao final, que, acima de todos os direitos e entrelaçados com eles, está o direito à dignidade humana, posicionado, na sua plenitude, no ápice da *pirâmide de congruência dos direitos fundamentais com a linha da dignidade humana plena*. Só quando esse ápice for atingido é que o Estado terá cumprido sua promessa constitucional ao cidadão integralmente.

Como bem observa Cerroni (1990, p. 21):

A democracia que o liberalismo prefere tende sempre a ser uma democracia mínima, substancialmente ancorada nas trincheiras do processualismo e do formalismo jurídico *construídos em defesa de uma pirâmide garantista que no seu vértice tem o indivíduo privado já emerso acima das dificuldades elementares em que as grandes massas estão ainda submersas*.

A pirâmide ora sugerida, assim como o Estado Democrático de Direito, tem em toda a sua estrutura, dando-lhe a sustentação, os direitos fundamentais, responsáveis por seus alicerces, por sua base, por suas colunas, na formação de todos os degraus da democracia, objetivo do Constituinte e, ao chegar ao seu utópico apogeu, se encontra a *linha da dignidade humana plena*, que, por sua vez, se inter-relaciona intimamente com os demais direitos por toda a obra piramidal, que representa o Estado Democrático de Direito.

Assim, sendo inseridos na pirâmide, um a um, degrau a degrau, os direitos fundamentais, tendo na base da pirâmide o primeiro degrau, que sustenta os demais, formado primeiramente pelo direito à vida e, em seguida, pelos demais – direito à saúde, à liberdade, à igualdade, à intimidade, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à família etc. –, não havendo necessidade de se manter uma ordem determinada nos degraus do diagrama, com exceção dos direitos à vida e à saúde, como base para todos os direitos. No ápice, a *linha da dignidade humana plena*, que é ofertada e garantida pela Constituição Federal a todas as pessoas, objetivo maior do Estado.

Essa relação existente entre a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais não pode ser qualificada como de cunho subsidiário. Diversos autores têm expressado essa preocupação conforme se segue.

Conforme Gomes e Freitas (2010),

A relação entre a *dignidade* e as pretensões constitucionais públicas subjetivas é *sui generis*, visto que a primeira *assume, simultaneamente, a função de elemento e medida das segundas. Uma violação de um direito fundamental ofenderá, necessariamente, a dignidade dos seres humanos.* (Grifos nossos).

Ainda de acordo com Sarlet (2004), citado por Gomes e Freitas (2010),

o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais e, ainda, serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas de tais pretensões constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. (Grifo nosso).

Pasqualini (1999, p. 80) afirma:

[...] portanto, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana apresentam, como traço comum, o fato de que ambos atuam no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, convivendo, de forma indissociável.

Enfim, em face de todo exposto, a proposta deste estudo é utilizar o diagrama de uma pirâmide (Figura 1) para representar e demonstrar, didaticamente, de forma visual como se materializa e concretiza a dignidade humana no ordenamento jurídico, usando sua relação *sui generis* com os direitos fundamentais.

Conforme Biagi (2005), citada por Gomes e Freitas (2010), tais direitos

são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.

Afirma ainda a elucidativa obra de Gomes e Freitas (2010):

O princípio em tela, em relação às pretensões essenciais, pode assumir, mas apenas em certo sentido, a feição de *lex generalis*, até mesmo porque *uma agressão a determinado direito fundamental, simultaneamente, poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade.* [...] *O Estado Democrático de Direito exige a garantia dos direitos fundamentais e, para tanto, deve estar centrado na dignidade da pessoa humana, já que os direitos são postos a serviço da realização do homem como pessoa. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana deve figurar como valor jurídico supremo, pois ela é a base das pretensões essenciais e o fundamento de uma constituição operante.* (Grifo nosso).

De acordo com José Afonso da Silva (1998, p. 92), “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Lemos e Barretto (2015, p. 1821) afirmam:

Em suas conclusões, Brownsword e Beyleveld (2001, p. 13), arguindo que o discurso prático e político principal não é acerca da dignidade humana, mas sim sobre Direitos Humanos, indicam que, apesar disso, *a dignidade humana inerente a todo e qualquer ser humano é a pedra basilar dos direitos inalienáveis, que são detidos por todos igualmente. Assim entendida, argumentam os autores, a dignidade humana é a rocha sobre a qual a superestrutura dos Direitos Humanos está construída.* A lógica dessa concepção de dignidade humana como fundamento dos Direitos Humanos, no entanto, é que o discurso prático e político principal é o dos Direitos Humanos, ao invés daquele da dignidade humana. (Grifo nosso).

Assim, de forma figurada, para sustentar a *pirâmide de congruência dos direitos fundamentais com a linha da dignidade humana*, constitucionalmente garantidos, o *direito à vida* estará formando a sua base, o seu alicerce estruturante. A importância desse direito é óbvia, se o ser humano não tiver vida, não tem como ser detentor dos demais direitos. Se destruídos a base e os alicerces de uma construção, toda ela se desaba, se desfaz, deixa de existir. Assim, o direito à vida é a base e o alicerce que sustenta todos os demais.

Outro direito vem em seguida, no próximo degrau da pirâmide dos direitos fundamentais, o *direito à saúde*; em seguida, nos degraus acima, os demais direitos sem uma ordem definida, desde que estejam na formação da figura geométrica, como devem estar à disposição do cidadão.

Assim, considera-se no desenho piramidal os direitos humanos fundamentais como os alicerces, as bases, as colunas e os tijolos que formam e organizam a sociedade, sempre entrelaçados pela dignidade humana, consistentemente e de forma harmônica com o princípio da igualdade, assim como o sangue que circula pelas veias do ser humano, passando pelos órgãos vitais (direitos fundamentais) e voltando sempre para seu coração, ou seja, ao topo, ao ápice.

Em razão dessa coesão entre dignidade e direitos fundamentais, quando qualquer um desses direitos sofre uma agressão, a dignidade humana também é ofendida na mesma intensidade, gerando um efeito de desigualdade e exclusão social para a pessoa que sofreu a perda do direito.

Para isso, tem-se por pressuposto que qualquer direito fundamental negado ao cidadão traz como consequência, necessariamente, agressão também ao princípio da dignidade humana *in re ipsa*, ou seja, pela força dos próprios fatos. Isso porque a negação de um direito fundamental a um indivíduo o torna desigual no meio social e, portanto, indiretamente a sua dignidade humana é afetada inexoravelmente.

Vislumbram-se, assim, os degraus da pirâmide preenchidos, em sua essência, com os direitos humanos fundamentais, desde sua base até o topo, com a dignidade humana perpassando intimamente por todos eles até o ápice onde repousa solenemente. Pode-se afirmar que a pessoa que chegou a esse apogeu e conseguiu atingir a linha da dignidade humana plena é um ser autorrealizado, tem a felicidade prometida constitucionalmente a todos, é um ser feliz na plenitude humana, no mundo fenomênico.

Nesse sentido, colacionam-se algumas decisões judiciais:

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. [...] O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem

qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. (RE 477.554 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 16-8-2011, 2ª T, DJE de 26 ago. 2011. Vide ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, p. DJE de 14 out. 2011, grifo nosso).

Desse modo, o ser humano que tiver todos esses direitos fundamentais garantidos e efetivados de fato se sentirá autorrealizado, orgulhoso perante seus pares, um cidadão completo, tratado de igual por igual em relação a todos os demais, um cidadão que conseguiu a felicidade, de estar bem na sociedade em que vive.

A noção de dignidade humana ultrapassa o ser social e está imbricada na alma das pessoas, e cada pessoa, com seus valores, conhecimentos, culturas, educação etc., traz no seu ser individual valores diversos, infinitos e variados, e o direito positivo não pode ficar tentando decifrar esse maravilhoso ser indecifrável que é o ser humano, daí a necessidade de, no mundo fenomênico das relações sociais, definir quando e como a dignidade humana foi ofendida, considerando um padrão para todos cidadãos, que é o que se busca e se espera das regras jurídicas em um Estado de Direito.

Assim, na tese que ora se apresenta, caso seja negado o direito à saúde, ou à moradia, ou à segurança, ou qualquer outro, simultaneamente e inexoravelmente, o princípio da dignidade também recebe a agressão e há a degradação humana e, para ser restabelecida a condição de pessoa digna, deverá o direito negado ser novamente garantido.

Dessa forma, em contraposição à dignidade, quando qualquer um desses direitos que formam a sagrada *pirâmide dos direitos fundamentais* é negado ao ser humano, ocorre a *degradação humana* e, conseqüentemente, a desigualdade e a exclusão social.

Reforça essa ideia a posição de Sarmento (2004, p. 375):

Os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas, que sobrepõem ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.

A *degradação humana* acontece quando há ofensa à dignidade da pessoa pela negação de um direito fundamental; portanto, a *dignidade e a degradação humana* estão em oposições opostas no ordenamento jurídico e nas vidas das pessoas.

A situação de degradação humana ocorre quando há a negação de um direito, em especial, de um direito fundamental, a uma pessoa ou grupo específico; assim, quando se nega ao cidadão um desses direitos, essa pessoa estará descendo degraus na *pirâmide dos direitos fundamentais* e se distanciando da linha da dignidade humana.

Assim, aquela pessoa, ou pessoas, para a qual foi negado o direito estará em patamar inferior às demais, está degradada, em posição de desigualdade, excluída socialmente daquele direito.

O respeito à dignidade humana tem papel preponderante e é fator fundamental na formação e implementação de um Estado Democrático de Direito, por isso a dignidade precisa ser materializada e concretizada para que não haja desigualdades sociais. Todos devem ser tratados de forma igual dentro da sua igualdade e desigual na sua desigualdade.

Na esfera trabalhista, quando as forças-tarefa encontram trabalhadores em situação análoga à de escravo, diz-se que essas pessoas estão em condições degradantes porque a elas foram negados os direitos a salários, à alimentação, à moradia, à liberdade, a condições dignas mínimas.

A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século 19 e o cerceamento à liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. *Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno.* A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. (Inq. 3.412, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, j. 29-3-2012, p. DJE de 12 nov. 2012, grifo nosso).

Enfim, o que se busca com a presente proposta é demonstrar que a dignidade humana na esfera jurídica não pode ser tratada com arbitrariedade, com interpretações e aplicações infundadas e triviais, comportamentos que só contribuem para sua banalização e perda do seu real sentido, jurídico, histórico e filosófico, além de criar um devastador cenário de inseguranças jurídicas, totalmente contrário em um Estado Democrático de Direito.

6 · CONDIÇÕES AGRAVÁVEIS – UM NOVO CONCEITO PARA NOVOS DIREITOS

Este tópico apresenta-se após a demonstração da *pirâmide dos direitos fundamentais* e da linha da dignidade humana em razão de ser um novo conceito, surgido durante exaustivos estudos.

Pois bem, o processo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais é dinâmico, todos os dias surgem novas necessidades humanas, novas tecnologias, ideias para correções de rumos, enfim, novas exigências sociais. Diante disso, nesse processo evolutivo, surgem outros direitos, como por exemplo os relacionados à bioética, biotecnologia, ciberespaço, realidade virtual, e, mais recentemente, o direito à autodeterminação sexual, à precaução e o da solidariedade intergeracional, em razão da pandemia de Covid-19.

Esses novos direitos somam-se à *linha da dignidade humana* prevista constitucionalmente em 1988, que, na *pirâmide dos direitos fundamentais*, está no apogeu; sendo assim, novos degraus são somados àqueles formados pelos direitos fundamentais já consagrados, e a *linha da dignidade humana*, sendo dinâmica, como mostra toda história, se desloca para cima, para um novo patamar de direitos fundamentais.

Se, conforme dito alhures, quando há a *negação de um direito, ocorre a degradação*, contrário senso, havendo a *aquisição de um novo direito, ocorrerá a agradação*, assim como a perda é *condição degradável*, o ganho de mais um direito, será *condição agradável* – termo ora proposto e utilizado neste trabalho, frise-se, pela primeira vez em estudos sobre a dignidade humana, como o mais plausível para a situação descrita.

Portanto, os termos *agradável ao ser humano* e *agradante* (aquisição de um direito novo) são utilizados em contraposição a *degradável* e a *degradante* (perda ou negação de um direito existente).

7 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A materialização e a concretização do *princípio da dignidade humana*, constitucionalmente assegurado a todas pessoas, à luz do ordenamento jurídico, são de essencial importância para a plena realização social.

A dignidade humana é a espinha dorsal da estrutura do Estado Democrático de Direito, ela tem como fim o resguardo e a proteção das qualidades e dos atributos essenciais das pessoas como detentoras dos direitos fundamentais, que nada mais são que emanções e concretizações da dignidade humana. Os direitos fundamentais, resultados de conquistas históricas, não são entidades abstratas, etéreas ou metafísicas. São direitos reais nas vidas das pessoas.

Assim, na busca de concretizar o princípio da dignidade humana, que detém correlação íntima com os direitos fundamentais, apresenta-se neste trabalho uma concepção nova de olhar esse princípio, de maneira que haja uma visualização de quando e como há a materialização e a concretização da dignidade humana no aspecto jurídico, ou seja, apresenta-se uma proposta que, em tese, é capaz de colaborar para que a dignidade humana seja vista de forma mais real e presente na vida das pessoas.

Nessa proposta, de forma elucidativa, apresenta-se o diagrama da *pirâmide de congruência dos direitos fundamentais*, na qual, em seu ápice, repousa a linha da dignidade humana plena.

Em contraposição à dignidade tem-se a degradação humana, quando ocorre a perda ou a negação de um direito fundamental; entretanto, existem momentos históricos em que um novo direito se soma ao rol de direitos fundamentais. Neste caso, utilizou-se o termo “condições agradáveis” em oposição a “condições degradáveis”. Perde-se um direito, degrada-se, ganha-se um direito agrada-se.

Quando alguns dos direitos fundamentais são negados às pessoas, ofende-se a dignidade humana, por serem esses direitos intrinsecamente relacionados e imbricados com a dignidade humana, de modo que esta é automaticamente ofendida, pela força dos próprios fatos, *in re ipsa*.

Torna-se de extrema importância para a sociedade que vive em um Estado Democrático de Direito que o ordenamento jurídico ofereça para ela certeza e segurança jurídicas.

A teoria da decisão, em sua visão holística, para a qual as expectativas são organizadas e estruturadas, permite afirmar que o direito positivado, porque controlado, busca reduzir as expectativas de frustração ao imprimir uma pauta ordenadora de comportamentos.

Em razão disso, os destinatários das normas e das instituições jurídicas adquirem uma certeza em seus comportamentos sociais – quando agir, quando omitir e quando atuar efetivamente –, na medida em que conhecem, ou deveriam conhecer, as normas que compõem o ordenamento jurídico. Esta é a sua certeza e segurança contra imprevistos dos atos sociais.

O Estado de Direito tem como fundamento a concepção de normas capazes de controlar ações sociais. Apenas desta forma é capaz de conter conflitos sociais, por isso o sistema normativo é o estabelecedor da ordem social.

Dessa forma, ao demonstrar quando o princípio da dignidade humana é concretizado na vida das pessoas, a noção de que é um conceito impreciso, vazio, subjetivo se ameniza e, em alguns casos, deixa de existir, assim como o entendimento a ele dado, que hoje não leva em conta sua real importância na formação do Estado Democrático de Direito. Consequentemente, esta proposta também servirá para contribuir para o fim do atual voluntarismo hermenêutico, muitas vezes arbitrário, com interpretações livres pelos operadores do direito e pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jailton Macena de. Direitos humanos e solidariedade: Entre o universalismo e o relativismo, por uma teoria dialógica dos direitos humanos. *RIL: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 212, p. 155-179, out./dez. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p155. Acesso em: 16 ago. 2020.

BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. *Revista de Direito do Estado* 4, IBDP, Salvador, p. 23-51, 2006.

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

BRASIL. Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. UNIC. Rio. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

CARVALHO, Luiz Junior Nunes. *Dignidade da pessoa humana: uma abordagem da questão prisional feminina*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49745/dignidade-da-pessoa-humana-uma-abordagem-da-questao-prisional-feminina>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

CERRONI, Umberto. Liberalismo e socialismo. *Revista Novos Rumos*, Marília, ed. 18/19, p. 19-30, 1990. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/novosrumos/article/view/2062>. Acesso em: 7 out. 2020.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 214-243, abr./jun. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DEGREDO. *In: Origem da Palavra*. Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/degredo/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

DEZIDERIO, Priscilla Pintor Ribeiro Pinto. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72072/direitos-fundamentais-dos-trabalhadores>. Acesso em: 16 ago. 2020.

DEGRADÁVEIS. In: *Dicio – Dicionário Online de Português*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/degradaveis/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

EDUCAMUNDO. *Gerações de direitos fundamentais*: conheça detalhes das 5 existentes. 2019. Disponível em: <https://www.educamundo.com.br/blog/geracoes-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 16 ago. 2020.

FERREIRA NETO, Mário. *A criminalidade, direitos fundamentais e humanos*. Disponível em: <https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2507854/a-criminalidade-direitos-fundamentais-e-humanos>. Acesso em: 16 ago. 2020.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. *Direitos fundamentais e dignidade humana*. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-e-dignidade-humana/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEMOS, Fabrício; BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1815-1826, out. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282444237_Uma_abordagem_compreensiva_da_dignidade_humana. Acesso em: 16 ago. 2020.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A dignidade humana em Pico Della Mirandola*. Scribd. San Francisco Califórnia. 2013. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/408909370/A-Dignidade-Humana-Em-Pico-Della-Mirandola>. Acesso em: 2 ago. 2020.

MENDES, Alessandra Torres Vaz. O direito humano fundamental das pessoas intersexo à autodeterminação sexual. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 18, n. 54, p. 383-405, jul./dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: FGV, 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2424>. Acesso em: 16 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, v. IV. p. 180.

MORAES, Lucas Vasconcelos de. A responsabilidade civil do Estado: a evolução do tema diante da violação generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 18, n. 54, p. 295-321, jul./dez. 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; GARCIA, Filipe Rodrigues. O direito à autodeterminação informativa: *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-direito-a-autodeterminacao-informativa/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Cláusula aberta de direitos fundamentais e o § 3º do art. 5º da CF – avanços e retrocessos. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 10, p. 197-223, 2019. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/>

sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-01/2019_009%20Clausula%20aberta%20de%20direitos%20fundamentais_Ramos%20M%20C%20SRevis.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3223, 28 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21605/a-dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>. Acesso em: 7 ago. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores. 2002. Versão para ebook. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2020.

SANTOS, José Eduardo Lourenço. *A discriminação racial na internet e o direito penal: preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação*. Curitiba. 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29938/R%20-20T%20-%20JOSE%20EDUARDO%20LOURENCO%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Conceito de direitos e garantias fundamentais*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Ed. 1, abril 2017. Disponível em: <https://enciclopedia.juridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007b. Disponível em: http://esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.

SHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/75411327/ADRIANA-SCHIER-TESE>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 7 out. 2020.

SOARES, Andrea Antico. *A dignidade da pessoa humana e sua dimensão comunitária como centro de unidade e promoção dos direitos humanos fundamentais*. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73590/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-dimen-sao-comunitaria-como-centro-de-unidade-e-promocao-dos-direitos-humanos-e-fundamentais>. Acesso em: 16 ago. 2020.

STAMFORD, Artur. Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 257-269, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/467/r141-20.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SAÚDE PÚBLICA

Evolução do modelo brasileiro e interfaces com o direito à felicidade

Leonardo Weber R. Araújo¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O Direito à saúde: um panorama do surgimento e da evolução do modelo brasileiro. 2.1 Reforma Sanitarista: principal marco na história da saúde pública nacional. 2.2 O desenho normativo atual da saúde no Brasil: os pilares fixados pela CF/88. 3 Direito à felicidade: breves apontamentos e interface com as questões ligadas à saúde. 3.1 Felicidade: uma alusão cada vez mais presente nos textos legislativos internacionais. 3.2 As diversas compreensões conceituais que envolvem o tema e alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. 3.3 Apontamentos acerca da Constituição brasileira e evidências da correlação entre felicidade e saúde pública. 4 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

Reflexões acerca da transitoriedade da vida e, claro, de como preservá-la pelo maior tempo possível sempre estiveram presentes na história da humanidade. De forma intrinsecamente conexa a essa temática, caminharam os debates relacionados à busca do ideal funcionamento do organismo dos indivíduos. Com o tempo, a percepção de plena saúde deixou de exprimir tão somente um contraponto à ideia de anormalidade do corpo físico ou de doença propriamente dita, passando a alcançar uma dimensão mais ampla, que abarca, além de aspectos orgânicos, outros fatores essenciais ao pleno exercício das potencialidades humanas, como o bem-estar mental e emocional e as condições do meio ambiente em que se vive.

A partir dessa compreensão, acabou sendo inevitável que as ciências jurídicas passassem a cuidar da saúde como um bem intangível de primeira grandeza e, por conseguinte, como garantia básica inerente a todo e qualquer ser humano. Assim considerada, essa prerrogativa torna-se passível de proteção e até mesmo de promoção pelos Entes Estatais, especialmente por aqueles que de alguma forma se filiam ao paradigma do *Welfare State*.

No Brasil, esse percurso envolveu vários estágios, associados, inicialmente, à estratégia de colonização aqui implementada, que mesclava caridade, atividades missionárias e prática médica. De um modo geral, o período anterior à Constituição de 1988 pode ser sumariado, no âmbito da saúde, por iniciativas voluntaristas e benemerentes, por arroubos isolados de avanço no campo das políticas públicas

1 Analista do MPU – Especialidade Direito. Professor Universitário. Assessor-Chefe na Procuradoria-Geral da República. Mestre em Direitos Sociais pelo Centro Universitário IESB. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

e por um modelo de assistência basicamente atrelado a aspectos previdenciários, gerador, este último, de exclusão de boa parte dos cidadãos, sobretudo da população rural, dos desempregados e dos trabalhadores informais.

Finalmente, alinhando-se a inúmeros e difundidos tratados internacionais, a exemplo da Declaração Universal de 1948, a atual Carta Constitucional brasileira (CF/88), por nítida influência do movimento conhecido como Reforma Sanitarista, incorporou o direito fundamental à saúde no rol dos direitos sociais (art. 6º da CF/88).

A legislação constitucional, então, ao abordar a Seguridade Social (arts. 194 e ss. da CF/88), inaugura, formalmente, o Sistema Único de Saúde (SUS), ambicioso ideário pautado pela equidade, pela universalidade e pela integralidade, arcabouço que se aprofunda com vasta regulação infraconstitucional, destacando-se, nesse campo, a Lei n. 8.080/1990.

De outro giro, os debates acerca dos contornos que envolvem a compreensão e a importância da felicidade há muito se encontram na pauta de diversas searas do saber, como a psicologia e a filosofia. Assim como ocorre com a temática da saúde, dúvidas não pairam acerca da complexidade da matéria, que envolve, entre outras variáveis, aspectos individuais, sociais, culturais e econômicos. Não obstante a inequívoca dificuldade para a fixação de balizas imprescindíveis à adequada inteligibilidade do tema, cada vez mais países de todo o mundo aderem a propostas de incorporação de tal termo em suas respectivas dogmáticas jurídicas, o que, de modo natural, tornou premente uma maior investigação jurídico-acadêmica sobre o assunto.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a examinar os desenhos de saúde pública já adotados no Brasil, com ênfase no vigente, correlacionando-os à ideia que atualmente se tem a respeito do denominado direito à felicidade. Busca-se investigar, então, de forma mais específica, se uma maior efetividade quanto ao direito social à saúde tenderia a gerar, em um determinado universo populacional, impactos positivos em relação aos respectivos níveis de felicidade.

2 · O DIREITO À SAÚDE: UM PANORAMA DO SURGIMENTO E DA EVOLUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO

Basta rápida investigação histórica sobre os primeiros movimentos concernentes à saúde no Brasil para se identificar a forte presença das congregações religiosas, especialmente da Irmandade de Misericórdia, organização vinculada à igreja cristã Católica. Como parte de uma eficaz estratégia que consolidou, em territórios ultramarinos, a colonização pela monarquia lusitana, tal instituição, desde o século XVI, passou a se instalar em todas as regiões do País, exercendo, por meio das Santas Casas de Misericórdia, um trabalho conjunto de caridade missionária e de prática médica.²

Ao abordar o formato de colonização portuguesa e o papel desempenhado pelas Santas Casas de Misericórdia, interessantes são as considerações de Gonçalves:

[...] as Santas Casas de Misericórdia vieram para o Brasil assim que os primeiros colonizadores aqui se fizeram presentes. As Santas Casas de Misericórdia,

2 O primeiro estabelecimento médico instalado no País foi justamente a Santa Casa de Santos, cuja inauguração data de 1543. Sobre a história das Santas Casas de Misericórdia no Brasil, conferir: FRANCO, 2011.

juntamente com as Câmaras Municipais, foram precursoras do modelo colonizador português exportado para o Brasil e para as demais colônias portuguesas. Todos os reis portugueses teriam levado a sério suas responsabilidades missionárias e, dessa forma, as instituições políticas e religiosas, que tanto se confundiam na metrópole, chegaram às colônias seguindo o mesmo padrão. Quando Portugal se interessou em colonizar o Brasil, a criação das primeiras cidades foi concomitante com a fundação de filiais da Misericórdia, a exemplo do que ocorreu em outras regiões colonizadas pelo Império português, como na África e na Ásia. (GONÇALVES, 2014, p. 63).

Conforme relatado, o propósito de tais organizações, afora aspectos espirituais, voltava-se ao oferecimento de condições básicas de amparo a uma população que contava, até então, apenas com conhecimentos decorrentes de práticas costumeiras para a preservação e a recuperação da saúde.³ Essa foi, em síntese, a realidade sanitário-hospitalar, com repercussões sociais,⁴ que vigorou no Brasil, no campo da prestação da saúde, durante os primeiros quatro séculos após a chegada dos colonizadores. Os Períodos Colonial e Imperial não apresentaram, dessarte, mesmo consideradas algumas iniciativas isoladas de saneamento atribuídas à coroa portuguesa,⁵ qualquer modelo minimamente estruturado de saúde pública.

Debruçando-se sobre tal cenário histórico, Sanglard esclarece:

O Brasil, herdeiro da tradição lusa de assistência, encontrou na Irmandade da Misericórdia – ainda que se tratasse de instituição privada – o espaço público de atendimento e acolhimento. Desde a sua criação em Lisboa, ao final do século XV, a Irmandade viveu sob o padroado régio e exerceu o monopólio da gestão hospitalar. *Na Colônia, no Império e nos primeiros anos da República, a Santa Casa da Misericórdia manteve a hegemonia da assistência médica no Brasil.* (SANGLARD, 2007, p. 259, grifo nosso).

À medida, porém, que profissionais brasileiros se formavam nos centros urbanos,⁶ ocupando, aos poucos, regiões interioranas, crescia a compreensão de que o exercício da mencionada tripla função (missionária/caridade/prática médica) não se revelava das mais funcionais.

Algumas décadas adiante, já no Período Republicano, começam a surgir no Brasil instituições especializadas nas questões da saúde, como, em 1900, o Instituto Soroterápico Federal (posteriormente Instituto Oswaldo Cruz e Fundação Oswaldo Cruz) e o Instituto Butantan (1901). Simultaneamente, passa-se a debater a ideia, já existente na Europa desde o século XVIII, de que os estabelecimentos de saúde,

3 Para conhecer, com maior profundidade, as fases do desenvolvimento da medicina no Brasil, recomendam-se: RIBEIRO, 1997; TRINDADE, 2013.

4 Segundo o sociólogo pernambucano Gilberto Freyre, as contribuições realizadas em favor das Casas de Misericórdia conferiam aos integrantes da sociedade o título e a mística de “homens bons”. Exteriorizavam, assim, a generosidade cristã e incorporavam nítido prestígio social à imagem dos legatários e (ou) participantes das irmandades (FREYRE, 2000).

5 Confira-se, sobre esse particular, o seguinte trabalho: MURTHA; CASTRO; HELLER, 2015.

6 Apenas em 1808, quatorze anos, portanto, antes da declaração de independência, foram criados os primeiros cursos de Medicina no País, instalados na Bahia (Colégio Médico-Cirúrgico da Bahia) e no Rio de Janeiro (Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro). Começa a ser desenvolvida, então, ao longo do século XIX, mesmo que de maneira muito singela, uma cultura médica local, ainda atrelada, em grande parte, às referidas irmandades.

mais do que “máquinas de curar”, deveriam reunir atividades correlacionadas ao ensino e à pesquisa (FOUCAULT, 1984, p. 57).

Justamente essa mudança de compreensão é destacada por Sanglard (2006), para quem o processo de separação entre espaços de estrita benevolência e de exercício da medicina teve as duas primeiras décadas do século passado como importante referência temporal, período em que o Estado deflagra iniciativas no sentido de inaugurar o processo de estruturação da assistência hospitalar, bem assim da saúde pública como um todo, tarefa que, segundo indica, foi capitaneada pelo médico Carlos Chagas, evocado como sucessor de Oswaldo Cruz (SANGLARD, 2006, p. 19).

Ao longo desse período, correspondente à Primeira República ou República Velha (1889/1930), denominada por Hochman (1998) de “Era do Sanitarismo”,⁷ percebeu-se a necessidade de transformações urbanísticas e sanitárias, mormente nos maiores aglomerados populacionais e nas regiões portuárias, tendo como nítido objetivo a busca por um País mais saudável e produtivo, capaz de fomentar o crescimento econômico que à época se almejava.

A partir de 1920, simultaneamente ao citado movimento sanitarista e às respectivas propostas de mudanças urbanas e sanitárias, inicia-se no Brasil, de forma paulatina, o desenvolvimento de um arquétipo de assistência médica individual atrelado ao sistema previdenciário.

Foram criadas, com a conhecida Lei Eloy Chaves (Decreto n. 4.682/1923), as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), que, voltadas, inicialmente, às empresas ferroviárias, decorreram de pactos entre empregados e empregadores, que possibilitavam aos trabalhadores acesso aos benefícios previdenciários e à assistência médica e farmacêutica.

Já ao longo da década de 1930, com o apoio de Getúlio Vargas, o modelo representado pelas CAPs foi impulsionado e fortalecido, passando a se revestir de natureza jurídica de autarquias federais e a se denominar, de modo geral, de Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), organizados não mais por empresas, mas por categorias profissionais, tais como comerciários, industriários e bancários.

Durante todo esse período, como as CAPs e os IAPs assistiam apenas aos empregados formais, continuou a competir às já referidas Santas Casas acudir ao restante da sociedade, especialmente à população rural e aos trabalhadores urbanos, autônomos e informais.⁸ Impõe-se reconhecer, portanto, que a atuação das Entidades de Misericórdia, muito embora ressaltasse desigualdades, revelou-se, naquele momento histórico, de enorme relevância prática, especialmente quando se considera a capilaridade de tais estabelecimentos pelo interior do País.

7 A estratégia utilizada pelo movimento estruturou-se, basicamente, em grandes campanhas para o combate a epidemias, sendo por isso também denominado de “Sanitarismo Campanhista”, tendo como ênfase a desinfecção de espaços públicos e programas obrigatórios de vacinação. Sobre o tema, conferir os seguintes trabalhos, que abordam medidas impopulares e polêmicas atribuídas a Oswaldo Cruz, durante a presidência de Rodrigues Alves (1902-1906), que levaram, em 1904, a um motim popular conhecido como “Revolta da Vacina” (MEIHY; BERTOLLI FILHO, 1995; SEVCENKO, 1993).

8 As políticas públicas de previdência social e de saúde apenas começaram a ser expandidas na década de 1970, com a criação do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL (Lei Complementar n. 11/1971) e, ainda, com as Leis n. 5.859/1972 e n. 5.890/1973, que, respectivamente, agraciaram trabalhadores domésticos e autônomos.

Merece ainda destaque o ano de 1941, quando começam a ser realizadas, com o intuito de discutir o cânone brasileiro, as Conferências Nacionais de Saúde, e o de 1949, quando é criado o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU) (Decreto n. 27.664/1949), mantido não só pelos Institutos existentes, mas também pelas Caixas de Assistência que ainda remanesciam.

Fato político também sempre mencionado durante esse ciclo de mudanças diz respeito à separação entre o Ministério da Educação e o Ministério da Saúde, ocorrida em julho de 1953; este último, inicialmente, direcionou sua atuação para o atendimento da população rural.

Em 1966, o aumento de epidemias e da mortalidade infantil demandou a adoção de medidas pelo governo à época estabelecido, especialmente o aprofundamento da integração do arranjo inaugurado pela Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) – Lei n. 3.807/1960. Os IAPs, então, foram unificados,⁹ dando lugar ao conhecido Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (Decreto n. 72/1966 – Lei Eloah Bosny), que, com natureza autárquica e vínculo com o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, passa a concentrar as contribuições sociais e coloca o Estado em uma posição mais central no que concerne à prestação da saúde.

Posteriormente, tendo em vista a complexidade alcançada pelas várias funções atribuídas ao Instituto Nacional de Previdência Social e a pressão decorrente da ampliação das coberturas, surge, com a Lei n. 6.439/1977, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), órgão federal antecessor imediato do Sistema Único de Saúde, que passa a assumir a área de assistência médica (curativa), permanecendo com o INPS¹⁰ a competência para a concessão de benefícios (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2001).

Menicucci (2014), ao abordar com concisão toda essa fase, refere-se, da seguinte forma, à previdência social, à segmentação “meritocrática” do público a ser atendido ou excluído desse sistema, bem como à origem do formato misto que hoje vigora na prestação dos serviços de saúde no País:

[...] O mais importante nessa história é que o benefício era vinculado ao contrato de trabalho formal, tendo as características de seguro e não de direito de cidadania. Nesse sentido, reveste-se do caráter meritocrático vinculado à inserção no mercado de trabalho, cujas diferenciações reproduz. Além disso, a política de saúde brasileira apresentava diferenciação funcional e institucional: ao Ministério da Saúde cabiam as ações de caráter coletivo e algumas de assistência básica, e à Previdência Social, a saúde curativa restrita aos segurados.

Aspecto importante dessa origem, que também explicará um dos problemas posteriores, diz respeito ao crescimento da assistência da previdência social, que amplia gradativamente sua cobertura – depois das Caixas e dos IAPs, ocorre, em

9 Falleti, porém, apresenta justificativa adicional para tal unificação. Segundo a autora, a decisão de reunir os Institutos de Aposentadoria, adotada pelo General Castelo Branco (1964-1967), teve o propósito de desarticular a atuação dos trabalhadores urbanos, transferindo a gestão do modelo a supostos “tecnocratas apolíticos”, o que, claro, acaba por minar um dos pilares do sindicalismo então vigente (FALLETI, 2010).

10 Em 1990, por meio do Decreto n. 99.350/1990, fundiram-se o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) e o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que, juntos, transformaram-se no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

1966, a unificação de todos os Institutos no Instituto Nacional de Previdência Social, INPS, o que significou a cobertura de todos os assalariados urbanos; portanto, expansão muito grande também da assistência médica. A opção política dos governos para dar conta dessa ampliação de cobertura foi não prover os serviços diretamente, mas comprá-los da rede privada. Nesse sentido, então, a política pública voltada para a saúde incentivou o desenvolvimento do mercado privado de saúde, tanto pela compra de serviços quanto pelos subsídios do governo para a construção de unidades hospitalares. Fundamental também para entender a trajetória posterior da dualidade do sistema brasileiro foi a estratégia de fazer convênios com empresas que, por meio de subsídios governamentais, do então INPS, se encarregassem da prestação de assistência à saúde a seus empregados. Esse é o berço dos planos de saúde, porque desenvolveu nas empresas a prática de prestar serviços aos empregados, o que gerou no mercado outra modalidade institucional: as empresas médicas que geriam a assistência médica para as empresas empregadoras. (MENICUCCI, 2014, p. 79, grifo nosso).

Enquanto todas essas transformações legais e institucionais ocorriam, autores, como Falleti (2010), identificam os primeiros lampejos do movimento sanitário-desenvolvimentista que, pouco tempo depois, em contraposição ao sanitarismo centralizador do início do século XX, começaria a despontar.

Nesse sentido, não é raro encontrar referências históricas que correlacionam a origem mais remota de tal movimento ao Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social (1962), edificado, durante o governo João Goulart (1961-1964), com viés reformista e distributivista, pelo economista Celso Furtado.¹¹

Aludida conexão também aparece nas ocasiões em que se menciona a 3ª Conferência Nacional de Saúde (1963), pois, ao se verificarem alguns dos tópicos que a estruturaram, como a necessidade de municipalização e a crítica à situação sanitária do País, as premissas para a reforma abordada no próximo tópico mostram-se, de fato, bastante presentes.¹²

2.1 · REFORMA SANITARISTA: PRINCIPAL MARCO NA HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NACIONAL

Ao longo das décadas de 1970 e de 1980, em contraponto às propostas de saúde previdenciária expostas no tópico anterior, florescia no Brasil um movimento que compreendia a questão da saúde não mais sob a perspectiva individual, mas com um viés nitidamente universal e igualitário.¹³

Essa visão, aos poucos absorvida pelos profissionais da saúde e pela sociedade civil, transformou-se em propositura ordenada e metódica a partir da 8ª Conferência

11 Acerca do Plano Trienal e dos antecedentes da Reforma Sanitária: LABRA, 1988.

12 Quanto à 3ª Conferência Nacional de Saúde, recomenda-se a leitura da seguinte dissertação: SOUZA, 2014.

13 Nesse período, duas teses de doutorado podem ser citadas como marcos significativos, pois conferiram densidade acadêmica à teoria social da medicina e ao movimento pela reforma sanitária (também chamado de “movimento sanitário” ou de “movimento da reforma sanitária”); são elas: AROUCA, 1975; DONNANGELO, 1975.

Nacional de Saúde e acabou por representar o que, mais tarde, convencionou-se denominar Reforma Sanitária Brasileira (RSB).¹⁴

Sérgio Arouca (1941-2003), um dos maiores expoentes dessa fase, assim resume o espírito da reforma sanitária, deixando clara a pretensão de que o movimento representasse mais do que uma mera inovação setorial:

O projeto da reforma [sanitária] é o da civilização humana, é um projeto civilizatório, que, para se organizar, precisa ter dentro dele princípios e valores que nós nunca devemos perder, para que a sociedade como um todo possa um dia expressar estes valores, pois o que queremos para a saúde é o que queremos para a sociedade brasileira. (AROUCA, 2001, p. 6).

Pode-se dizer, com essa abordagem, que a RSB faz parte de um processo mais amplo, não setorializado, voltado à valorização das garantias fundamentais e à retomada da participação popular no campo das políticas públicas ligadas aos direitos sociais, com ênfase, além da saúde, nas áreas do trabalho, da educação e da moradia.¹⁵⁻¹⁶

Destacam-se, nesse período de transição, as criações, em 1976, do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) e, em 1979, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), assim como a realização da citada 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em Brasília, em março de 1986, que mobilizou mais de 5 mil representantes de todo o País (especialistas e usuários de saúde) e é sempre mencionada como um dos episódios mais relevantes para a consolidação e a sistematização da ideia de um verdadeiro projeto de saúde pública coletiva.

Após esse período de intensa mobilização da sociedade civil e de importantes debates acadêmicos, surgem, dois anos mais tarde, robustecidas por emendas populares, as linhas condutoras do modelo de saúde constitucionalmente adotado, que se caracteriza por um olhar mais global e social, em contraposição às perspectivas biologicista e hospitalocêntrica¹⁷ do início do século XX, consideradas reducionistas.

Os contornos normativos decorrentes dessa fase estão delimitados na seção “Da Saúde” (Título VIII, Capítulo II, Seção II, da CF/88), que abarca os arts. 196 a 200, examinados no próximo tópico.

14 Sugere-se, para maior aprofundamento, a análise de artigo publicado no portal oficial da Fiocruz (GARCIA, 2016). Ainda sobre esse período, merece destaque a dissertação escrita por Sarah Escorel, orientanda do reconhecido sanitarista e político Sérgio Arouca, defendida, em 1987, perante a Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (ESCOREL, 1999).

15 Nesse exato sentido, prevê o art. 3º da Lei n. 8.080/1990 que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” (BRASIL, 1990a).

16 Na linha da previsão do art. 3º da Lei n. 8.080/1990, a Agenda 21 Global, documento que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), abordou, em seu capítulo 6 (Proteção e promoção das condições da saúde humana), a necessidade de um olhar ampliado acerca do tema. Menciona-se, nesse tópico, o crescimento desordenado, a mobilidade comprometida, a falta de saneamento, a poluição ambiental, entre outros, como fatores que, conjugados, contribuem para um maior adoecimento da população (ONU, 1992).

17 Tais correntes, que se confrontaram com a posterior tendência “epidemiológica social/crítica”, consideravam, respectivamente, que o principal motivo a comprometer a saúde de uma comunidade estava correlacionado às infecções por micro-organismos e que os estabelecimentos hospitalares se revelavam o *locus* mais importante para o enfrentamento e a cura dos problemas de saúde em geral.

2.2 · O DESENHO NORMATIVO ATUAL DA SAÚDE NO BRASIL: OS PILARES FIXADOS PELA CF/88

Sabe-se que o direito à saúde não foi, no breve percurso constitucional do Brasil, conteúdo explorado, até 1988, com preocupação, muito menos com profundidade. Ao contrário, os textos constitucionais pretéritos à vigente Carta Constitucional trataram de forma bastante efêmera e restritiva a temática da saúde.

Tendo como parâmetro tal trajetória, o amplo modelo de prestação do direito social à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 constituiu verdadeira reviravolta ideológica e institucional no tratamento da matéria no ordenamento jurídico pátrio, conforme bem enfatiza Menicucci:

A reforma sanitária que foi feita visando à criação do SUS, gravada na Constituição, foi, de fato, uma ruptura com todos os princípios que ordenavam a política de saúde até então. E nesse sentido podemos falar em reordenamento ideológico e institucional. Ideológico devido aos princípios fundantes da política de saúde, que são completamente alterados, e institucional em função da criação do sistema único. (MENICUCCI, 2014, p. 78, grifo nosso).

Fruto da já percorrida Reforma Sanitarista, especialmente de movimentos sociais de vários matizes, a inclusão da saúde como direito social deve ser identificada, inicialmente, como uma conquista que envolve horizonte mais amplo, representativo de uma clara escolha de fortalecimento e de implementação de políticas públicas direcionadas à efetividade substancial de uma democracia que pretendia se fazer inclusiva (e não apenas supostamente “meritocrática”, como outrora).

Além da previsão inaugural trazida pelo art. 6º da CF/88, que atualmente apresenta rol exemplificativo de onze direitos sociais, o direito à saúde faz parte de tópico mais abrangente, que regula a Seguridade Social, nesta incluídas, segundo a previsão do art. 194, *caput*, da CF/88, além da temática ora versada, a Previdência (arts. 201 e 202 da CF/88) e a Assistência Social (arts. 203 e 204 da CF/88).

Após dispositivo especificamente voltado ao financiamento da Seguridade Social como um todo (art. 195, CF/88), o art. 196 da CF/88 não vacila quanto ao império da proposta de saúde integral e de acesso universal e igualitário, sendo assim abordado por Santos:

Diante do conceito afirmado pela Constituição de que “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, abandonou-se um sistema que apenas considerava a saúde pública como dever do Estado, no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que colocassem em risco a saúde da coletividade, e assumiu-se que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da saúde. A visão epidemiológica da questão saúde-doença, que privilegia o estudo de fatores sociais, ambientais, econômicos e educacionais que podem gerar enfermidades, passou a integrar o direito à saúde. Esse novo conceito de saúde considera seus determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.) e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais, e ao governo o de formular políticas públicas condizentes com a melhoria do modo de vida da população. (SANTOS, 2010, p. 147-148, grifo nosso).

Tal arcabouço foi traçado pelo art. 198 da Constituição Federal e tem como pilares uma rede hierarquizada e regionalizada, o atendimento integral e universal, além da necessidade de participação da comunidade.

Aliás, quanto aos princípios basilares do SUS, a doutrina costuma examiná-los sob duas perspectivas. Uma delas, de caráter mais conceitual ou doutrinário-ideológico, abarca a integralidade, a universalidade e a equidade; a outra diz respeito aos chamados princípios organizativos.

A integralidade refere-se à ideia de “saúde total”, incluindo, portanto, serviços assistenciais e curativos, em relação aos quais são valoradas as complexidades físicas, psíquicas e sociais que compõem o bem-estar de cada indivíduo, com a utilização de medidas preferencialmente preventivas (art. 198, I, da CF/88).

A universalidade, por sua vez, representa o acesso subjetivo irrestrito, ou seja, que independe de quaisquer condicionantes.

Finalmente, a equidade chama a atenção para um aspecto prático significativo, qual seja, o de que o sistema atua em ambiente marcado por consideráveis diferenças regionais, culturais e patrimoniais, sendo imperiosa, portanto, a compreensão acerca das vulnerabilidades de determinados grupos, a fim de que se implemente um planejamento estratégico adequado ao conceito de igualdade material.

Referindo-se à amplitude de significados que podem ser alcançados por esses termos e à sua contextualização específica no âmbito do SUS, Paim e Silva assim discorrem:

A revisão dos estudos sobre universalidade, equidade e integralidade aponta para distintas definições e abordagens teórico-conceituais. Ideologias e teorias competem na construção de conceitos, de modo que foi possível verificar desde elaborações mais superficiais e parciais, até a produção de conceitos teóricos derivados de fundamentação filosófica, além de pesquisas empíricas.

[...]

No SUS, universalidade supõe que todos os brasileiros tenham acesso igualitário aos serviços de saúde e respectivas ações, sem qualquer barreira de natureza legal, econômica, física ou cultural. A equidade possibilita a concretização da justiça com a prestação de serviços, destacando um grupo ou categoria a ser alvo especial das intervenções. E a integralidade tende a reforçar as ações intersetoriais e a construção de uma nova governança na gestão de políticas públicas. (PAIM; SILVA, 2010, p. 113).

Há igual menção, por outro lado, aos chamados princípios organizativos, sintetizados pela descentralização (divisão de atribuições entre os entes federados), pela regionalização (municipalização, consideradas as características regionais) e pela hierarquização (primária, secundária, terciária e quaternária), introduzidos com o desiderato de que o modelo operasse com maior racionalidade e eficiência.

Esclarecidos os contornos gerais dos princípios norteadores, verifica-se que o art. 200 da CF/88 destaca algumas das atribuições do SUS, como, por exemplo, as alusivas às vigilâncias sanitária e epidemiológica, bem como aquelas interligadas à saúde do trabalhador (inciso II), à política de saneamento básico (inciso IV), ao fomento de inovações científicas (inciso V) e à proteção ao meio ambiente (inciso VIII).

Impõe-se ressaltar, por fim, que, como consequência de uma experiência adotada em período anterior a 1988, especialmente na já aludida fase em que a prestação da saúde encontrava-se atrelada a aspectos previdenciários, o Brasil acabou por adotar

um sistema híbrido de saúde (público e privado), por meio do qual se estabelece a possibilidade de que essa assistência seja exercida pela iniciativa privada.

Destarte, também com o propósito de cumprir os princípios da universalidade e da integralidade, admite-se, no País, além das ações e dos serviços prestados diretamente pelo SUS, por meio dos entes federados, a Assistência Complementar (conforme art. 199, § 1º, da CF/88, e arts. 8º e 24 a 26 da Lei n. 8.080/1990) assim como a Assistência Suplementar (que tem como amparo constitucional a previsão dos arts. 197 e 199, *caput*, da Carta Magna).

Em síntese, rompendo com uma configuração prioritariamente voluntarista ou subordinada às atividades produtivas e previdenciárias, a introdução desse conteúdo no rol dos Direitos Sociais (art. 6º da CF/88) e seu posterior detalhamento no campo da Seguridade Social (arts. 194 e ss. da CF/88), por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), trouxeram grande expectativa de que uma nação mais igualitária, solidária, sã e feliz pudesse ser alcançada.

3 · DIREITO À FELICIDADE: BREVES APONTAMENTOS E INTERFACE COM AS QUESTÕES LIGADAS À SAÚDE

A filosofia grega, por meio de diversos autores, como Platão e Aristóteles, menciona, em diversas ocasiões, o termo eudaimonia, representativo, em apertada síntese, de um sentimento de satisfação maior, muitas vezes correlacionado à prosperidade exterior, à busca de sabedoria, de uma vida virtuosa, repleta de significados e, finalmente, à perspectiva utópica de felicidade plena.¹⁸

Por sua vez, dos pontos de vista histórico e político, uma das referências frequentemente mencionadas sobre o assunto diz respeito à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), influenciada pelos ideais republicanos e iluministas de figuras como Thomas Jefferson (1743-1826), que apresenta interessante associação entre os conceitos de vida, de liberdade e de busca da felicidade.

Abordando justamente Jefferson, Comparato (2008) observa que o líder estadunidense era “suficientemente arguto para saber que ninguém possui um direito inato à felicidade; que a realização desta, na vida individual, não depende exclusivamente das virtudes dos cidadãos”, mas que a dignidade humana necessita de “condições políticas indispensáveis para a busca da felicidade” (COMPARATO, 2008, p. 107).

Aprofundando-se no espírito que norteou a Declaração de Independência norte-americana, Driver (2006) assim qualifica o direito à busca da felicidade:

Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica. (DRIVER, 2006, p. 32).

Textos advindos da Revolução Francesa subscrevem, no mesmo diapasão, a relevância da busca da felicidade; e, ainda no ano de 1789, a Declaração de Direitos do

18 Para aprofundamento, recomenda-se a leitura dos seguintes textos: ARISTÓTELES, 1996; SANTOS, 2001; SILVA, 2011.

Homem e do Cidadão,¹⁹ que, como se sabe, concentra-se na dimensão universal dos direitos humanos, apresenta, em seu preâmbulo, a assertiva de que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem” são geradores “dos males públicos e da corrupção dos governos” e, por consequência, da infelicidade coletiva.²⁰

Até mesmo no Brasil, ainda no período anterior à independência, esse ideário de alguma maneira reverbera. Percebe-se alguma inspiração nesse sentido, por exemplo, na conhecida frase de D. Pedro I, então príncipe regente, que, em 1822, diante da convocação da família real para que retornasse a Portugal, decide permanecer no Brasil e proclama: “Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, estou pronto! Digam ao povo que fico”.

Na sequência desse relevante episódio, um dos marcos do processo de emancipação do Brasil, a aludida e famosa manifestação chega a ganhar espaço na dogmática jurídica, sendo encontrada instigante referência à “felicidade Política”²¹ na parte preambular da Constituição de 1824.

Fato é que, não obstante perspectivas filosóficas, históricas e políticas, que não serão objeto específico de maior abordagem no presente trabalho, o tema Direito e Felicidade (*Law and Happiness*) tem, efetivamente, gerado cada vez mais reflexões em diversos campos do estudo, como, por exemplo, o das ciências médicas, econômicas e jurídicas, conforme se passará a expor.

3.1 · FELICIDADE: UMA ALUSÃO CADA VEZ MAIS PRESENTE NOS TEXTOS LEGISLATIVOS INTERNACIONAIS

A contar de meados do século passado, percebe-se que textos constitucionais de países de localidades diversas, muito embora com concepções e objetivos distintos, passam a incluir nos respectivos comandos a palavra felicidade.

Podem ser citados, a título inicial, o Japão e a Coreia do Sul, que, impactados pelos efeitos da Segunda Guerra, incorporaram às respectivas Constituições de 1947 e de 1948 a noção de dignidade das pessoas correlacionada ao direito à busca da felicidade.²²

19 A íntegra da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão pode ser consultada na biblioteca virtual de Direitos Humanos da USP no seguinte endereço: <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: 27 fev. 2020.

20 Tais concepções, alguns anos depois, foram incorporadas às Constituições Francesas de 1791 e de 1793, conforme indica o seguinte texto: PEIXINHO, 2012.

21 “DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos os Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que havíamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes à nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral *felicidade Política*: Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte:
[...]

22 Confira-se, ilustrativamente, a redação do art. 13 da Constituição do Japão: “Todas as pessoas deverão ser respeitadas como indivíduos. O direito à vida, à liberdade e à busca pela felicidade, contanto

Também sempre mencionado nas ocasiões em que se aborda a matéria, o Butão, país asiático localizado ao sul da China e ao nordeste da Índia, preconizou em sua Constituição de 2008 não somente o termo direito à felicidade, mas também instituiu um inusitado indicador denominado Índice Nacional de Felicidade Bruta.²³

No Continente Africano, por sua vez, vários países, entre eles Libéria (1986), Namíbia (1990), Gana (1992), Nigéria (1999), Egito (2004) e Suazilândia (2005), incorporaram às respectivas legislações constitucionais o direito à felicidade, sendo tais proposições, porém, mais relacionadas a fatores econômicos (LEAL, 2015).

Especialmente na Nigéria (1999), a menção à felicidade coletiva parece se contrapor ao fenômeno do “Supercapitalismo”, abordado na obra de Robert Reich (2008). Colhe-se dessa abordagem a tese de que o modelo que se estabelece após o chamado “Capitalismo Democrático”, ao consolidar um cenário de fragilização de direitos trabalhistas, de ampla desregulação e de desmobilização da participação social, pode acentuar os padrões de concentração de renda, comprometendo o bem-estar de significativa parcela da população e, conseqüentemente, os respectivos níveis de felicidade.²⁴

Nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1787 não reproduziu a já mencionada referência feita pela Declaração de Independência (1776). Tal previsão, contudo, acabou sendo adotada em várias das Constituições dos Estados norte-americanos, como, *verbi gratia*, a Constituição do Estado da Virgínia, que consagrou, explicitamente, na Seção I (Igualdade e Direitos do Homem), o direito das pessoas a *pursuing and obtaining happiness*.²⁵

Na França, o preâmbulo da Constituição de 1958 ratifica o reconhecimento daquele país aos fundamentos fixados pela já referida Declaração de 1789, reiterando, assim, ainda que obliquamente, a relevância do direito à felicidade para aquela nação.

Até mesmo a Organização das Nações Unidas, na Assembleia Geral realizada em 2012, reconheceu a importância de que a felicidade e o bem-estar estejam presentes na formulação das políticas públicas. Nesse sentido, deve-se lembrar

que não interfiram no bem-estar público comum, serão de suprema consideração na legislação e em outras instâncias governamentais”. Fonte: sítio da Embaixada do Japão no Brasil. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

23 A respeito desse índice (GNH – *Gross National Happiness*), Merlo e Pedroso esclarecem que se fundamenta, sobretudo, no fato de que não se deve avaliar o desenvolvimento de um país apenas se calculando o crescimento econômico, mas também vários outros fatores, como o bem-estar psicológico, a valorização da cultura, os níveis de educação e a governança (MERLO; PEDROSO, 2014).

24 Igualmente abordando esse viés do capitalismo, predatório e excludente, Barnes indica três consequências não muito auspiciosas decorrentes desse modelo, quais sejam: “A destruição da natureza, o aumento da desigualdade e a falha em promover a felicidade, apesar da pretensão de fazê-la”. Tradução livre. Lê-se, no original: “the destruction of nature, the widening of inequality and the failure to promote happiness despite the pretense of doing so” (BARNES, 2006, p. 25).

25 A íntegra do texto da Constituição do Estado da Virgínia, de 1776, encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://law.lis.virginia.gov/constitution/article1/section1/>. Acesso em: 10 mar. 2020. Ainda quanto ao tema, Comparato (2008), além de mencionar tal Carta Estadual, cita outros dois Estados que seguiram os parâmetros da Virgínia: “É preciso assinalar que nesse campo dos direitos individuais, os norte-americanos foram, incontestavelmente, pioneiros. [...] Em 16 de agosto do mesmo ano, a Pennsylvania aprovou, juntamente com a sua Constituição, uma declaração de direitos largamente copiada da Declaração de Independência. Quatro anos depois, em 1780, o Estado de Massachusetts adotou também o seu *Bill of Rights*, redigido por John Adams” (COMPARATO, 2008, p. 112).

que vários dos aspectos destacados nos dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS (ONU, 2015), tais como a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a proteção do planeta, têm inequívoco potencial para impactar, de forma direta e real, a vida e a felicidade das pessoas. Exatamente por esse motivo, estabeleceu-se o dia 20 de março como o “Dia Internacional da Felicidade” (ONU, 2018), independentemente das inúmeras visões que se possa atribuir à matéria.

3.2 · AS DIVERSAS COMPREENSÕES CONCEITUAIS QUE ENVOLVEM O TEMA E ALGUNS JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já exposto, a compreensão acerca do significado da palavra felicidade revela-se, *a priori*, fluida, sendo necessária a realização de estudo contextualizado para que se possa ter maior percepção quanto ao alcance e às fronteiras por ela abarcadas.

Não se mostra incomum, ainda hoje, a abordagem da felicidade sob o panorama do utilitarismo. Nesse campo, Sandel (2012), refletindo sobre o utilitarista Jeremy Bentham (1748-1832), assim discorre:

Bentham, filósofo moral e estudioso das leis, fundou a doutrina utilitarista. Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: *o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor*. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento.

Bentham chega a esse princípio por meio da seguinte linha de raciocínio: todos somos governados pelos sentimentos de dor e prazer. São nossos “mestres soberanos”. Prazer e dor nos governam em tudo que fazemos e determinam o que devemos fazer. Os conceitos de certo e errado “deles advêm”.

Todos gostamos do prazer e não gostamos da dor. A filosofia utilitarista reconhece esse fato e faz dele a base da vida moral e política. Maximizar a “utilidade” é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. *Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral*. (SANDEL, 2012, p. 48, grifo nosso).

Sabe-se que várias objeções são constantemente realizadas em relação à ótica voluntarista de Bentham, destacando-se, em especial, a que versa sobre o perigo de que a premissa que sustenta tal pensamento, qual seja, a da máxima felicidade, vulnere garantias e direitos civilizatórios fundamentais, mormente aqueles relacionados a grupos fragilizados e minoritários.

Justamente nesse ponto, John Stuart Mill (1806-1873) tenta estabelecer balizamentos àquela versão do utilitarismo, ressaltando que, não obstante a busca pela felicidade máxima, “o Governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver”. Enfatiza, ainda, que “as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros” (*apud* SANDEL, 2012, p. 64).

Na esteira dessas relevantes proposições, podem ser apresentados, respectivamente, os dois primeiros vieses do direito à felicidade, quais sejam, o da auto-determinação, também chamado de “busca da felicidade”, do qual é decorrente a liberdade das pessoas para se conduzirem da maneira que melhor lhes aprouver;

bem assim aquele que confere ênfase à dignidade dos seres humanos e, respeitado esse pilar civilizatório, veda, ao menos em certa medida, as chamadas práticas que priorizam os prazeres perversos.

Quanto ao primeiro viés, o da busca da felicidade, merecem ser extraídos de julgado do Supremo Tribunal Federal excertos da seguinte ementa:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. *Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito*. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos.

[...]

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

[...]

6. O direito à BUSCA DA FELICIDADE, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Acerca da outra perspectiva (vedação aos prazeres perversos), por sua vez, o Supremo Tribunal Federal enfrentou-a em diversas ocasiões, como nos julgamentos das ADIs n. 2514/DF e n. 3776/DF, nas quais considerou inconstitucional, respectivamente, leis estaduais, catarinense e potiguar, que autorizavam e disciplinavam competições entre “galos combatentes”, prática popularmente conhecida como rinha de galos. Os ministros do Excelso Pretório, por unanimidade, concluíram, naquelas ocasiões, que tal atividade revelava o exercício prazeres mórbidos, atentatórios a vários parâmetros constitucionalmente fixados.²⁶

Pode-se, por outro lado, pensar a felicidade também no campo da democracia, cotejando-a, assim, com a possibilidade conferida aos cidadãos para a efetiva participação nos processos coletivos de diálogo e de tomada de decisão.

Para além de frases impactantes, como a de que “todo poder emana do povo”, estampada no parágrafo único do art. 1º de nossa Constituição Federal, Frey e Stutzer

26 Ainda a respeito da limitação aos prazeres sádicos, recomenda-se a leitura de RIOS, 2006.

(2002), em texto regularmente citado, estabelecem concreta associação entre o exercício dos instrumentos da democracia e o incremento da felicidade da população.

Ponderadas, claro, as realidades socioeconômicas completamente particulares da Suíça, cenário empírico da pesquisa, concluíram que, quanto mais as pessoas participam dos processos deliberativos, vivenciando mecanismos democráticos, mais se tornam felizes.

Na referida investigação, replicada, mais tarde, por vários pesquisadores, em outros contextos geopolíticos, os mencionados autores, em livre tradução, assim discorrem a respeito da proposição:

A felicidade das pessoas é influenciada pelo tipo de sistema político em que elas vivem. Instituições democráticas, em particular a possibilidade de participação em pleitos eleitorais e de escolha direta em relação a alguns temas, contribuem para a sensação de felicidade.

[...]

Estudos realizados na Suíça revelaram que a possibilidade de participar diretamente da democracia (democracia direta) exerce um significativo efeito na felicidade, mais do que fatores demográficos e econômicos normalmente levados em consideração. A diferença percentual verificada entre pessoas que têm maior participação por meio da democracia direta e as pessoas que têm menos possibilidades de participação direta foi maior do que a verificada entre pessoas que se encontram no topo e na base das categorias de renda. (FREY; STUTZER, 2002, p. 35 e 36).

Sob essa ótica, a do engajamento das pessoas em espaços públicos de manifestação e de debate, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADPF n. 187, relatada pelo ministro Celso de Mello, autorizou a realização de passeatas conhecidas como “Marchas da maconha”, que reúnem cidadãos favoráveis à descriminalização da aludida droga, contrários, portanto, ao modelo proibicionista e aos efeitos dele decorrentes. Na ocasião, foram lembrados, além da busca da felicidade, tanto o direito à reunião em espaços públicos (liberdade-meio), desde que para fins pacíficos, quanto a prerrogativa da livre manifestação do pensamento (liberdade-fim). Ao final do julgamento, os citados encontros foram permitidos e, por conseguinte, conferiu-se interpretação conforme o texto constitucional ao art. 287 do Código Penal, que tipifica o crime de apologia de fato criminoso (BRASIL, 2014).

Chega-se, finalmente, ao direito à felicidade apreciado em razão do bem-estar (*well-being*). Nesse ponto, a doutrina comumente apresenta duas dimensões a serem consideradas.

A primeira, objetiva, concretizada pelos direitos sociais, pode ser encontrada de forma mais genérica no ponto em que o constituinte pátrio reporta-se a uma sociedade justa, livre e solidária (art. 1º), bem assim, claro, no lastro dos já mencionados arts. 6º e seguintes da Carta da República.

Extrai-se dessa vertente, denominada prestacional, que, sem que o Estado forneça garantias objetivas mínimas, a liberdade sustentada por Stuart Mill não pode ser exercida de maneira satisfatória. Colhe-se exatamente essa abordagem de Tourinho (LEAL, 2013) na seguinte passagem:

Por essa perspectiva, o Estado não deve simplesmente cruzar os braços, permitindo que o indivíduo exerça o seu direito à busca a felicidade, que é a acepção

negativa ou liberal do direito à felicidade. *O direito prestacional à felicidade invoca uma atuação do Estado de modo a fornecer ao indivíduo instrumentos que o auxiliem na consecução do seu projeto de satisfação de preferências ou desejos legítimos.* (LEAL, 2013, p. 208 e 209, grifo nosso).

Trata-se, é importante lembrar, de uma alusão ao chamado mínimo existencial, que não se refere à exclusiva sobrevivência (mínimo vital), mas ao entendimento de que a vida deve se fazer acompanhar por parâmetros básicos de qualidade.

Tal compreensão é explorada em artigo de Sarlet e Zockun, para os quais

[...] da vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta que a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que, se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional brasileiro, ressaltada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar consequências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos. (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 121).²⁷

Resta claro, diante desse quadro, que a busca pelo mínimo representativo do bem-estar social não é o norte, o destino, devendo se configurar apenas como linha de partida. Quanto ao máximo, a realidade será modulada pelo comprometimento das sociedades, pelos contextos naturais e geopolíticos, que não se apartam das potencialidades e das limitações econômicas de cada nação.

De outro ângulo, não há como negar a existência de uma dimensão emocional ou imaterial da felicidade. Analisando essa segunda orientação, Tourinho (LEAL, 2013) defende que o direito à felicidade, apesar da evidente conexão com o fator prestacional, não se revela como mera efetivação dos aludidos direitos sociais. Nesse sentido, apesar de reconhecer tal vínculo, sustenta que

[...] o direito à felicidade vai além, porque dirige o esforço público para satisfação de aspirações específicas dos indivíduos, voltadas para a realização de planos racionais de concretização de preferências ou desejos legítimos, reputados por eles como concretização de suas aspirações por felicidade e, do ponto de vista coletivo, dirige o indivíduo para o total desenvolvimento de suas potencialidades e talentos de modo a ser cada vez mais útil e enriquecedor para a coletividade. (LEAL, 2013, p. 215).

Justamente acerca desse panorama intangível e da subjetividade da felicidade, Richard Easterlin desenvolveu seu conhecido paradoxo, segundo o qual uma sociedade, ao atingir um adequado padrão patrimonial, apresenta nítidos ganhos em termos de felicidade. Porém, depois de alcançado referido patamar, esse crescimento deixa de acontecer. Em outras palavras, o elo entre felicidade e condição econômica só é identificado até certo ponto. Atingido um determinado marco, o

²⁷ Quanto ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa, sugere-se, ainda: BITENCOURT NETO, 2010.

avanço material ou prestacional não repercute mais, ao menos significativamente, nos índices de felicidade (EASTERLIN, 1995; 2010).

Uma vez examinadas todas essas diferentes perspectivas acerca do tema, impõe-se reconhecer que nossa realidade ainda aponta para evidentes defasagens de ordem objetiva. Por esse motivo, optou-se por explorar, no próximo tópico, com maior verticalidade, o segmento prestacional da saúde, retomando a temática apresentada na primeira parte do presente artigo e associando-a à ideia de felicidade.

3.3 · APONTAMENTOS ACERCA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E EVIDÊNCIAS DA CORRELAÇÃO ENTRE FELICIDADE E SAÚDE PÚBLICA

Após a previsão constante da primeira Carta Magna, que se reportava, em seu preâmbulo, conforme já exposto, à noção de “felicidade política”, a palavra felicidade não mais foi expressamente prevista em nossa dogmática constitucional, o que não significa, contudo, que o respectivo significado tenha deixado de se fazer presente.

Nesse sentido, vários doutrinadores consideram que a lei maior vigente, ao não hesitar quanto à essencialidade da dignidade humana, alberga, por consectário lógico, a definição de felicidade, ainda que talvez com perfil mais neutro, mormente quando utiliza a expressão qualidade de vida (art. 225 da CF/88 – Do Meio Ambiente) ou o termo bem-estar, presente não só no preâmbulo, mas também nos arts. 23, parágrafo único (equilíbrio entre desenvolvimento e bem-estar); 186, IV (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária); 193 (Da Ordem Social); 219 (Da Ciência, Tecnologia e Inovação); 230 (Dos Idosos); e 231 (Dos Índios).

Do ponto de vista jurisprudencial, julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal endossam esse entendimento. É o que se percebe, por exemplo, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554, no qual o ministro Celso de Mello, rememorando precedentes do próprio STF e da Suprema Corte norte-americana, assim aborda o tema:

[...] Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais*, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. (BRASIL, 2011, p. 00287, grifo nosso).²⁸

Pode-se buscar inspiração internacional mais remota desse ideário, a exemplo da Constituição da República de Weimar, de 1919, que previa, em seu artigo 151, que a vida econômica deveria corresponder aos ditames da justiça, assegurando a todos uma existência digna. No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 estabelece, em seu art. XXV, que todo ser humano tem direito a uma qualidade de vida tal que lhe sejam assegurados saúde, alimentação, habitação, vestuário e serviços de previdência social (ONU, 1948).

Especificamente no que concerne aos direitos sociais, a correlação entre felicidade e garantias fundamentais foi evidenciada com a apresentação de duas

28 No mesmo sentido, podem ser citadas a ADI n. 3.300-MC/DF e a STA n. 223-Agr/PE.

propostas de emenda à Constituição, quais sejam, a PEC/Senado n. 19/2010²⁹ e a PEC/Câmara n. 513/2010.³⁰ Apesar de apresentadas perante casas parlamentares distintas, ambas tiveram como objetivo, de forma idêntica, incluir, na redação do art. 6º da CF/88, os seguintes termos: “São direitos sociais, *essenciais à busca da felicidade*, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (grifo nosso).

Na seara da saúde, esse liame se revela ainda mais nítido, uma vez que o desenvolvimento e o exercício pleno das potencialidades humanas, nos mais variados níveis, estão relacionados, em boa medida, ao equilíbrio e ao bom funcionamento do organismo.

Em harmonia com tal tese, não são poucos os autores que afirmam a existência de patente vinculação entre o sentimento de felicidade e o estado de saúde ou de doença, como Barak (2006), que, a despeito dos fatores subjetivos que envolvem o assunto, demonstrou que há uma íntima ligação entre as emoções e o início ou progressão do câncer, HIV, doenças cardiovasculares e transtornos autoimunes (BARAK, 2006).

Em igual vertente, Tourinho, não perdendo de vista vários autores com posição semelhante, assim esclarece:

Segundo Schopenhauer “um mendigo saudável é mais feliz do que um rei doente”. Madame du Châtelet recomendava: “Empenhem-nos, portanto, em ter boa saúde”. Stuart Mill chegou a inserir a saúde dentre os principais prazeres. Richard Layard afirma que há sete fatores que nos afetam quanto à felicidade, sendo um deles a saúde. Para a pesquisadora Carol Graham, ter saúde torna as pessoas mais felizes e, melhor ainda, “a felicidade pode produzir efeitos positivos adicionais sobre a saúde – um fato a que tanto se alude na literatura, mas que é mais difícil de provar empiricamente com a maioria dos dados”. (LEAL, 2013, p. 254-255).³¹

Justamente no segmento das evidências empíricas, Frey e Stutzer, esquadrinhando o tema do ponto de vista sociodemográfico, asseveram que estudos

29 PEC/Senado n. 19/2010 – Ao final da 54ª legislatura, após ter sido aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a aludida PEC teve a tramitação arquivada, conforme o art. 332 do Regimento Interno do Senado. Informações disponíveis no endereço eletrônico: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 29 jun. 2020.

30 PEC/Câmara n. 513/201 – Após a apresentação de parecer favorável perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, a proposta foi arquivada, a teor do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Informações disponíveis no endereço eletrônico: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em: 29 jun. 2020.

31 Corroborando essa tese, a professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto Emanuele Seicenti de Brito, em entrevista concedida ao Instituto de Estudos Avançados da USP, lista nove aspectos que, segundo entende, têm potencial para interferir no já citado Índice de Felicidade Nacional Bruta. Nesse sentido, a professora “considera o bem-estar psicológico, que inclui questões como autoestima e estresse; *políticas de saúde e hábitos que prejudicam ou melhoram a saúde*; o uso do tempo, incluindo tempo para lazer e para a família; a vitalidade comunitária, ou seja, o nível de interação com a sociedade em geral; a educação, a cultura e as oportunidades de desenvolver atividades artísticas; o meio ambiente, ou seja, a percepção da população quanto à qualidade da água e do ar, bem como o acesso a áreas verdes; a governança; a representatividade social em órgãos públicos; e, por último, o padrão de vida, a renda familiar e a qualidade de moradia” (CARDOSO, 2018, grifo nosso).

realizados em diferentes países e períodos indicaram que a má saúde diminui a avaliação de felicidade (FREY; STUTZER, 2002, p. 28).

Finalmente, Vosgerau e Cabrera, perquirindo a questão sob a ótica da saúde coletiva, aprofundam tal pensamento e complementam:

Na área da saúde coletiva, recentemente, há uma tendência crescente para a realização de investigações que analisem os fatores de proteção e promoção da saúde. Entre os desfechos positivos em saúde que têm despertado a atenção dos pesquisadores nacionais e internacionais, destacam-se a felicidade e o bem-estar subjetivo. (VOSGERAU; CABRERA, 2013).

Exatamente nesse ponto, entrelaçam-se, em plena conformidade, a concepção de saúde pública adotada a partir da Constituição de 1988 e a ideia de felicidade.

Retornando à já mencionada Reforma Sanitarista (item 2.1), verdadeiro marco civilizatório que culminou com o paradigma de saúde constitucionalmente adotado, Drauzio Varella, em artigo publicado por vários veículos de comunicação, relembra a famosa frase do sanitarista Gonzalo Vecina, para quem “Sem o SUS, é a barbárie”. Varella rememora seus mais de 20 anos de prática médica em período anterior ao Sistema Único de Saúde para, na sequência, concordar, integralmente, com a assertiva (VARELLA, 2019).

De igual modo, Marco Antônio Andreazzi, em entrevista à Agência de Notícias do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apesar de reconhecer que a realidade da saúde pública se encontra distante dos alicerces que foram firmados em 1988,³² ratifica o aludido histórico de avanços nas últimas três décadas, especialmente em relação à população carente afastada dos grandes centros urbanos. Destaca, nesse sentido, o aumento dos serviços básicos e a significativa redução de algumas patologias (PARADELLA, 2018).

Assim, do ponto de vista teórico, o modelo de saúde pública apresentado no primeiro tópico costuma ser frequentemente exaltado, inclusive em fóruns internacionais, mostrando-se significativos, também no prisma prático, os progressos estatísticos alcançados em inúmeros indicadores, como os referentes à vacinação pública, à redução da mortalidade infantil, ao aumento do número de transplantes e ao controle de endemias.

Nesse contexto, não restam incertezas de que incrementos em termos de universalização da prestação de saúde repercutem em índices de felicidade da população beneficiada, direta ou indiretamente, sendo esse o raciocínio desenvolvido por Fowler e Christakis:

[...] a doença é uma fonte potencial de infelicidade para os pacientes e também para aqueles indivíduos que os cercam. *Ofertar e possibilitar o acesso a serviços de saúde de qualidade para os doentes pode não só melhorar o seu bem-estar subjetivo, mas também pode ampliar o bem-estar subjetivo das pessoas que estão conectadas direta ou indiretamente ao usuário dos serviços*, num movimento de cascata, justificando assim ainda mais a busca por um sistema de saúde equânime, universal e integral. (FOWLER; CHRISTAKIS, 2008, grifo nosso).

32 A respeito de algumas das mazelas que concretamente afligem nosso desenho de saúde pública, como o subfinanciamento, a ineficiência da gestão e os desvios éticos, confira-se, pela ordem: SANTOS; FUNCIA, 2019; MERE JUNIOR, 2017; e LOPES; TOYOSHIMA, 2013.

Por fim, resgatando a definição de felicidade democrática, uma das vertentes abordadas no item 3.2, pode-se afirmar que a legislação brasileira, ao estimular a participação popular nos processos de tomada de decisão no campo da saúde, tem grande conexão com a já destacada pesquisa de Frey e Stutzer (2002), no sentido de que pessoas que participam de maneira mais efetiva dos processos decisórios coletivos tendem a se sentir mais felizes.

De se ressaltar, nesse cenário, mesmo que de forma sucinta, o precioso desígnio buscado pela Lei n. 8.142/1990, que teve como desiderato central conferir viabilidade prática aos propósitos constitucional (art. 198, III, da CF/88) e infraconstitucional (art. 7º, VIII, da Lei n. 8.080/1990) de garantir a presença da sociedade civil na gestão do SUS.

Detalhando o contexto em que se encontrava prevista tal participação social, Costa e Vieira assim apontam:

As bases legais sobre a participação social no SUS foram promulgadas em 1990 na Lei Orgânica da Saúde (LOS). É importante registrar que a LOS foi editada após importantes vetos do governo em uma atmosfera muito nebulosa quanto à efetivação das conquistas constitucionais. A Lei n. 8.080/90 reafirma no seu artigo 7º a participação social como um princípio para o SUS e a Lei n. 8.142/90 no seu artigo 1º define que, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, sejam criados os conselhos e as conferências como forma de instituição de participação da comunidade na gestão do SUS. (COSTA; VIEIRA, 2012, p. 247).

Em síntese, a Lei n. 8.142/1990 busca, então, atribuir concretude à previsão normativa de participação das comunidades quanto aos rumos das políticas públicas de saúde, deixando clara a centralidade da atuação das Conferências e dos Conselhos nela previstos.³³

Percebe-se, portanto, seja pelo viés utilitarista, seja pelo prestacional, seja pelo incentivo à efetiva participação democrática, a nítida conexão entre os contornos da saúde pública vigente e o direito à felicidade.

4 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso ordenamento jurídico, após longo processo histórico, inspirado, ao menos em parte, na perspectiva do Estado de Bem-Estar Social, estabelece que a saúde configura-se como “[...] direito de todos e dever do Estado” (art. 196, CF/88), diretriz, não por acaso, reproduzida nas Cartas Estaduais de todos os entes da Federação.

Pode-se dizer, em apertada súmula, que o modelo sintetizado pelo referido comando origina-se na chamada Reforma Sanitarista, movimento concebido e fecundado, ao longo das décadas de 1970 e de 1980, nas organizações sociais comunitárias, nos movimentos sindicais e nas universidades. Pautada por um conjunto de preceitos que entrelaçam os ideais de saúde e de democracia, essa reforma propôs radical alteração do desenho da saúde pública até então vigente no País, que supera o binômio voluntarista-previdenciário e passa a ser norteado, entre outros, pelos princípios da universalidade, da integralidade e da equidade.

Com a incorporação, pelo ordenamento jurídico pátrio, de uma visão ampliada da saúde, começa-se a compreendê-la não apenas como requisito para a sobrevivência,

³³ Acerca de tal tema, recomenda-se: NUNES, 2011.

em relação à qual se tem o natural impulso de preservação. Por esse olhar, para além do panorama do direito à vida em si, as garantias relacionadas à saúde passam a representar elemento fundamental atrelado à sua dignidade e à sua qualidade.

Constata-se, portanto, que a formulação estrutural básica da Carta Constitucional, ao evidenciar, logo no primeiro dispositivo, a centralidade da expressão dignidade, remete ao que a doutrina convencionou nomear “proibição da insuficiência”, que, por seu turno, encontra-se vinculada, basicamente, à imposição de que um conteúdo mínimo de direitos, aí incluídos os direitos sociais previstos no art. 6º da CF/88, estará preservado.

Na esfera da saúde, pode-se afirmar que cada ser humano é capaz de compreender, quase que intuitivamente, o significado das palavras dor, sofrimento e doença. Fixada essa máxima, a conexão oposta, entre saúde e felicidade, revela-se praticamente inequívoca. Portanto, quando o ordenamento jurídico pátrio fixa o mencionado balizamento normativo, direciona-se, claramente, ao combate dos males que podem nos afastar do ideal da cognominada “vida boa” e, por conseguinte, de uma vida feliz.

Nos diversos campos do conhecimento que se encarregam de investigar a temática da felicidade, paira consenso de que a matéria pode ser refletida sob diferentes olhares. Especificamente no segmento jurídico, as várias legislações pelo mundo que têm incorporado o tema em suas dogmáticas abordam, de maneira especial, a percepção da felicidade sob o panorama utilitarista e prestacional.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em algumas ocasiões, o direito à felicidade ou à busca de felicidade como nítido postulado implícito à Carta da República, representativo da “ideia-força” decorrente do fundamento constitucional da dignidade da pessoa.

Pode-se afirmar, assim, que, se um ordenamento jurídico é capaz de conferir a seus destinatários arcabouço normativo adequado, priorizando a prevenção das enfermidades que lhes podem acometer e, quando presentes, tratando-as de forma adequada, estará, objetivamente, direcionado a prestigiar a felicidade de tal conjunto de pessoas.

Nesses termos, ao dar ênfase à íntima correlação abordada, o presente trabalho teve como propósito demonstrar que, no campo da saúde, as opções efetuadas pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, ao priorizarem um sistema destinado a conferir a todos melhores condições de saúde, acabaram por homenagear, ao menos no plano conceitual, por decorrência lógica, o denominado direito à felicidade.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Livro V da *Ética a Nicômaco*. Trad. Vallandro, L. e Bornheim, G. In: ARISTÓTELES. *Os pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. p. 193-215.

AROUCA, Antônio Sergio da Silva. *O dilema preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva*. 1975. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas, SP, 1975. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/311321>. Acesso em: 17 jan. 2020.

AROUCA, Antônio Sergio da Silva. SUS: revendo a trajetória, os avanços e retrocessos da reforma sanitária brasileira. *Tema Radis*, 20 fev. 2001. p. 3-8.

BARAK, Y. The immune system and happiness. *Autoimmunity Reviews*, v. 5, n. 8, p. 523-527, 2006.

BARNES, Peter. *Capitalism 3.0: a guide to reclaiming the commons*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2006.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência condigna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC n. 513, de 2010*. Inclui o direito à busca da felicidade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e direito inerente a cada indivíduo e à sociedade, mediante a dotação, pelo Estado e pela própria sociedade, das adequadas condições de exercício desse direito. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *PEC n. 19, de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal para considerar os direitos ali previstos como direitos sociais essenciais à busca da felicidade. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2514/DF. Relator ministro Eros Grau, julgamento: 29.6.2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 9 dez. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3776/DF. Relator ministro Cezar Peluso, julgamento: 14.6.2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132/DF. Relator ministro Celso de Mello, julgamento: 5.5.2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 187/DF. Relator ministro Celso de Mello, julgamento: 15.6.2011. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2. Turma. AgR no RE 477.554/MG. Relator ministro Celso de Mello. *DJe-164*, divulg. 25.8.2011, public. 26 ago. 2011, ement. vol. 02574-02.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 477554/MG. Relator ministro Celso de Mello, julgamento: 16.8.2011. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 nov. 2011.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 898060/SC. Relator ministro Luiz Fux, julgamento: 21.9.2016. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 ago. 2017.
- CARDOSO, Thais. *Desenvolvimento dos países pode ser medido pela felicidade*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo, fev. 2018. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/desenvolvimento-dos-paises-pode-ser-medido-pela-felicidade>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.
- COSTA, Ana Maria; VIEIRA, Natália Aurélio. Participação e controle social em saúde. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ et al. *A saúde no Brasil em 2030: diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, v. 3, p. 237-271.
- DONNANGELO, Maria Cecília Ferro. *Medicina e sociedade: o médico e seu mercado de trabalho*. São Paulo: Pioneira, 1975.
- DRIVER, Stéphanie Schwartz. *A Declaração de Independência dos Estados Unidos*. Tradução de Mariluce Pessoa. São Paulo: Jorge Zahar, 2006.
- EASTERLIN, Richard A. et al. *The Happiness-income Paradox Revisited*. Proceedings of the National Academy of Sciences, 2010, v. 107, n. 52, p. 22463-22468. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/pnas/107/52/22463.full.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- EASTERLIN, Richard A. Will Raising the Incomes of all Increase the Happiness of All? *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1995, v. 27, n. 1, p. 35-47. Disponível em: <http://ipidumn.pbworks.com/f/EasterlinIncomesandHappiness.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1999.
- FALLETI, Tulia G. Infiltrating the State: the evolution of health care reforms in Brazil, 1964-1988. In: MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining institutional change: ambiguity, agency and power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 38-62.
- FOUCAULT, Michel. O nascimento do hospital. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 1984.
- FOWLER, J. H.; CHRISTAKIS, N. A. Dynamic spread of happiness in large social network: longitudinal analysis over 20 years in the Framingham Heart Study. *British Medical Journal*, London, n. 337, p. A2338, 2008.
- FRANCO, Renato. *Pobreza e caridade leiga: as Santas Casas de Misericórdia na América portuguesa*. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de História, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-25052012-133000/pt-br.php>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- FREY, Bruno S.; STUTZER, Alois. The economics of happiness. *World Economics*, v. 3, n. 1, p. 25-41, January-March 2002.
- FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2001. Dicionário temático. Disponível

- em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- GARCIA, Marcelo. Memórias de um sanitarista na 8ª Conferência Nacional de Saúde. *Fiocruz Notícias*, 5 out. 2016. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/memorias-de-um-sanitarista-na-8a-conferencia-nacional-de-saude>. Acesso em: 3 jun. 2020.
- GONÇALVES, Aline Moreira. *Dos porões ao hospício: a participação das Santas Casas de Misericórdia na assistência aos alienados em Minas Gerais, no século XIX*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Departamento de Psicologia, Belo Horizonte, 2014.
- HOCHMAN, Gilberto. *A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 1998.
- JAPÃO. *Constituição (1947)*. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- LABRA M. E. Sanitarismo desenvolvimentista. In: Teixeira SMF (Org.). *Antecedentes da Reforma Sanitária*. Rio de Janeiro: PEC, ENSP; 1988. Textos de Apoio. p. 15-25.
- LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade: história, teoria, positividade e jurisdição*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. 357 f.
- LEAL, Saul Tourinho. O negro é lindo. África do Sul *Connection*. *Migalhas*. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/africa-do-sul-connection/230497/o-negro-e-lindo>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia H. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, v. 41, p. 199-228, 2013.
- MEIHY, Jose Carlos Sebe Bom; BERTOLLI FILHO, Claudio. *Revolta da vacina*. São Paulo: Ática, 1995. (Coleção Guerras e Revoluções Brasileiras, v. 5).
- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. História da reforma sanitária brasileira e do SUS: mudanças, continuidades e a agenda atual. *História, Ciências, Saúde. Manguinhos*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 77-92, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v21n1/0104-5970-hcsm-21-1-00077.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- MERE JUNIOR, Yussif Ali. *Porque a municipalização precisa mudar*. Conselho Federal de Medicina. 6 jan. 2017. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26643:2016-12-19-13-26-54&catid=46:artigos&Itemid=18. Acesso em: 13 jan. 2020.
- MERLO, S.; PEDROSO, Homell A. M. A implementação do direito à busca da felicidade como da efetivação da dignidade da pessoa humana e a garantia ao mínimo existencial. In: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: (Re) Pensando o Direito: desafios para a Construção de novos paradigmas. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 36-59.
- MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 3, p. 193-210, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v18n3/1809-4422-asoc-18-03-00193.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.
- NUNES, Francisco Pizzette. *Pluralismo jurídico e participação popular em saúde: do público ao privado*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Direito, Florianópolis, 2011.

- ONU. *Agenda 21 Global*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em: 3 ago. 2020.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: ONU, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 14 fev. 2020.
- ONU. *Dia Internacional da Felicidade é celebrado neste 20 de março*. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/03/1615052>. Acesso em: 5 fev. 2020.
- ONU. *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. *BIS: Boletim do Instituto de Saúde*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 109-114, ago. 2010. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 30 jul. 2020.
- PARADELLA, Rodrigo. Constituição cidadã: 30 anos depois: saúde avança, mas segue longo do idealizado em 1988. *Agência IBGE*. 29 maio 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21301-saude-avanca-mas-segue-longo-do-idealizado-em-1988>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- PEIXINHO, Manoel Messias. Os direitos fundamentais nas constituições francesas. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2012, Niterói-RJ. [Anais]. Florianópolis: CONPEDI, 2012.
- REICH, Robert B. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008.
- RIBEIRO, Márcia M. *A ciência dos trópicos: a arte médica no Brasil do século XVIII*. São Paulo: Hucitec, 1997.
- RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático à sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, jul.-dez. 2006.
- SANDEL, M. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANGLARD, Gisele. A construção dos espaços de cura no Brasil: entre a caridade e a medicalização. Esboços. *Revista do Programa de Pós-graduação em História da UFSC*, Florianópolis, v. 13, n. 16, p. 11-33, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/119/166>. Acesso em: 19 jul. 2020.
- SANGLARD, Gisele. Hospitais: espaços de cura e lugares de memória da saúde. *Anais do Museu Paulista: História e Cultura Material*. São Paulo, v. 15, n. 2, p. 257-289, jul./dez., 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/anaismp/v15n2/a20v15n2.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.
- SANTOS, Bento Silva. Ética e “felicidade” em Platão e Aristóteles: semelhanças, tensões e convergências. *Cadernos de Atas da ANPOF*, n. 1, 2001. Disponível em: <https://www.puc-rio.br/parcerias/sbp/pdf/3-jorge.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- SANTOS, Lenir. *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.
- SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco. *Emenda Constitucional 95 fere o núcleo à saúde*. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 24 jan. 2019. Disponível em: <https://cee>.

fiocruz.br/?q=Emenda-Constitucional-95-fere-o-nucleo-essencial-do-direito-a-saude. Acesso em: 19 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rinc/v3n2/2359-5639-rinc-03-02-0115.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SEVCENKO, Nicolau. *A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Scipione, 1993.

SILVA, Franklin Leopoldo e. *Felicidade, dos filósofos pré-socráticos aos contemporâneos*. Col. Saber de Tudo. 2. ed. São Paulo: Claridade, 2011.

SOUZA, Naiara Prato Cardoso de. *A 3ª Conferência Nacional de Saúde (1963): antecedentes para um sistema nacional de saúde público e descentralizado*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

TRINDADE, Diamantino Fernandes. *Médicos e heróis: os caminhos da medicina brasileira desde a chegada da Família Real até as primeiras décadas da República*. São Paulo: Ícone, 2013.

VARELLA, Drauzio. Sem o SUS, é a barbárie. *Drauzio*, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/sem-o-sus-e-a-barbarie-artigo/>. Acesso em: 3 ago. 2020.

VEENHOVEN, R. Healthy happiness: effects of happiness on physical health and the consequences for preventive health care. *Journal of Happiness Studies*, Nova Iorque, v. 9, p. 449-469, 2008.

VIRGÍNIA. *Constituição do Estado*. 1776. Disponível em: <https://law.lis.virginia.gov/constitution/article1/section1/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

VOSGERAU, M. Z. da S.; CABRERA, M. A. S. Estudo da felicidade no campo da saúde coletiva: reflexões e possíveis contribuições. *HU Revista*, Juiz de Fora, v. 39, n. 1 e 2, p. 45-53, jan./jun., 2013.

ESTABILIDADE GESTACIONAL PROVISÓRIA EXTENSIVA AO HOMEM

*Loize Menezes dos Santos¹
Bruna Christiane Dantas Campos²*

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução do Direito Trabalhista. 3 Análise do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 4 O bem da vida. 5 Considerações finais.

1 · INTRODUÇÃO

Uma das discussões precípuas com que o estudante de Direito se depara no curso gira em torno do princípio da igualdade. Esse é um princípio de fundamental importância para o ordenamento jurídico e deve nortear o comportamento que o futuro jurista deverá adotar para concretizar sua aplicabilidade, uma vez que seu emprego eficaz é algo que deve ser perseguido e alcançado em um Estado Democrático de Direito como é o nosso.

Com o avançar dos estudos, é natural perceber que mesmo um princípio de tamanha grandeza pode vir a sofrer mitigações pela necessidade de fazer com que a igualdade seja efetiva. Essa afirmação feita soa como contraditória, como de fato o é, pois é como se a desigualdade (desigualdade a que chamaremos de legítima por ter amparo legal para existir) fosse legitimada em alguns casos, como apresentado aqui, para que dessa forma se alcance a isonomia.

Ao fazer uma primeira leitura do art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pode-se acreditar estar diante de uma situação da desigualdade legítima. Para fundamentar a discussão, cabe apresentar o dispositivo mencionado: “[...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

A análise desse conteúdo leva aos seguintes questionamentos: ao trazer o termo “empregada”, o legislador estaria sendo taxativo ou exemplificativo? A desigualdade aqui legitimada visa proteger o quê? O que está em ênfase é o emprego da gestante

1 Tecnóloga em Gestão Pública pela Universidade Norte do Paraná (Unopar). Graduada do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências (UniFTC).

2 Diretora Acadêmica da Universidade Salgado de Oliveira (Universo). Professora das cadeiras de Direito Empresarial, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Tecnologia e Ciências (UniFTC) e da Universo. Juíza Leiga da 4ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador (UCSal). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Salvador (Unifacs). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Licenciada em Matemática pela Unifacs.

ou a vida do nascituro que merece proteção? Qual o objetivo do legislador ao mitigar o princípio da igualdade? Quais os possíveis reflexos para a família advindos da aplicabilidade extensiva ao homem, com vista a salvaguardar o bem da vida do nascituro? O objetivo do que se pretende proteger realmente está sendo cumprido ao se aplicar o dispositivo somente à empregada gestante? Como vem sendo aplicado o referido dispositivo constitucional?

Nessa perspectiva, a escolha do tema “estabilidade gestacional provisória extensiva ao homem” justifica-se pela compreensão de que o dispositivo ora analisado tem ampla discussão que perpassa a primeira inferência de que a proteção nele contida visa assegurar, tão somente, o emprego da empregada gestante. Afastando o primeiro foco, compreende-se que o principal bem a ser resguardado é a vida do nascituro, pela percepção de que a aplicabilidade do ADCT somente cumprirá sua efetiva função no momento em que for extensiva ao homem, visto que, diante de situação de desemprego do companheiro, no momento que a família está sendo ampliada, a estrutura de renda familiar é comprometida de forma significativa.

Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo é analisar a estabilidade gestacional provisória extensiva ao homem e seus possíveis reflexos à luz do princípio constitucional da igualdade. Tendo como objetivos específicos: avaliar a aplicabilidade do ADCT; verificar o impacto do dispositivo constitucional, quando aplicado de forma extensiva ao homem, no que tange à proteção do bem da vida; analisar o ADCT com foco no conceito da igualdade assegurado pela Constituição Federal.

A metodologia utilizada para realização desta pesquisa foi qualitativa e será fundamentada por levantamentos bibliográficos e documentos científicos. Segundo Minayo (2001, p. 22), os métodos qualitativos são apropriados quando o fenômeno em estudo é complexo, de natureza social e não tende à quantificação. Em situação normal, são empregados na percepção do contexto social e cultural e são um elemento de suma importância para a pesquisa. Para isso, foi realizado estudo teórico a partir de revisão bibliográfica. Em relação aos aspectos éticos, as normas de autoria foram respeitadas, e todas as obras utilizadas possuem seus autores citados. O artigo está organizado em três partes relativas à introdução, ao referencial teórico e à análise do tema proposto.

2 · EVOLUÇÃO DO DIREITO TRABALHISTA

Para melhor compreender a temática, é necessário traçar um panorama dos principais pontos de luta do trabalhador para a conquista dos direitos trabalhistas atuais, a fim de perceber a necessidade de proteção do hipossuficiente na relação de trabalho, ou seja, do empregado/trabalhador.

Dessa forma, cabe trazer o entendimento da origem da palavra “trabalho”, que, para Cassar (2009, p. 3):

Do ponto de vista histórico e etimológico a palavra trabalho decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origem no latim – *tripalium*, espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Por isso, os nobres, os senhores feudais ou os vencedores não trabalhavam, pois consideravam o trabalho uma espécie de castigo. A partir daí, decorreram variações como *tripaliare* (trabalhar) e *trepalium* (cavelete de três paus usado para aplicar a ferradura aos cavalos).

A partir do estudo etimológico da palavra, nota-se distinção entre a definição originária da palavra e a definição que temos hoje. A máxima “o trabalho dignifica o homem”, remete à reflexão de que a atividade laboral sempre esteve presente na história de todas as civilizações. Somente nos tempos modernos surge a ideia de que cumprir um papel no mundo trabalhista traz dignidade às pessoas, por ser fruto das revoluções industriais que nos trouxeram um novo tipo de convivência social.

Na Antiguidade, o trabalho também tinha concepção muito diversa da que temos atualmente: a prestação de serviço era relegada às camadas mais pobres da população, tidas como escravos, além de não serem sujeitos de direitos, como bem explica Martins (2008, p. 4):

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do *dominus*. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

A Revolução Industrial chega a todo vapor com inovação tecnológica e desenvolvimento de máquinas. A questão social era ausente nesse período, as péssimas condições de vida e trabalho levaram a classe operária e os menos favorecidos, que não gozavam de nenhum amparo jurídico, a exigir direitos e democracia política. Após o surgimento dos sindicatos, os trabalhadores foram alcançando maiores conquistas, melhores condições de trabalho, e defendendo seus interesses.

No Brasil, as conquistas sociais relativas ao trabalho são tardias devido ao reflexo do desligamento da escravidão. Somente por volta de 1880, há um grande crescimento industrial que leva à multiplicação de estabelecimentos industriais e a um conseqüente aumento na quantidade de trabalhadores, formando uma classe desunida, dispersa, que não partilhava interesses comuns.

Para Nascimento (2012, p. 44):

O direito do trabalho nasce com a sociedade industrial e o trabalho assalariado [...]. A principal causa econômica foi a Revolução Industrial do século XVIII, conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transportes. Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção.

Os direitos sociais ganharam realmente força no século XX, passando a ser sistematizados, adquirindo o *status* de direitos constitucionais. A Constituição brasileira de 1824 inicia o histórico da incorporação gradual das normas trabalhistas no ordenamento jurídico. *A posteriori*, a Constituição de 1891 foi promulgada sob a influência da Constituição americana, reconhecendo poucos direitos no âmbito trabalhista.

Cabe destacar que o México e a Alemanha tiveram papel importante na conquista dos direitos trabalhistas. Os primeiros direitos trabalhistas, que eram chamados de “sociais”, se consolidaram em 1917, no México. Logo após a experiência mexicana, a Constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão) de 1919 foi promulgada e também garantia “direitos sociais”, numa ruptura com o Estado liberal e uma

tentativa de ascensão do Estado social. Esses direitos trabalhistas seguiam as convenções da recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na estipulação de leis que vinham para combater a lógica liberal e formalista que se assentou no ordenamento jurídico brasileiro – e, conseqüentemente, refletiu nas relações sociais, políticas, econômicas e trabalhistas – percebe-se um avanço no debate acerca da questão social, principalmente, voltada para a relação empregador e empregado. O aprimoramento da justiça trabalhista no Brasil veio, então, com a Constituição de 1934 (art. 122), mas sua regulamentação somente ocorreu em 1940 (Decreto n. 6.596).

Na Constituição de 1937, mesmo com a consagração de direitos aos trabalhadores, houve delicado intervencionismo do Estado, marcado pelo então governo de Getúlio Vargas, ocorrendo retrocesso. Contudo, a criação da carteira profissional foi um momento importante na tentativa de dignificação do trabalho, que originou a atual Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), através do Decreto n. 21.175/1932, passando o trabalhador a ter uma identidade, ou seja, ele passou a ser alguém; e as mulheres conquistaram o direito do voto, passando a assumir papéis fundamentais em todos os campos de atuação.

Todos esses acontecimentos contribuíram para que o Direito do Trabalho adquirisse reconhecimento mundial, resultando em terreno fértil para o seu desenvolvimento.

No Brasil, a Lei Áurea, sancionada em 13 de maio de 1888, foi o diploma legal que extinguiu a escravidão. Segundo Monteiro (2012), com a abolição da escravidão, os escravos se viram livres do jugo dos seus senhores, do trabalho forçado e dos castigos cruéis no tronco e nas senzalas aos quais foram submetidos desde o descobrimento. Em suma, na história do Brasil houve mais anos de escravidão do que de trabalho remunerado livre.

A Constituição Federal de 1988 expressa em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho, conferindo-lhe, em seu art. 6º, o *status* de direito social, sendo um marco nas conquistas da classe trabalhadora. Assim, o Direito do Trabalho tem como fundamento basilar a Magna Carta.

Santos (2005, p. 86-87) afirma que

a luta por direitos se realiza enquanto ação política, na medida em que a regulamentação de um determinado direito numa sociedade fundada no antagonismo de classe não acontece naturalmente, mas é, na maioria das vezes, produto da organização coletiva, da correlação de forças e da articulação entre luta institucional, parlamentar e luta popular, extraparlamentar.

Tudo isso foi possível pela luta da classe trabalhadora que expressou, historicamente, um meio de garantir e efetivar direitos numa sociedade pautada na desigualdade social e na injustiça, concretizando a conquista de direitos.

Inclusive, cabe destacar que a OIT foi criada pela Conferência da Paz, assinada em Versalhes, em junho de 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial, e teve como objetivos promover a justiça social e, em particular, respeitar os direitos humanos no mundo do trabalho. Desde a sua criação, portanto, a OIT está assente no princípio, inscrito na sua Constituição, de que não pode haver paz universal duradoura sem justiça social.

A partir do contexto de marginalização de grande parte da população do sistema eleitoral e da participação política, surgem as greves e as insurreições, com fundamentos voltados para a reivindicação de direitos políticos, de participar da vida e das decisões políticas do país, tendo como objetivo expor a demanda dos trabalhadores industriais, como expressão de formas de se comunicar socialmente e influir politicamente.

Os avanços no campo trabalhista foram conquistados também pelos sindicatos, que tiveram início após a abolição da escravatura com a chegada dos imigrantes para substituir a mão de obra escrava. Portanto, no momento em que há compreensão de formação de uma classe operária, faz-se necessária a continuação da luta para a aquisição de outros direitos trabalhistas.

Da escravidão aos dias atuais, muitas conquistas no âmbito do Direito Trabalhista foram alcançadas, porém ainda há desigualdades. Infelizmente, são comuns situações de abuso do trabalhador relativas a jornadas de trabalho excessivas, local impróprio para o exercício das atividades, tratamento desrespeitoso, entre outras. Por isso a importância de o cidadão conhecer a legislação trabalhista para conhecer o próprio direito, a relação de contrato etc.

Hoje, o trabalho é valorizado como condição essencial para a ordem social, sendo um direito fundamental inalienável para a condição de realização da pessoa humana, de sua dignidade e senso de cidadania. E segue na sua institucionalização como formador da dignidade do homem, pois agora a todos é garantido o direito de subsistir, e o Estado possui o dever de proteger, possibilitando condições favoráveis e meios de defesa a esse trabalho.

Nas últimas décadas do século XX, houve um fato marcante na sociedade brasileira, que foi a inserção, cada vez mais crescente, da mulher no campo do trabalho, que se explica pela combinação de fatores econômicos, culturais e sociais.

Em razão do avanço e do crescimento da industrialização no Brasil, ocorreram a transformação da estrutura produtiva, o contínuo processo de urbanização e a redução das taxas de fecundidade nas famílias, proporcionando a inclusão das mulheres no mercado de trabalho. Contudo, o papel ocupado pela mulher no mundo do trabalho ainda não é motivo de tanta comemoração, pois, segundo a Organização Internacional do Trabalho, elas estão mais presentes nas vagas de emprego, embora ainda abaixo dos homens.

O estudo também mostra que as mulheres enfrentam desigualdades significativas na qualidade do emprego que possuem. Por exemplo, em comparação com os homens, as mulheres ainda têm mais que o dobro de chances de serem trabalhadoras familiares não remuneradas. Isso significa que elas contribuem para um negócio familiar voltado para o mercado, muitas vezes sujeitas a condições de emprego vulneráveis, sem contratos escritos, respeito pela legislação trabalhista ou acordos coletivos. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018).

Inclusive, o dado é confirmado pelo Ministério do Trabalho no Brasil,³ que aponta o crescimento da ocupação feminina em postos formais de trabalho de

3 Cf. Mulheres ganham espaço no mercado de trabalho. *Portal Brasil*, Brasília, 12 mar. 2017. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/economia/mulheres-ganham-espaco-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: out. 2020.

40,8% em 2007 para 44% em 2016. Apesar do avanço, o dado não condiz com o percentual de mulheres na população brasileira. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), elas já são maioria por aqui, e representam 51,03% da população (SBCOACHING, 2019).

Um dos fatores preponderantes para a conservação desse quadro desigual envolve aspectos históricos, culturais e sociais. As mulheres continuam sendo as principais responsáveis pelas tarefas domésticas, pelo cuidado com os filhos e pelas demais responsabilidades familiares, ou seja, acumulando papéis mesmo quando inseridas com sucesso no mercado profissional. Logo, conciliar a vida profissional e as atividades da vida pessoal ainda é um desafio muitas vezes impossível para as mulheres trabalhadoras.

Outro fator reside na rejeição do mercado de trabalho à mulher com responsabilidades familiares. A mulher que possui filhos, muitas vezes, é preterida em seleções de emprego ou para cargos de chefia.

Em 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, as mulheres conquistaram o direito do voto e desde então passaram a possuir papéis fundamentais em todos os campos de atuação. Mas para que homens e mulheres sejam iguais como a lei determina, tanto na teoria quanto na prática, é preciso continuar dando voz e vez aos movimentos feministas, ou seja, aos pensamentos iniciados lá no século XIX, quando a mão de obra feminina foi transferida para as fábricas, devido à consolidação do sistema capitalista e à ascensão do desenvolvimento tecnológico.

Como exemplo, a diminuição do abismo que ainda separa homens e mulheres no mercado de trabalho pode vir de políticas públicas que priorizem abertura de vagas e ampliação do número de pré-escolas, creches e escolas de tempo integral. Além disso, é necessário e inadiável nutrir o debate e a desconstrução dos papéis sociais de gênero a fim de edificar um mercado de trabalho e uma sociedade mais igualitários em condições e oportunidades para homens e mulheres.

Assim, haverá diminuição de algumas formas de exploração que ainda se mantêm, como jornadas entre quatorze e dezoito horas e diferenças salariais acentuadas, justificadas pelo pensamento de que é o homem quem deve trabalhar para sustentar a casa, os filhos e a mulher.

Nota-se que, no Brasil, a trajetória da mulher no mercado de trabalho vem sendo apresentada a cada ano com o aumento no nível de instrução da população feminina e com a queda da taxa de fecundidade. Para conquistar posição e colocação no mercado, a mulher adia projetos pessoais que, na verdade, são pessoais na visão da sociedade machista, como o casamento e a maternidade.

Todo esse cenário reflete no surgimento de um ramo jurídico denominado Direito Trabalhista, que possui autonomia, tendo um rol de normas e princípios com vista a regulamentar a relação trabalhista, bem como salvaguardar os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras que outrora não possuíam nenhum.

Este artigo tem como objeto estudar uma dessas normas, que só existe hoje dada a luta histórica dos trabalhadores que com muitas batalhas conseguiram fazer constar na Constituição Federal vários dispositivos assecuratórios dos seus direitos, que é o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que versa sobre o direito da empregada gestante, conforme discorrido no tópico seguinte.

3 - ANÁLISE DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, em seu art. 10, inciso II, alínea *b*, versa que “é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Nessa perspectiva, a proteção à maternidade é um direito fundamental que conta com a intervenção do Estado para que seja garantido.

Nesse mesmo sentido existe o aceno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ao elaborar a Súmula n. 244, que amplia a aplicabilidade do ADCT, assegurando que o desconhecimento, por parte do empregador, do estado gravídico da servidora não é motivo para a não aplicação do dispositivo constitucional.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, *DEJT* divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A Carta Magna é repleta de dispositivos que visam proteger a maternidade. O art. 6º trata a condição como um direito social que, como tal, merece todo o protecionismo do Estado como garantidor dos mecanismos necessários para que se alcance a proteção enunciada no referido dispositivo.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ainda nessa linha, pode-se observar a garantia constitucional trazida pelo inciso II do art. 201, quando assegura proteção à maternidade, especialmente à gestante. O que se extrai do art. 203, I, é a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

Nesse sentido, o art. 391-A da Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, assegura que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória.

Notadamente, existe o aceno constitucional para que haja uma proteção especial aos pilares basilares da sociedade, pilares estes que aqui chamaremos simplesmente de família.

Assim, é possível perceber o amplo leque de dispositivos que trazem o amparo à maternidade com vista a salvaguardar o direito à vida. Nesse sentido, um questionamento comum surge acerca da aplicabilidade da licença-maternidade e da estabilidade provisória garantida à gestante: trata-se de um direito personalíssimo, certo?

Para tentar elucidar um pouco as dúvidas acerca de como vêm sendo aplicados os dispositivos legais, necessário se faz visitar alguns diplomas. Em primeiro plano, será avaliada a possibilidade de licença-maternidade; para tanto, vejamos a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, em seu art. 392-B, traz o seguinte ensinamento:

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

No que tange à estabilidade gestacional, a Lei Complementar n. 146/2014 entende que tal proteção pode vir a deixar de ser um direito personalíssimo da gestante, passando a ser um direito de quem for o responsável legal pela guarda e proteção do filho deixado por ela: “Art. 1º O direito prescrito na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho”.

Quando o assunto é adoção, as garantias também estão presentes. A CLT assegura que à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade. Assegura ainda que, tratando-se de adoção ou guarda judicial conjunta, ensejará a concessão de licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiães (empregado ou empregada). Em suma, se o assunto é guarda e proteção do filho, pouco importa o gênero, não é algo simplesmente voltado à maternidade. Historicamente é a mãe quem assume a responsabilidade da guarda e da criação do menor, mas esse cenário vem mudando paulatinamente. Nesse contexto, vale uma análise acerca da importância de alcançar a paternidade responsável.

Antes de adentrarmos no tema, faz-se necessário avaliar o sentido da expressão paternidade, bem como entender seu conceito. Para isso, é preciso observar o que ensina Paulo Luiz Netto Lôbo quando assegura que a paternidade se dá pela constituição de valores e pela singularidade da pessoa humana adquiridas principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. Logo, pai é um ato de escolha, de mútua vontade de amar e ser amado, é quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor (LÔBO, 2006, p. 796 *apud* RODRIGUES, 2016).

Assim, fica a compreensão de que a paternidade, natural ou não, possui bases no afeto e na responsabilidade em relação àquele que é carecedor da plenitude do comprometimento, em seu desenvolvimento digno, de quem lhe deu a vida ou o escolheu para ser seu filho.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família quando reconheceu como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher e a família constituída de um dos pais com seus filhos, além da família oriunda do matrimônio. Considera a família a base da sociedade, como bem apresenta o art. 226: “[...] a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ainda enfatiza no inciso V do mesmo artigo que “[...] os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O art. 226, § 7º, da CF define o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, bem como na utilização de recursos educacionais e científicos, para sua realização. O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado

por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

A Lei n. 9.263, sancionada em 12 de janeiro de 1996, regulamentou também o planejamento familiar no Brasil e estabeleceu em seu art. 2º que “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. É considerado um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas.

Em 1995, o Brasil participou da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, na China. No item 96 do acordo firmado entre os países presentes, ficou estabelecido: as relações igualitárias entre a mulher e o homem, a respeito das relações sexuais e da reprodução, incluindo o pleno respeito à integridade pessoal, exigem o consentimento recíproco e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade e as consequências do comportamento sexual.

Quando se tratar de norma específica, pode-se observar o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990, que traz expressamente o princípio da paternidade responsável: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

E ressalta:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

O planejamento familiar associado à paternidade responsável compreende não só decidir sobre o número de filhos, mas também quanto a aumentar o intervalo entre as gestações. E se utiliza das técnicas de reprodução assistida como recurso à procriação, não praticando a seleção de embriões com finalidades eugênicas para escolha de atributos físicos, bem como para suprimir a filiação por meio da monoparentalidade, entre outros.

O propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação, serão respeitados.

Nesse contexto, cabe esclarecer que o princípio da paternidade responsável inicia na concepção, e é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, dispõe no artigo 7º que: “A criança será registrada

imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Como forma de garantir maior efetividade ao exercício do direito de filiação, bem como maior obrigatoriedade ao princípio da paternidade responsável, surge a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prevendo que o reconhecimento dos filhos é irrevogável, além de indicar as formas de reconhecimento.

Infelizmente, ainda na sociedade moderna, as mães são vistas como as principais responsáveis por educar e cuidar de suas crianças, enquanto os pais adquirem um papel secundário na criação dos filhos. Para mudar esse cenário, é preciso investir em educação e políticas públicas que promovam um papel igualitário para pais e mães, inclusive na extensão de direitos até então inerentes somente ao sexo feminino.

Não se pode deixar de afirmar que avanços são visíveis na relação maternidade e paternidade,⁴ porém ainda está longe de alcançar o tratamento igualitário no cuidado das crianças; a fim de que isso ocorra, são necessárias amplas mudanças para que homens e mulheres se dediquem de maneira equitativa à vida reprodutiva. Há exemplos de alguns avanços, como a licença-paternidade,⁵ que em alguns estados e municípios pode atingir um mês. Entretanto, ao se comparar com o tempo da licença-maternidade, que varia de quatro a seis meses, a diferença ainda coloca as mulheres como as principais ou únicas responsáveis pelo cuidado das crianças.

Em suma, é fato que a família sofreu modificações: a mulher trabalha, as tarefas são mal distribuídas, não há nenhum elemento de submissão entre o casal, e, acompanhando tais modificações, surgiram modelos familiares monoparentais, nos quais existe a figura de apenas um adulto e seus filhos. Tal situação pode ser gerada por divórcio, viuvez, geração independente por parte de uma mulher ou mesmo de um homem. Assim, futuramente, a família poderá alterar-se novamente consoante a evolução da sociedade, já que é um dos seus elementos constitutivos (ESTEVES, 2013).

A desigualdade de gênero impacta significativamente na diferença entre os papéis sociais de pais e mães. A partir do momento em que se estabelecerem papéis rígidos sobre o que é ser mulher-mãe e ser homem-pai, não haverá questionamentos sobre as desigualdades de gênero nem sobre o cumprimento dos seus direitos e deveres. Isso ainda reforça a necessidade de o ser masculino adquirir certos direitos de caráter extensivo, a fim de diminuir essas diferenças de papéis.

Daí a relevância da discussão da estabilidade gestacional extensiva ao homem como forma de diminuir a desigualdade de gênero e de garantir ao nascituro o direito à vida, mesmo porque a família tradicional, formada por pai, mãe e filhos não é a única possibilidade, nem o casamento é regra para que uma família se inicie. Famílias paralelas, reconstituídas, monoparentais, multiparentais ou mesmo

4 Cf. SITUAÇÃO da paternidade no mundo: falta licença, sobra trabalho. *Lunetas*, São Paulo, 1º jul. 2019. Disponível em: <https://lunetas.com.br/situacao-da-paternidade-no-mundo-2019/>.

5 Cf. PERASSOLO, João. Licença-paternidade maior reduz uso de remédios por mães. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2019/07/licenca-paternidade-maior-reduz-uso-de-remedios-por-maes.shtml>.

unipessoais encontram respaldo na lei, na doutrina e na jurisprudência, uma vez que o direito deve atender aos anseios sociais.

Quanto ao princípio da paternidade responsável, é interessante analisar seu alcance diante das diversas conotações do termo: autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos; ou quantos filhos as pessoas desejam ter. Outrossim, também interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos (dever parental).

Segundo Sandri (2006), o direito parental diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidar e provê-los, e ao planejamento familiar, no que diz respeito à autonomia do indivíduo para escolher quanto, não só ao aumento mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle da natalidade, que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos.

Isabela Santos (2013 *apud* OLIVEIRA; RANGEL, 2017) reforça que os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana constituem a base para a composição da família no ordenamento jurídico brasileiro por retratar a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família.

Lado outro, ao transcorrer sobre o instituto dos alimentos, o qual tem fundamental importância no estudo do Direito de Família, pois sua principal finalidade é garantir a sobrevivência, o bem-estar e o sustento do alimentando, na maioria das vezes, a criança ou adolescente, a quem a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferem absoluta e indiscutível proteção, através da legislação e dos princípios acima comentados, entre outros. (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

O primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver, logo, o maior compromisso do Estado é garantir a vida. Junto a isso surge o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana. Saliente-se que a obrigação alimentar se dá quando o genitor deixa de prover o sustento do filho, e, caso a prestação não ocorra de forma espontânea, havendo prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar, caberá ação de alimentos para garantir o adimplemento do encargo alimentar, como prevê a referida Lei n. 5.548/1968.

Visto isso, talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver, e este, sem dúvidas, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Com isso, surge o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana.

Toda essa reflexão sobre o princípio da paternidade responsável remete ao nascituro, pois, para que o feto tenha um crescimento saudável, faz-se necessário a mãe estar bem nutrida, daí a defesa do caráter extensivo ao homem da estabilidade gestacional, visto que existem disposições constitucionais e infraconstitucionais que tutelam a criança, mas que são flagrantemente desrespeitadas.

A mulher, enquanto gestante, também tem violados seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, a começar pelo fato de que grande parte da sociedade ainda acredita que a sexualidade da mulher está associada à reprodução. A defesa é que os genitores garantam o necessário, visto que o direito à vida está correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Frise-se que o Código Penal tipifica o abandono material no art. 244 e o moral no art. 246 como crimes.

Nesse contexto, pode-se observar a ratificação da responsabilidade solidária entre os membros da família com vista a proteger o novo integrante dela. Apesar de o ADCT expressamente defender o gênero feminino, existem diversos entendimentos e/ou legislações, conforme demonstrado, que afastam a característica personalíssima do direito à estabilidade provisória gestacional para resguardar a vida do nascituro.

4 · O BEM DA VIDA

O direito à vida é garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, sendo este o mais importante, já que sem ele os demais ficariam sem fundamento. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo, e a segunda, de se ter vida digna quanto à subsistência.

Segundo Moraes (2003), o início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois, do ponto de vista biológico. A vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim, a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez.⁶ Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá (*apud* MORAES, 2003, p. 64), o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. É importante ressaltar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

Nesse contexto, cabe a discussão pelo direito do nascituro, que alcança posição de destaque tanto na doutrina quanto nas legislações, principalmente depois do advento do Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406/2002, que lhe confere tratamento especial, bem como para identificar quando se pode chamar o ser de vivo, pois, a partir daí, ter-se-ão a pessoa e, logo, a conquista da personalidade jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei que determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade é o Código Civil, que em seu art. 2º estabelece: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. Observada ainda com o *caput* do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil n. 12.376/2010, que traz a seguinte redação: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

Segundo Venosa (2004), os romanos não possuíam termo específico para designar os sujeitos de direito, pois *persona* é usado nos textos com a significação de ser humano em geral, aplicando-se também aos escravos, que não eram sujeitos da

6 “EMENTA: Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Jurisprudência TJRS*, C-Cíveis, V-1, T-15, p. 16-25, RJTJRS, V-104/418, 1990).

relação jurídica; eram considerados coisas (*res*). Portanto, a personalidade, conjunto de atributos jurídicos ou aptidões, no Direito Romano e em todas as civilizações antigas, não era atributo de todo ser humano. E a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual se tinha tão somente o feto, que nada mais era que parte da mãe (*portio mulieris viscerum*). Assim, não possuía direitos e/ou quaisquer atributos conferidos ao homem. Contudo, seus interesses eram resguardados, chegando mesmo a equipará-lo ao nascido, não para adquirir personalidade, mas para tutela e proteção.

De acordo com o *Dicionário Jurídico Brasileiro* (SANTOS, 2001, p. 166) nascituro é:

S.m. Ser humano já concebido, mas ainda por nascer. Também chamado feto, por estar ainda dentro do ventre materno. Comentário: Por uma ficção do direito, é considerado provisoriamente com certa capacidade jurídica: direitos do “nascituro”, sendo os mesmos resguardados, desde a sua concepção até o seu nascimento, pela lei civil e penal, quando fala do aborto, que é, no Brasil, considerado assassinio (CC, art. 4º e CP, art. 124).

Nas palavras de Venosa (2004, p. 68):

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entendemos que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

Frise-se que a doutrina moderna defende que o direito do nascituro é resguardado desde a concepção, devendo-se nomear curador se o pai vier a falecer estando a mulher grávida, e não tiver o pátrio poder, e pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais, bem como adquirir bens por testamento, conforme, respectivamente, os arts. 1.779, 542 e 1.799, I, do Código Civil Brasileiro.

Observa-se que esses direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma se houver nascimento com vida.

Em suma, o nascituro é o ser que, embora não nascido, já esteja gerado; é vida que depende de outra vida por certo tempo, até que adquira autonomia biológica. Embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade, possui regime protetivo do Direito, tendo proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

5 • CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 é legado da luta histórica dos trabalhadores, e, em seu art. 10, II, *b*, versa que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Da primeira leitura surge a interpretação que esse dispositivo assegura apenas o emprego da empregada gestante, porém, diante de um quadro gestacional, o bem maior a ser tutelado é a vida do nascituro. Uma vez que o direito à vida é a base principal e somente a partir dele as outras ramificações dos direitos tornam-se possíveis, daí a necessidade de sua proteção por parte não só do Estado, mas também da sociedade e da família.

Nesse contexto, a conclusão de que a aplicabilidade desse dispositivo vem sendo feita de forma equivocada, pois diante da situação do desemprego de qualquer dos pais, no momento em que a família será ampliada, impacta diretamente a vida do feto. Dessa forma, o ADCT, que tem como objetivo fundamental proteger a vida, só terá cumprido sua razão de existir quando empregado de forma extensiva ao homem. Essa ação visa resguardar a manutenção do padrão de vida familiar, assegurando, assim, uma gestação saudável que refletirá no nascituro.

Ademais cabe ressaltar que a paternidade responsável é um princípio assegurado na Constituição Federal, além de ter previsão legal no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, sendo conceituada como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

Logo, o ADCT não pode continuar a ter aplicabilidade equivocada e restritiva, pois existe a responsabilidade solidária entre os membros da família com vista a proteger seu novo integrante.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. Novo de novo: projeto de lei pretende modificar 310 artigos do novo Código Civil. *Conjur*, São Paulo, 24 jan. 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-jan-24/projeto_visa_modernizar_aperfeicoar_codigo_civil. Acesso em: fev. 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

ESTEVES, Luísa. A mutação da família. *Entrementes*, [s. l.], 11 abr. 2013. Disponível em: <http://entrementes12c.blogspot.com.br/2013/04/a-mutacao-da-familia.html>. Acesso em: abr. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social*. Teoria, método e criatividade. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MONTEIRO, Patrícia Fontes Cavalieri. Discussão acerca da eficácia da Lei Áurea. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 355-387, jan./jun. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XX, n. 164, set. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar>. Acesso em: out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Mulheres ainda são menos propensas a atuar no mercado de trabalho do que os homens na maior parte do mundo, diz OIT. *Notícias OIT*, Genebra, 7 mar. 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_619819/lang--pt/index.htm. Acesso em: maio 2020.

RODRIGUES, Camila Elizabeth. Paternidade responsável. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XIX, n. 152, set. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/>. Acesso em: mar. 2020.

SANDRI, Vanessa Berwanger. *Princípio jurídico da paternidade responsável: distinção entre planejamento familiar e controle de natalidade*. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://pesquisandojuridicamente.files.wordpress.com/2010/09/principio-juridico-da-paternidade-responsavel.pdf>. Acesso em: abr. 2020.

SANTOS, Bianca Marques. A luta das mulheres no mercado de trabalho. *DireitoNet*, [s. l.], 9 jun. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10738/A-luta-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>, Acesso em: maio 2020.

SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos. *O pensamento da esquerda e a política de identidade: as particularidades da luta pela liberdade de orientação sexual*. 2005. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27471/1/TESE%20Silvana%20Mara%20de%20Moraes%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: out. 2020.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro: terminologia jurídica com algumas notas, observações e comentários; brocardos latinos (jurídicos e forenses)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SBCOACHING. Mulher no mercado de trabalho: crescimento, importância e fatos. *Blog SBCoaching*, São Paulo, 21 fev. 2019. Disponível em: <https://www.sbcoaching.com.br/blog/mulher-mercado-trabalho/>. Acesso em: maio 2020.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSO

A proteção constitucional à honra e à imagem da pessoa-residente e a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais

Manoel Jorge e Silva Neto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 As diversas espécies de honra. As imagens protegidas pela Constituição de 1988. 2.1 O direito à honra e suas espécies. 2.2 As imagens protegidas pela Constituição de 1988. 3 A pessoa-residente como titular do direito à honra e à imagem. 4 Hipóteses de transgressão do direito à honra e à imagem-atributo da pessoa-residente. 5 A discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais. 6 Instrumentos de garantia do direito à honra e à imagem da pessoa-residente. 6.1 A ação civil pública. 6.2 A ação popular. 7 Conclusões.

1 · INTRODUÇÃO

Muitos são os direitos individuais expressamente protegidos pela Constituição de 1988; poucos, porém, os contemplados com efetiva tutela no plano da realidade física. A desproporcional equação jurídica que confere direitos no plano formal, mas os deixa, de fato, à míngua, parece ter relação com o generalizado desconhecimento acerca da própria existência do direito constitucionalmente protegido.

Isso é o que se sucede com o direito à honra e à imagem da pessoa-residente. O sistema da ciência do Direito no Brasil ainda não se pronunciou a respeito do tema, conquanto não sejam escassas as hipóteses mediante as quais, por ação – principalmente – ou por omissão, são maltratados os direitos individuais da pessoa-residente.

Logo, o propósito do artigo é iniciar discussão acerca do direito à honra e à imagem da pessoa-residente, obedecendo, no entanto, à seguinte ordem: as diversas espécies de honra e as imagens protegidas pela Constituição (item 2); a pessoa-residente como titular do direito à honra e à imagem (item 3); hipóteses de transgressão do direito à honra e à imagem da pessoa-residente (item 4); a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais (item 5); instrumentos de garantia do direito à honra e à imagem da pessoa-residente (item 6); e, finalmente, as conclusões (item 7).

2 · AS DIVERSAS ESPÉCIES DE HONRA. AS IMAGENS PROTEGIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 · O DIREITO À HONRA E SUAS ESPÉCIES

O direito à honra foi objeto de explícita referência no art. 5º, X, da Constituição (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

1 Subprocurador-Geral do Trabalho. Diretor-Geral Adjunto da ESMPU. Coordenador da Assessoria Constitucional Trabalhista da Procuradoria-Geral da República (PGR). Professor-Visitante no Levin College of Law, na Universidade da Flórida (EUA). Professor-Visitante na Universidade François Rabelais (França).

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”).

São duas as espécies de honra: a honra subjetiva e a honra objetiva. A primeira se refere ao sentimento que o indivíduo tem sobre si mesmo. A segunda está relacionada ao respeito, à boa fama granjeada pelo indivíduo em razão da forma como se porta no meio social.

Admite-se a responsabilização por dano à honra subjetiva em virtude de inclusão indevida do nome da pessoa como devedora em banco de dados de caráter público, conforme já consolidado na jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – INDICAÇÃO DO NOME COMO DEVEDOR INADIMPLENTE – SERASA – COBRANÇA – DÉBITO INDEVIDO – DANO MORAL CARACTERIZADO E PROVADO – I. O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SERASA responde pela reparação do dano moral; II. A simples negatização de nome junto ao SERASA constitui fato que, de *per si*, é suficiente para atingir a honra subjetiva de uma pessoa; III – Recurso improvido (TJMA – Ap 000644-2003 – (44.713/2003) – 3ª C. Civ. – Rel. des. Cleones Carvalho Cunha – J. 22.5.2003).

Todavia, igualmente não deve persistir qualquer dúvida acerca de as coletividades poderem sofrer agravo ao direito à honra, notadamente porque possuem patrimônio imaterial.

Em verdade, a jurisprudência já admitiu até mesmo que pessoas jurídicas podem ser protegidas quanto à honra objetiva, visto que a de natureza subjetiva é específica da pessoa humana.

Observe-se a ementa seguinte:

2. INDENIZAÇÃO MORAL – PESSOA JURÍDICA – HONRA OBJETIVA – IMPROCEDÊNCIA – HONORÁRIOS – I – A pessoa jurídica está protegida quanto à honra objetiva, pois a honra subjetiva é privilégio dos humanos. II – A violação da honra objetiva, além da ofensa, precisa da prova da oitiva ou conhecimento por outras pessoas. III – A apelante não fez esta prova, por isso impõe-se improcedência do pedido, conforme sentença de primeiro grau. IV – Os honorários, em caso de improcedência, devem observar o § 4º do art. 20 que remete às alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º, mesmo artigo do CPC. V – Apelação improvida (TJDF – APC 20000110270830 – DF – 4ª T. Civ. – Rel. des. Vera Andrighi – DJU 27.8.2003 – p. 46).

Mas o direito à honra não deve ser confundido com o direito à imagem, especialmente quando se constata a existência de *imagens* constitucionalmente tuteladas, como se verá a seguir.

2.2 · AS IMAGENS PROTEGIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O desenvolvimento da tecnologia trouxe inúmeros benefícios à civilização, mas acarretou excessos que resultaram na restrição à liberdade e à dignidade das pessoas, o que não seria diferente com relação à imagem.

Com efeito, após o advento da fotografia, com a possibilidade de a imagem ser captada sem consentimento da pessoa, surgiram situações de conflito precisamente em razão de inexistência de manifestação de vontade quanto à captação da imagem.

2.2.1 · AMPLITUDE DA TUTELA CONSTITUCIONAL: IMAGEM-RETRATO E IMAGEM-ATRIBUTO (DIREITO DE IMAGEM E DIREITO À IMAGEM)

A primeira observação a ser feita, analisando-se os incisos V, X e XXVIII, *a*, da Constituição (CF), é a respeito da amplitude do direito individual.

No art. 5º, XXVIII, *a*, da CF, a proteção se dirige ao direito de imagem, que se identifica com a imagem física da pessoa: “São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Se a norma constitucional protege a reprodução *da* imagem humana, é evidente que o preceptivo se destina à tutela específica da imagem física da pessoa.

Por sua vez, no art. 5º, V, da CF se propõe a defesa do direito à imagem: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

E no art. 5º, X, da CF? Qual imagem é protegida em seu enunciado? Ambas, seja o direito *de* imagem (imagem física), seja o direito *à* imagem (imagem social), pois refere que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ora se o direito protegido é *a* imagem, e não o direito *de* imagem, prescrito no art. 5º, XXVIII, *a*, da CF, tampouco o direito à imagem, definido no art. 5º, V, da CF, é certo que as duas espécies se encontram preservadas no art. 5º, X, da CF. Portanto, nota-se a amplitude da tutela constitucional.

Com evidência, embora o senso comum se habitue a admitir a imagem como sinônimo de expressão fisionômica da pessoa, a Constituição de 1988 promoveu a tutela de duas espécies de imagem que são absolutamente inconfundíveis: a imagem-retrato (direito de imagem) e a imagem-atributo (direito à imagem).

A imagem-atributo, também chamada de “imagem social”,² é o resultado da construção dos atributos subjetivos do indivíduo, com tutela específica admitida no assinalado art. 5º, V, da Constituição.

Observa-se essa espécie, por exemplo, nas situações em que determinados profissionais liberais passam a ser amplamente conhecidos pela especial forma de atuação profissional, como na hipótese de advogado que se notabilizou na defesa de interesses empresariais perante o Poder Judiciário e tenha sido divulgada em jornal de grande circulação, por equívoco, a notícia de sua contratação por sindicato de trabalhadores.

É óbvio nada haver de irregular na defesa judicial dos interesses dos trabalhadores mediante o patrocínio de causa proposta pelo grêmio profissional; todavia, se algum prejuízo for ocasionado à imagem profissional de defensor de interesses empresariais – que, na espécie, traduz-se em imagem-atributo –, será possível a sua indenização.

É correto concluir que o direito à imagem-atributo geralmente está relacionado à atividade profissional da pessoa, uma vez que é por meio desse domínio existencial que o indivíduo consolida o mais relevante plexo de seus atributos, aqueles de cunho profissional; todavia, não está o direito individual exclusivamente preso ao contexto das profissões. Assim por exemplo, examine-se hipótese de pessoa

2 MARTÍNEZ, 1997, p. 45.

notabilizada pela filantropia. É provável a existência de alguém que tenha a sua imagem-atributo identificada com a assistência aos desamparados. De forma deliberada ou não, construiu essa pessoa atributos que a identificam com a causa assistencialista. Se, por algum modo, for veiculada informação inverídica que vulnere o seu direito à imagem, surge a possibilidade de reparação.

Em síntese conclusiva, temos o seguinte:

- Art. 5º, XXVIII, *a*, da CF = Direito à imagem-retrato = Direito de imagem;
- Art. 5º, V, da CF = Direito à imagem-atributo = Direito à imagem; e
- Art. 5º, X, da CF = Direito à imagem-retrato (direito de imagem) e direito à imagem-atributo (direito à imagem) = Direito a imagem.

2.2.1.1 · Imagem-atributo de produto

A imagem-atributo é direito individual que se destina, de modo semelhante, às pessoas jurídicas ou ao produto, porque unidades empresariais despendem vultosas quantias destinadas à construção da imagem de determinado produto, que poderá, todavia, ser atingida em virtude de veiculação de notícia inverídica. Por exemplo, se empresa alimentícia possui determinado produto que é consumido por segmento de consumidores preocupados com a questão ambiental, uma falsa notícia quanto à utilização de agrotóxicos na matéria-prima produzirá enorme – e provavelmente irreversível – gravame à imagem do produto.

2.2.1.2 · Imagem-atributo de pessoa jurídica

A própria pessoa jurídica também poderá ser vulnerada em sua imagem-atributo, como na situação em que há divulgação, de forma inverídica, de notícia sobre fato ocorrido com a empresa não condizente com o seu “retrato social”.

Assim, unidades empresariais têm grande preocupação em demonstrar publicamente a sua eficiência em determinada atividade. Pois bem, se for ofendida a imagem-atributo de empresa que buscou o reconhecimento público de sua eficiência, divulgando-se equivocadamente prestação de serviço realizada de modo insatisfatório, torna-se viável a responsabilização do veículo de mídia, de qualquer outro agente econômico ou do concorrente que tenha veiculado a notícia.

2.2.1.3 · Distinção entre imagem-atributo e honra

Certo de que o objetivo desta investigação se prende ao exame dos direitos individuais relativos à honra e à imagem da pessoa-residente, é indeclinável o esforço quanto à delimitação de cada um desses direitos.

Fácil é distinguir a imagem-retrato da honra, bastando indicar a hipótese em que é revelada a imagem fisionômica da pessoa sem a sua autorização, mas são destacados seus atributos morais.

Um pouco mais sutil é a distinção entre imagem-atributo e o direito à honra.

Caracterizado o direito à imagem-atributo como “retrato social” ou ainda “imagem social”, e, por outro lado, referida a honra objetiva como bom conceito, boa fama do indivíduo no meio social, surgiriam dúvidas a respeito da autonomia dos direitos individuais apontados. Não há, contudo, fundamento para a identificação.

Qualquer indivíduo, no domínio das relações sociais que trava, poderá acarretar para si juízo de valor favorável ou desfavorável sobre a sua reputação enquanto pessoa. Será conhecido como honesto ou desonesto, por exemplo; tudo dependerá da forma como se comporta no relacionamento com outros indivíduos. As considerações da coletividade feitas sobre a sua conduta moral estão no contexto da defesa do direito à honra.

No romance *O Retrato de Dorian Gray*, Oscar Wilde³ descreve a personalidade abjeta de um jovem, cujo conceito que dele fazia a coletividade era o pior que se podia imaginar, tendo em vista o seu comportamento execrável, o que terminou por caracterizar a sua honra objetiva. Mas ser “bom” ou “mau” caráter nada tem a ver com a imagem-atributo, e sim com o direito à honra.

Outrossim, ainda no terreno das relações sociais do mesmo indivíduo, há um campo de atuação no qual ele pretende ser visto; por exemplo, como bom advogado defensor de causas operárias ou bom engenheiro construtor de pontes. Não guarda a imagem-atributo de bom advogado ou de bom engenheiro nenhuma relação com a honra objetiva que aos profissionais possa ser atribuída pela comunidade. O advogado pode ser excelente defensor de causas operárias, mas ter péssimo caráter; o engenheiro pode ser homem honrado por gozar de excelente fama, em razão da conduta moral incensurável, mas não ter boa imagem-atributo de construtor de pontes em decorrência dos inúmeros desabamentos de construções sob sua responsabilidade.

Não pode persistir, assim, qualquer tentativa de identificar a imagem-atributo e o direito à honra, porque há sem-número de situações nas quais um desses direitos individuais pode vir a ser violado sem que, nem de longe, se cogite da transgressão do outro, como vimos nos exemplos mencionados.

Assim, tracejados todos os contornos relativos ao direito à imagem, *de* imagem e *a* imagem, cumpre destacar que os problemas mais marcantes observados no âmbito da pessoa-residente são os relacionados à honra e à imagem-atributo, que invariavelmente se associam também a questões pertinentes à denominada discriminação de origem, que se consubstancia em comportamento expressamente vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, mesmo sem deixar de reconhecer que a proteção à imagem física da pessoa-residente não deve ser esquecida, cumpre-me, neste trabalho, inserir no núcleo central da investigação os problemas afetos à honra e à imagem-atributo de tais indivíduos.

É possível cogitar sobre honra e sobre imagem-atributo da pessoa-residente?

É o que tentarei responder no próximo subitem.

3 · A PESSOA-RESIDENTE COMO TITULAR DO DIREITO À HONRA E À IMAGEM

O que é pessoa-residente? Trata-se de nova tipologia no âmbito do Direito Civil, vinculada ao relevante tema de sua Parte Geral que estuda as pessoas? A pessoa-residente tem personalidade jurídica? É pessoa natural ou jurídica?

3 O próprio escritor era muitíssimo cioso da própria imagem-atributo, tanto que, ao visitar os Estados Unidos para uma série de conferências nos idos de 1880, quando passou pela alfândega e sofreu a habitual pergunta se tinha algo a declarar, Wilde foi cortante, como informa Marcello Rollemberg: “Nada, além da minha genialidade” (WILDE, 2000, p. 9).

Convictamente, trata-se de questionamentos indispensáveis ao fim de examinar o direito à imagem da pessoa-residente, sem os quais se torna materialmente inviável descobrir a natureza jurídica e as possibilidades de tutela ao direito individual desses sujeitos.

Em primeiro lugar, registre-se que a civilização percorreu longo caminho até alcançar o estágio de organização social da atualidade, em que os aglomerados humanos optaram pela fixação em determinado território como forma de prover mais segurança e condições de sobrevivência aos integrantes da comunidade.

Nem sempre foi, assim, contudo. Desde a era mais primitiva, quando achados arqueológicos dão evidência do atávico nomadismo das populações, passando pela Idade Antiga, cuja Diáspora judaica foi tão bem retratada nos escritos bíblicos, atingindo até mesmo a Idade Média, com as constantes migrações que resultaram das guerras de conquista, o fato é que a consolidação dos aglomerados humanos em limites territoriais precisos é fenômeno historicamente recente.

Acredito, porém, que aconteceu com as cidades o mesmo que se sucedeu com a casa do indivíduo: embora o lugar onde o homem primitivo se homiziava das feras e protegia a si e à sua família possa ser considerado fenômeno antropológico muito mais antigo que a organização social dos indivíduos nas cidades, assim como também deva ser destacado que a casa ocupa grau de importância mais elevado em razão de sua precedência, frise-se que, uma vez fixado o indivíduo nos limites citadinos, passou a dedicar-lhe especial deferência como contrapartida a diversos benefícios advindos da moradia na cidade, tais como: segurança, serviços (com a divisão social do trabalho), alimentação (com o incremento das feiras, especialmente a partir da Idade Média), e, principalmente, o desenvolvimento das relações sociais e dos modelos de organização política.

E mais: ainda que a casa seja considerada de importância maior que a cidade, é certo que a casa podia ser muito mais protegida no recinto da cidade. Por consequência, o binômio *casa-cidade* passou a ostentar compostura inseparável.⁴

Logo, indivíduos que consolidavam habitação em determinada cidade o faziam motivados pelas mais distintas carências humanas, entre as quais as inerentes às relações sociais.

Como não poderia deixar de ser, as pessoas que habitavam as cidades começaram a cultivar natural e inevitavelmente uma relação de pertencimento com a cidade na qual residiam.

Por sua vez, essa relação de pertencimento originou a figura da *pessoa-residente*. Todavia, a indigitada relação de pertencimento evidentemente que não colhe apenas o afeto do indivíduo pela sua cidade; de modo semelhante, pertencer a uma determinada unidade da federação ou mesmo a um país denota a força detida por este sentimento de origem.

Deveras, a tendência humana à generalização tem proporcionado autênticos acintes, verdadeiros ataques à dignidade da pessoa tão só à conta de ter nascido em determinada cidade, estado ou país.

4 Essa relação inseparável foi magistralmente positivada na *Ley del Suelo* espanhola, pedra angular do direito urbanístico naquele país, cujo art. 1º destaca que “a atividade construtora se submete à intervenção administrativa [...] e nada mais justificado uma vez que [...] a vinculação dos edifícios à cidade é tão íntima que ao construí-los não se pode esquecer que se está construindo ao mesmo tempo a cidade”. (Tradução livre).

Note-se, por exemplo, o que se sucede com os indivíduos de diversas nacionalidades, cujos estereótipos bem evidenciam ofensa à honra e (ou) à imagem-atributo: “francês não toma banho”; “brasileiro é desonesto” etc.

E, mesmo no contexto da realidade brasileira, não são poucas as conclusões pejorativas que se consolidaram sobre as pessoas nascidas nos mais distintos estados de nossa Federação: “baiano é preguiçoso”; “carioca é malandro”; “mineiro é sovina”, e por aí vai...

Consequentemente, exceção feita aos nacionais, que têm tutela específica relacionada à sua própria nacionalidade, como se verá a seguir, a pessoa-residente tem vinculações com o estado ou a cidade onde nasceu.

Iniciando, assim, as respostas aos questionamentos formulados, pode-se dizer que a pessoa-residente é ente coletivo despersonalizado que possui vinculações de ordem antropológica, social, cultural e jurídica com a cidade ou o estado-membro.

Por que “ente coletivo”? Simplesmente em virtude de a figura da pessoa-residente não estar presa a sujeito de direito, mas sim designar ente de expressão coletiva. Por exemplo, observe-se o que acontece quando é mencionado o comportamento de pessoas de determinada cidade ou de um dado país. A característica alcança todos os indivíduos indistintamente, e nenhum deles individualmente. Portanto, ao registrar a ideia de pessoa-residente, consolida-se fundamento para a tutela de interesse transindividual, uma vez que é impossível delimitar quais sejam os indivíduos integrantes do respectivo universo.

A pessoa-residente não merece tutela por pertencer a qualquer grupo vulnerável. A ideia que fundamenta a proteção jurídica é o mero e simples fato de pertencer à cidade ou ao estado-membro.

A pessoa-residente não é novo tipo que surge para o estudo da Parte Geral do Direito Civil e que corresponde ao relevante tema das pessoas. É apenas uma ficção criada com fundamento na realidade da proteção às coletividades, expressão da tutela coletiva, quando, não raro, são promovidos ataques a direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, da CF, como a vida privada, a imagem-atributo e a honra.

A pessoa-residente é ente despersonalizado. Não é pessoa natural ou jurídica, já que não detém qualquer personalidade, como já referido.

Por fim, note-se que a pessoa-residente possui vinculações de natureza antropológica, social, cultural e jurídica com a cidade ou com o estado. Antropológica porque a cidade é, antes de tudo, fenômeno resultante das aglomerações humanas, que é objeto de estudo da Antropologia. E a federação, que cria estados, é também resultado dos anseios das populações. Há vinculação social em virtude de a cidade ser, a um só tempo, causa e efeito de fatos sociais. Subsistem vinculações culturais desde que se entenda que os objetivos citadinos se aliam à solução de problemas humanos do cotidiano, o que determina fortíssima conexão à cultura.

Assim também ocorre com o estado-membro, cuja singularidade geofísica poderá impor a adoção de planejamento econômico e modelo de urbanização que vá ao encontro, respectivamente, dos caracteres climatológicos e físicos da região, bem como da compostura singular de regiões metropolitanas do estado.

E, finalmente, observam-se nítidas relações jurídicas da pessoa-residente com a cidade e o estado, porquanto o indivíduo, diante da circunstância de neles residir, passa a ostentar feixe de direitos e obrigações, exemplificado quando é destinatário de serviços públicos e obrigado ao respectivo pagamento de taxas por tais serviços prestados ou postos à sua disposição.

4 · HIPÓTESES DE TRANSGRESSÃO DO DIREITO À HONRA E À IMAGEM-ATRIBUTO DA PESSOA-RESIDENTE

Conforme ficou evidente ao longo da exposição dos itens anteriores, a pessoa-residente não é pessoa natural ou jurídica, não detém qualquer personalidade, mas é titular de direitos. Entre os direitos cuja tutela deva ser destinada à pessoa-residente está o direito à vida privada, à honra e à imagem, todos protegidos pelo art. 5º, X, da CF.

Como não é objeto desta investigação o estudo de eventual ofensa à vida privada da pessoa-residente, centralizarei os exemplos em casos concretos e (ou) hipotéticos de transgressão à sua honra e imagem-atributo.

Contudo, como visto no item anterior, muitos casos de transgressão a direitos da pessoa podem se relacionar à vinculação a país, e não a cidade ou a estado.

Nessas hipóteses, não se cogitará sobre ofensa a direitos de pessoa-residente, mas sim de transgressão a direitos fundamentais pertinentes à nacionalidade.

Com evidência, não apenas é direito humano de todo indivíduo possuir ao menos uma nacionalidade, como também que deva ser incondicionalmente respeitada.

Logo, qualquer alegação que exponha a honra ou a imagem-atributo de nacionais deverá ser repelida com veemência, como simples efeito de opção legítima da pessoa por determinada nacionalidade – no caso da adquirida ou secundária –, ou como forma de proteger a nacionalidade originária resultante do local de nascimento (*jus soli*) ou dos laços de consanguinidade (*jus sanguinis*).

É conhecida a execrável reputação da mulher brasileira que é disseminada especialmente em Portugal e Espanha, onde são associadas a prostitutas. Em casos tais, não há dúvida que se opera ignominiosa transgressão à honra das brasileiras, cuja repercussão do comportamento discriminatório enseja a devida reparação no altiplano das cortes internacionais.

Com convicção, porém, não posso concluir que as brasileiras são pessoas-residentes; são nacionais. E, a partir de tal condição, é possível alcançar a devida reparação por ofensa ao direito humano e fundamental à nacionalidade, além de imposição de obrigações de fazer ao Estado dentro do qual se disseminou o nefando preconceito, especialmente para obrigá-lo à implementação de campanhas destinadas a proteger a dignidade dos estrangeiros discriminados naquele país. Mas repito: o fundamento para a proteção não se liga à ideia de pessoa-residente, e sim ao contexto dos direitos da nacionalidade, cuja tutela está prevista nos arts. 12 e 13 da Constituição Federal.

É possível, todavia, perceber hipóteses de transgressão à honra da pessoa-residente, da pessoa que pertence à cidade onde nasceu.

Além dos já conhecidos estereótipos segundo os quais “baiano é preguiçoso”, “carioca é malandro” etc., mediante os quais a assertiva discriminatória se dirige

aos originários de determinadas unidades de nossa Federação, percebe-se, infelizmente, a existência de preconceito dirigido, de forma específica, a pessoas nascidas ou residentes em determinadas cidades.

É o caso dos indivíduos nascidos em Pelotas, no Estado do Rio Grande do Sul, que passaram a ser identificados a homossexuais. Nesse passo, se é verdade que não é circunstância agravante à honra de quem quer que seja a opção pela homossexualidade, não deixa de ser verdade também que indivíduos heterossexuais têm o direito fundamental à identificação sexual condizente com a sua opção. Não se sabe ao certo como ou quando começou essa generalizada ideia de que indivíduos do sexo masculino residentes ou originários de Pelotas têm tendência à homossexualidade.

Refere-se comumente ao fato de que, nos séculos XVIII e XIX, famílias abastadas daquela região enviavam os seus filhos para universidades europeias, principalmente localizadas na França. Ao retornarem daquele País, adquiriram o hábito de usar gravatas do tipo *blastron* – atípicas no Brasil à época – assim como babados de diversos tipos nas golas das camisas, fato que, combinado com a pronúncia da língua francesa – que induz o falante a fechar os lábios para produzir o som da vogal “u” – passou a ser identificado como ausência de virilidade.

Outra localidade que sofreu e ainda sofre o estigma do preconceito é Arapiraca, no Estado de Alagoas. Com efeito, os homens casados daquela cidade passaram a ser conhecidos como “chifrudos”, “cornos” etc., circunstância que maltrata a honra de homens e mulheres ali nascidos ou residentes.

A má fama também encontra explicação em fato do passado: segundo se comenta, houve, no século XIX, rumoroso caso de homem casado cuja mulher fora flagrada mantendo relações sexuais com outro indivíduo. A partir daí a estória se espalhou por todo o estado, consolidando-se a pérfida imagem de homens e mulheres de Arapiraca.

Em verdade, segundo pesquisa de opinião realizada em 2014, a cidade brasileira em que maior percentual de pessoas espontaneamente declarou já ter mantido relações sexuais fora do casamento foi São Paulo-SP, seguida das cidades do Rio de Janeiro-RJ, Brasília-DF, Belo Horizonte-MG, Curitiba-PR e Salvador-BA,⁵ não havendo, no particular, qualquer registro sobre números significativos no Estado de Alagoas, ou, pior ainda, na cidade de Arapiraca.

5 · A DISCRIMINAÇÃO DE ORIGEM COMO OFENSA AOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Após delimitação de diversas hipóteses de maltrato à honra e imagem-atributo da pessoa-residente, cumpre destacar, neste item, que tais transgressões ofendem a cláusula constitucional antidiscriminatória referida no art. 3º, IV, da CF, razão por que convirá exame particularizado do preceptivo constitucional.

Outrossim, diante da existência de preceito constitucional que explicitamente protege as pessoas contra comportamento discriminatório ilegítimo, surge o questionamento alusivo à efetiva necessidade quanto à criação da figura da pessoa-residente.

5 GAZETAONLINE, 2014.

De início, observe-se o comando incisivo do art. 3º, IV, da CF, segundo o qual “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - *omissis*; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Conquanto seja correto afirmar que a geografia humana registra a existência de alguns critérios determinativos da origem das populações humanas (etnia, nacionalidade, religião etc.), deve-se alertar que o preceptivo constitucional não se limita aos critérios geográfico-humanos, podendo ser considerado qualquer elemento atinente à origem para reprová-la a discriminação ilegítima nele fundada.

Imagine-se, por exemplo, pessoa pertencente a determinada família, na qual muitos indivíduos a ela vinculados tenham sido notoriamente conhecidos pela prática de crimes das mais variadas espécies. Parece evidente que integrante deste grupo familiar, tão só por tal condição, não possa e não deva ser vítima de qualquer discriminação tendo por base a vinculação familiar, máxime porque, mesmo diante do fato de crimes praticados por pessoas da mesma família, o próprio Texto Constitucional revela que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF).

Logo, é possível concluir que os critérios postos no art. 3º, IV, da CF e destinados a reprová-las práticas discriminatórias ilegítimas ostentam caráter francamente exemplificativo.

Dito isso, é relevante apontar o que pode ser considerado discriminação legítima e ilegítima, tornando-se a investigação indispensável para o reconhecimento de hipóteses em que a imagem da pessoa-residente possa ser levada em consideração para efetivar discriminação e outras em que a referida desequiparação seja proscrita pelo sistema constitucional.

Não obstante já tenha sido afirmado aqui ser o escopo do trabalho voltado ao estudo da honra e da imagem-atributo, cumpre assinalar que a imagem física da pessoa, a denominada imagem-retrato deve ser destacada no momento, notadamente porque há situações nas quais se tornará legítima a discriminação que tenha como causa a imagem física do indivíduo.

Observe-se a seguinte e hipotética situação: determinada etnia indígena foi descoberta na região amazônica, e antropólogos verificaram também que a referida comunidade possuía enorme resistência às pessoas de olhos azuis.

Pergunta-se: indivíduos com tais traços na imagem podem ser impedidos de relacionarem-se com os indígenas? A proibição seria ilegítima?

É de obviedade acaciana a constatação segundo a qual indivíduos com olhos azuis não poderiam se relacionar com integrantes da tribo indígena primitiva, a qualquer título, como médico, professor ou qualquer outra profissão vocacionada a melhorar as condições de vida dos aborígenes.

O fato, indisputável, é que a simples presença de pessoas com mencionados traços fisionômicos convulsionaria de tal forma e com tal intensidade as relações a ponto de inviabilizar a aproximação à comunidade.

Portanto, não é a circunstância de a Constituição Federal deixar de referir “olhos azuis” no art. 3º, IV, que impede o Poder Público de utilizar o critério para fins de desequiparação legítima, porque nem toda discriminação é reprovada pelo sistema constitucional e, desenganadamente, o art. 3º, IV, revela compostura exemplificativa.

Embora seja verdade que a norma constitucional condene a escolha dos critérios origem, raça, sexo, cor e idade para desequiparar pessoas, não é menos verdade que, em muitas situações, o recurso aos anteditos critérios termina por configurar até mesmo imposição ditada pela circunstância da vida, como se viu na situação relativa à tribo indígena.

Toda vez que a discriminação é consumada em razão de uma situação de fato que a determine, está-se diante da discriminação legítima; quando, todavia, não há correspondência entre o fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de fato, observa-se a discriminação ilegítima.

Explica-nos Celso Antônio Bandeira de Mello que

qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico [...]. [...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.⁶

6 · INSTRUMENTOS DE GARANTIA DO DIREITO À HONRA E À IMAGEM DA PESSOA-RESIDENTE

Tracejados os caracteres da pessoa-residente, bem assim as hipóteses concretas de transgressão a direitos dessa coletividade, cabe enunciar alguns instrumentos de garantia previstos na Constituição Federal e aptos à defesa judicial da honra e da imagem-atributo da pessoa-residente.

6.1 · A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Instrumento processual de defesa da coletividade por excelência, a ação civil pública é, por esse motivo, examinada precedentemente em tema de tutela da pessoa-residente. Registre-se, em primeiro lugar, que o art. 1º da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) refere a utilização da medida não apenas para a tutela judicial do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica, à ordem urbanística, mas, sobretudo, *in genere*, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV).

Consequentemente, a proteção à honra e à imagem da pessoa-residente se dá por meio da referida cláusula aberta prevista na LACP.

De sorte a tornar efetiva a tutela judicial à honra e à imagem da coletividade em questão, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Com isso, resta evidente que a medida tem caráter precipuamente cominatório, conquanto não se possa desvincular do objeto da ação contingente pleito destinado à reparação pecuniária do patrimônio material ou imaterial lesado.

6 BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 17.

Assim, além do preceito cominatório dirigido ao estancamento da conduta lesiva à honra ou à imagem da pessoa-residente, o pedido poderá ser dirigido à reparação do patrimônio imaterial mediante fixação de dano moral difuso.

Não caberá o pedido de indenização por dano moral coletivo, porque a pessoa-residente em estado-membro ou em cidade está inserida no contexto de destinatários indeterminados e indetermináveis, sendo certo que é materialmente inviável descobrir, no universo dos residentes em unidades da Federação ou em qualquer cidade, por menor que seja, quais são precisamente aqueles que poderão ser beneficiados pelo provimento judicial; caberá, todavia, pedido de dano moral difuso.

Além do pedido de paralisação do comportamento transgressor aos direitos fundamentais, a ação civil pública também se prestará à obtenção de provimento liminar para o fim de impedir, *initio litis*, o prosseguimento da atitude deletéria, comissiva ou omissiva, à honra ou imagem de tais indivíduos.

6.2 · A AÇÃO POPULAR

Também vocacionada à tutela judicial de direitos da pessoa-residente é a ação popular. Com legitimidade atribuída exclusivamente ao cidadão – o que tem título de eleitor –, a ação popular ostenta a elevada missão de declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista e tantas mais.

O dado interessante a respeito da Lei da Ação Popular que a torna efetivo instrumento de proteção da pessoa-residente é o seu § 1º, art. 1º, *verbis*: “Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”.

Posto desta forma, penso que, embora a honra e a imagem da pessoa-residente nada tenham a ver com “bens e direitos de valor econômico”, não há a mesma conclusão no caso dos valores artístico, estético, histórico ou turístico.

Convictamente, a ofensa à honra ou à imagem-atributo das pessoas que residem em determinada cidade ou estado-membro poderá muito bem desenvolver desdobramentos que seguramente infligirão sério abalo aos valores prestigiados pela Lei n. 4.717/1965. Destarte, uma vez consumado ato cujo resultado, mediato ou imediato, possa infligir lesão à honra ou à imagem-atributo da pessoa-residente, abre-se naturalmente a via para propositura de ação popular em razão de os valores consubstanciados na norma de regência serem igualmente objeto de transgressão.

A ação será proposta contra as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado referidas no art. 1º da Lei n. 4.717/1965, assim como contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem realizado o comportamento ou mesmo autorizado, aprovado ou ratificado o ato impugnado; ou em caso de omissão, na hipótese de terem dado oportunidade à lesão (art. 6º, *caput*, Lei n. 4.717/1965).

7 · CONCLUSÕES

1. São duas as espécies de honra: a honra subjetiva e a honra objetiva. A primeira se refere ao sentimento que o indivíduo tem sobre si mesmo. A segunda está relacionada ao respeito, à boa fama granjeada pelo indivíduo em razão da forma como se porta no meio social;

2. Há também duas imagens protegidas constitucionalmente: a imagem-retrato e a imagem-atributo;
3. Pessoa-residente é ente coletivo despersonalizado que possui vinculações de ordem antropológica, social, cultural e jurídica com a cidade ou o estado-membro;
4. O agravo à honra ou à imagem-atributo de nacionais não se insere na tutela específica à pessoa-residente, porque será possível alcançar a devida reparação por ofensa ao direito humano e fundamental à nacionalidade;
5. Haverá tutela específica à pessoa-residente em casos nos quais a ofensa se dirija ao indivíduo em virtude de pertencer a determinada cidade ou estado-membro da Federação;
6. Embora seja verdade que a norma constitucional condene a escolha dos critérios origem, raça, sexo, cor e idade para desequiparar pessoas, não é menos verdade que, em muitas situações, o recurso aos anteditos critérios termina por configurar até mesmo imposição ditada pela circunstância da vida. Assim toda vez que a discriminação é consumada em razão de uma situação de fato que a determine, está-se diante da discriminação legítima; quando, todavia, não há correspondência entre o fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de fato, observa-se a discriminação ilegítima;
7. Muitos comportamentos agressores à honra e à imagem-atributo podem ser considerados atitudes discriminatórias ilegítimas;
8. A proteção à honra e à imagem da pessoa-residente se dá por meio do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/1985 (LACP). Para tornar efetiva a tutela judicial à honra e à imagem da coletividade em questão, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer;
9. Não caberá o pedido de indenização por dano moral coletivo, porque a pessoa-residente em estado-membro ou em cidade está inserida no contexto de destinatários indeterminados e indetermináveis, sendo certo que é materialmente inviável desenterrar no universo dos residentes em unidades da Federação ou em qualquer cidade, por menor que seja, quais são precisamente aqueles que poderão ser beneficiados pelo provimento judicial; caberá, todavia, pedido de dano moral difuso;
10. A ação civil pública ainda se prestará à obtenção de provimento liminar para o fim de impedir, *initio litis*, o prosseguimento da atitude deletéria, comissiva ou omissiva, à honra ou imagem da pessoa-residente;
11. A ação popular também está vocacionada à tutela judicial de direitos da pessoa-residente;
12. A ofensa à honra ou à imagem-atributo das pessoas que residem em determinada cidade ou estado-membro poderá muito bem desenvolver desdobramentos que seguramente infligirão sério abalo aos valores prestigiados pela Lei n. 4.717/1965;
13. A ação será proposta contra as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado referidas no art. 1º da Lei n. 4.717/1965, assim como contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem realizado o comportamento ou mesmo autorizado, aprovado ou ratificado o ato impugnado; ou em caso de omissão, na hipótese de terem dado oportunidade à lesão (art. 6º, *caput*, Lei n. 4.717/1965).

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

GAZETAONLINE, [s. l.] edição de 27 ago. 2014. Acesso em: 9 mar. 2015.

MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Ed. Tecnos, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*. São Paulo: L&PM Pocket, 2001.

WILDE, Oscar. *A esfinge e seus segredos*. São Paulo: Record, 2000.

O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COM O ADVENTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS E SUA VIOLAÇÃO NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

*Maria da Glória Teles Farias¹
Camila Cardoso Takano²
Lucas Gonçalves da Silva³*

Sumário: 1 Introdução. 2 A constitucionalização de direitos e o acesso à informação. 3 O acesso à informação conectado à rede. 4 O acesso à informação na pandemia de Covid-19. 5 A inclusão digital como viabilizadora do acesso à informação. 6 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos fortaleceu a concretização dos direitos fundamentais e permitiu o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos frente aos Estados, com poder para se opor a abusos e buscar a satisfação de suas necessidades. Aliado a isso, as inovações tecnológicas, em especial a internet e o poder computacional, têm-se mostrado como os grandes propulsores das conquistas do cidadão contemporâneo.

Diferente dos estados autoritários, que exercem o sigilo da informação do Estado, na democracia o acesso à informação é direito garantido. Nesta senda, o acesso à informação é direito humano disposto na Convenção Americana dos Direitos Humanos,⁴ como obrigação positiva a cargo do Estado de disponibilizar aos cidadãos a informação pública. É considerado instrumento fundamental para o cidadão o controle da atividade estatal, garantindo a transparência e de uma boa gestão pública.

1 Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi. Graduada em Direito pela UNIT.

2 Servidora Pública Federal. Mestranda em Direito Constitucional pela UFS. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Graduada em Direito pela UFOP.

3 Professor da Graduação e do Programa de Mestrado da UFS. Vice-Presidente do CONPEDI. Pós-doutor pela UFBA e pela Università Degli Studi G. d'Annunzio. Doutor e Mestre pela PUC/SP.

4 Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1978 e foi ratificada, até janeiro de 2012, por 24 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. A convenção define os direitos humanos que os Estados ratificantes se comprometem internacionalmente a respeitar e a dar garantias para que sejam respeitados. Ela cria, também, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e define atribuições e procedimentos tanto da Corte como da CIDH.

A sociedade da informação mudou completamente as relações sociais ao facilitar o acesso à informação e permitir a minimização das diferenças entre os diversos nichos sociais. A internet propicia uma mobilização perante a sociedade nunca vista antes, tendo-se tornado uma ferramenta essencial para auxiliar a democratização do acesso à informação.

Em face disso, busca-se realizar uma análise do poder do direito de acesso à informação a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e das novas tecnologias, com a edição da Lei n. 12.527/2011, que tornou obrigatória a disposição das informações pelos órgãos públicos na rede mundial de computadores. Nesse contexto, será abordada a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 690, que discutiu a violação pelo Ministério da Saúde do acesso à informação sobre a evolução da Covid-19 no Brasil. Em seguida, será discutido como esse direito necessita de atuação estatal direcionada para o investimento na inclusão digital, pelo fato de boa parte da população ainda não ter acesso à internet.

Foi realizada pesquisa bibliográfica com base em obras e artigos a respeito do constitucionalismo brasileiro, da sociedade em rede e da atuação estatal com o advento das novas tecnologias, bem como pesquisa documental com fundamento na Lei de Acesso à Informação, na decisão do STF na ADPF n. 690/2020 e na pesquisa TIC Domicílios, realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Será utilizado o método o dedutivo, tendo em vista que se partirá de uma premissa maior, que é a análise da constitucionalização do acesso à informação e sua regulamentação com o advento das novas tecnologias, para a menor, que é o estudo de como esses marcos influenciaram na concretização do direito de acesso à informação e como, mesmo assim, ainda sofre violações.

2 · A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E O ACESSO À INFORMAÇÃO

A CF/1988 foi um marco no processo de redemocratização e na construção do novo Direito Constitucional brasileiro. Anteriormente, o Estado brasileiro havia vivenciado o período ditatorial, marcado por diversas limitações a direitos.

O Direito Constitucional renasceu e a nova Constituição foi capaz de promover a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário e intolerante para um Estado democrático de direito, propiciando o mais longo período de estabilidade institucional da história da república do Brasil (BARROSO, 2005, p. 3).

Barroso dispõe, ainda, que:

Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional (v. infra). Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. (2005, p. 6).

O Estado Moderno é marcado pela limitação do poder estatal e pela declaração de direitos fundamentais. Tais direitos referem-se a um conjunto de dispositivos contidos

na CF/1988, destinados a estabelecer garantias e deveres aos cidadãos, normatizando as noções básicas e centrais que regulamentam a vida social, política e jurídica dos cidadãos que vivem no País. Dessa forma, “toda discricção, pública ou privada, haverá de estar juridicamente vinculada, formal e materialmente, aos direitos fundamentais, ao menos em sistemas jurídicos democráticos, abertos e unitários” (SARLET, 2012, p. 9).

Os direitos fundamentais decorrem de batalhas de toda a sociedade, em busca de proteger e impor o respeito e a preservação dos direitos mais básicos.

[...] os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. (SARLET, 2012, p. 9).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 5º, inciso XXXIII, a proteção ao direito de acesso à informação:

Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Esse direito foi corroborado posteriormente pelo art. 37, § 3º, inciso II, incluído pela EC n. 19/1998:

Art. 37 [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

O reconhecimento do acesso à informação como um direito humano fundamental gerou consequências benéficas na evolução da responsabilidade governamental e no trato com a coisa pública. A partir do momento em que cada cidadão tem capacidade de acessar, encontrar e entender os dados e os documentos produzidos pela Administração Pública, o espaço para desmandos e ilicitudes são reduzidos. Os agentes públicos se veem vigiados em todos os seus atos, proporcionando à sociedade uma maior segurança quanto às suas atitudes.

A previsão constitucional brasileira tem base internacional na Convenção Americana de Direitos Humanos, que reconhece o acesso à informação em seu artigo 13⁵ como direito humano universal ao dispor sobre o direito de buscar e receber informações.

Não é necessário justificar um interesse direto ou afirmar um prejuízo pessoal para obter a informação em poder do Estado, exceto nos casos em que se aplique uma legítima restrição. Por outro lado, quem acessa a informação sob o controle do Estado,

5 “Art. 13, 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.”

tem o direito de divulgar essa informação para que ela circule na sociedade, de modo que esta possa conhecê-la, acessá-la e avaliá-la. O direito de acesso à informação partilha, assim, das dimensões individual e social do direito à liberdade de expressão, que devem ser simultaneamente garantidas pelo Estado (MARINO, 2011, p. 7).

A obrigação dos Estados de prover as informações solicitadas implica em deveres especiais de proteção e garantia. A adequada satisfação do direito de acesso à informação supõe a necessidade de incorporar ao ordenamento jurídico um recurso efetivo e idôneo que possa ser usado por todas as pessoas para solicitar a informação requerida (MARINO, 2011, p. 9).

Em relação à obrigação de criar um mecanismo especial para tornar exigível o direito de acesso, o Estado

deve garantir a efetividade de um procedimento administrativo adequado para a tramitação e a resolução das solicitações de informação, que estabeleça prazos para resolver e entregar a informação, e que esteja sob a responsabilidade de funcionários devidamente capacitados. (MARINO, 2011, p. 9).

O acesso à informação é um direito que necessita de ampla atividade estatal voltada para a adoção de medidas que impulsionem a participação da sociedade na gestão pública.

3 · O ACESSO À INFORMAÇÃO CONECTADO À REDE

No final do século XX, iniciou-se a fase da revolução tecnológica, na qual as relações sociais começaram a sofrer mudanças, o que acarretou novos desafios para o constitucionalismo, como resguardar os direitos fundamentais diante dos novos riscos, potencializar o exercício dos direitos fundamentais e assegurar a garantia de novos direitos, limitando, assim, o exercício do poder (DANTAS; CONI JUNIOR, 2017, p. 8).

O sociólogo espanhol Manuel Castells (2005, p. 220) estuda os efeitos e os reflexos da chamada “sociedade em rede”, conceituando-a como

uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes.

Na mesma linha, o filósofo Pierre Lévy (1999, p. 19) entende que as telecomunicações são de fato responsáveis por estender de uma ponta à outra do mundo as possibilidades de contato amigável, de transações contratuais, de transmissões de saber, de trocas de conhecimentos, de descoberta pacífica das diferenças. O fino enredamento dos humanos de todos os horizontes em um único e imenso tecido aberto e interativo gera uma situação absolutamente inédita e portadora de esperança, já que é uma resposta positiva ao crescimento demográfico, embora também crie novos problemas.

Com essa evolução tecnológica, surgem novas ferramentas que permitem a transmissão de informações de uma forma muito acelerada, as quais podem impulsionar o andamento da administração pública, melhorar a qualidade dos serviços prestados e aproximar o cidadão da gestão do dinheiro público. Assim, a internet é conduzida a um papel social muito importante na democratização de direitos, como um meio atual essencial para o fortalecimento do acesso à informação pelos indivíduos na sociedade, permitindo incentivar movimentos e divulgar informações.

Para concretizar os mandamentos constitucionais, de acordo com as novas tecnologias, o Brasil regulamentou o direito de acesso à informação pela Lei n. 12.527/2011,⁶ inspirada pela lei modelo de acesso à informação da Organização dos Estados das Américas.⁷ Essa nova lei trouxe outra perspectiva interna para o acesso à informação pública, ainda mais por ter uma base estruturante no direito internacional.

Em linhas gerais, a Lei n. 12.527/2011 estabelece que toda informação que for produzida ou custodiada por órgãos e entidades públicas é passível de ser ofertada ao cidadão, a menos que esteja sujeita a restrições de acesso legalmente estabelecidas, quais sejam: informações classificadas nos graus de sigilo reservado, secreto ou ultrasecreto, nos termos da própria Lei de Acesso à Informação; informações pessoais, afetadas à intimidade e à vida privada das pessoas naturais; ou informações protegidas por outras legislações vigentes no País, como é o caso do sigilo fiscal e do sigilo bancário.⁸

A partir dessa regulamentação, os órgãos públicos foram obrigados a fornecer suas informações em portais na rede mundial de computadores. O cidadão não precisa mais se deslocar fisicamente para solicitar informações e documentos públicos, podendo fazê-lo pelos sites governamentais através da internet.

A Lei nº 12.527/2011, que busca difundir a Informação Pública, é um espectro importante, pois significa um avanço em matéria de transparência, porém suscita algumas questões para reflexão. Impõe o dever dos entes da administração de publicizarem dados que, se forem colocados efetivamente em rede e tiverem uma correta utilização, podem contribuir ao debate democrático e ao controle social. (LIMBERGER, 2016a, p. 48).

No intuito de consolidar a garantia de acesso, a Lei de Acesso à Informação não somente previu sanções disciplinares⁹ a servidores que lhe ofendam as disposições,

6 Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

7 Essa lei estabelece a mais ampla aplicação possível do direito de acesso à informação que esteja em posse, custódia ou controle de qualquer autoridade pública. A lei se baseia no princípio de máxima publicidade, de tal maneira que qualquer informação em mãos de instituições públicas seja completa, oportuna e acessível, sujeita a um claro e preciso regime de exceções, que deverão estar definidas por lei e ser legítimas e estritamente necessárias em uma sociedade democrática.

8 “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

9 “Art. 33. A pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei estará sujeita às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - rescisão do vínculo com o poder público;

como também isentou qualquer servidor de responsabilidade civil, penal ou administrativa pela iniciativa de cientificar as autoridades superiores a respeito de fato que tenha implicado a prática de crimes ou atos de improbidade, de que tenha conhecimento, mesmo que este decorra do exercício de cargo, emprego ou função.

O direito de acesso à informação gera obrigações para todas as autoridades públicas de todos os ramos do poder e dos órgãos autônomos, de todos os níveis de governo. Esse direito também vincula aqueles que cumprem funções públicas, prestam serviços públicos ou executam recursos públicos em nome do Estado. Esse direito envolve a informação sob custódia, gestão ou posse do Estado; a informação que o Estado produz ou está obrigado a produzir; a informação sob o poder daqueles que administram os serviços e os fundos públicos, unicamente relativa a esses serviços ou fundos; e a informação que o Estado capta, e a que está obrigado a compilar no cumprimento de suas funções.

No que diz respeito à comunicação existente na rede mundial de computadores, não é qualquer comunicação que significa informação; deve ser considerada tão somente aquela que contribui para a formação cultural da cidadania. Assim, a informação pública em rede, acessada e compreendida de maneira adequada, serve de instrumento dos valores democráticos (LIMBERGER, 2016a, p. 35).

Limberger (2016a, p. 37) afirma:

A informação disponibilizada em rede, quando realmente tenha o caráter formador, servirá para implementar a pauta dos direitos humanos, de modo a difundi-los em escala global e a consolidar a prática democrática no corpo do Estado, a partir da vivência cidadã.

O acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo deve ser viabilizado, desde que respeitados o direito à intimidade e à vida privada e as situações legais de sigilo (LIMBERGER, 2016a, p. 26). Como bem pontua Stefano Rodotà (2008, p. 60 e 70), a tutela da privacidade e o amplo acesso às informações são finalidades incompatíveis entre si, visto que a primeira implica a restrição dessa possibilidade de fazer circular certas categorias de informações. O problema, posteriormente, tornou-se concreto, tanto que hoje a questão das relações entre leis sobre a proteção de dados e leis sobre a liberdade de informação é seguramente uma das mais delicadas e urgentes.

A efetividade do direito de acesso decorre da disponibilidade de um número mais amplo de informações sobre a atividade de quem coleta dados; mas, sobretudo, o direito de acesso confirma sua tendência de ser um instrumento que torna a atividade de organismos públicos e privados a mais transparente possível, efetivando institucionalmente as condições para um controle social difuso (RODOTÀ, 2008, p. 72).

O exercício da transparência de informações públicas possui relação com a concretização de direitos sociais, visto que, a partir daí, é possível fiscalizar os atos praticados pelo Estado. Quanto mais a informação é disponibilizada, maior cuidado haverá com o trato do dinheiro público (LIMBERGER, 2016a, p. 45). Assim, essa

IV - suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos; e

V - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.”

lei representou um passo importante na consolidação da democracia brasileira ao viabilizar a participação popular e o controle social nos atos governamentais, o que tem por consequência a melhora da gestão pública.

4 · O ACESSO À INFORMAÇÃO NA PANDEMIA DE COVID-19

Como já citado anteriormente, o direito de acesso à informação é grande aliado do exercício da cidadania, sendo, por isso, considerado um direito humano reconhecido em âmbito internacional e consagrado na Constituição de 1988. É devido a esse direito aliado à conexão em rede que a sociedade hoje pode lidar melhor com situações globais, como a pandemia do Coronavírus. Por meio das informações prestadas pelo governo, os indivíduos têm acesso quase instantâneo aos cuidados que devem ser tomados, aos atos do governo voltados para o controle da crise e à fiscalização do gasto público. A pandemia do Coronavírus trouxe novas perspectivas dos direitos fundamentais, envolvendo também o direito de acesso à informação a respeito de como, quando e quais informações os cidadãos teriam o direito saber.

No mês de junho 2020, enquanto o Brasil vivenciava a alta de contaminados por Covid-19, o Ministério da Saúde tomou a decisão de retirar de seu site¹⁰ algumas informações a respeito dos infectados. O site ficou fora do ar por um tempo e, quando retornou, não havia divulgação a respeito do número de mortes acumuladas e de casos registrados, além de se constatar um adiamento na liberação dos resultados diários para as 22h, anteriormente atualizados às 19h.

Contrários a esse ato, os partidos políticos Rede Sustentabilidade, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Partido Comunista do Brasil (PCdoB) interpuseram perante o STF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,¹¹ dispondo contra a sequência de atos do Poder Executivo Federal, através do Ministério da Saúde, de restringir a publicidade dos dados relacionados à Covid-19, o que configuraria violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal. Tais atos consistiam em alteração do balanço diário da Covid-19 pelo Ministério da Saúde, retirada do site de divulgação dos dados por mais de 24h e omissão de dados sobre a evolução da Covid-19 no Brasil.

O processo foi distribuído para o Ministro Alexandre de Moraes, o qual determinou, em caráter liminar, o restabelecimento da forma de divulgação anterior, reconhecendo a violação a preceitos da Constituição Federal, como o direito de acesso à informação.¹² Na íntegra da decisão, o Ministro apresentou como fun-

10 Site do Ministério da Saúde que fornece informações sobre a Covid-19: <https://covid.saude.gov.br>.

11 Lei n. 9.882/1999: “Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

12 Dispositivo da decisão: “Diante do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR AO MINISTRO DA SAÚDE QUE MANTENHA, EM SUA INTEGRALIDADE, A DIVULGAÇÃO DIÁRIA DOS DADOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS À PANDEMIA (COVID-19), INCLUSIVE NO SÍTIO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E COM OS NÚMEROS ACUMULADOS DE OCORRÊNCIAS, EXATAMENTE CONFORME REALIZADO ATÉ O ÚLTIMO DIA 04 DE JUNHO”.

damento a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações necessárias à sociedade, obrigação esta consagrada na Constituição como a garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que permite a necessária fiscalização dos órgãos governamentais, efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência (BRASIL, 2020, p. 6).

A decisão destacou ainda que, “salvo situações excepcionais, a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, sob pena de desrespeito aos artigos 37, *caput*¹³ e 5º, incisos XXXIII e LXXII”, dispondo, por fim, que a modificação dos dados apresentados pelo Ministério da Saúde não caracteriza qualquer excepcionalidade às necessárias publicidade e transparência, uma vez que esses dados são importantes para a organização de “análises e projeções comparativas necessárias para auxiliar as autoridades públicas na tomada de decisões e permitir à população em geral o pleno conhecimento da situação de pandemia vivenciada no território nacional” (BRASIL, 2020, p. 6-7).

“A realização do princípio da publicidade constitui-se em um dever da administração e se complementa com o direito à informação do cidadão. Desta conjugação, tem-se a satisfação dos demais princípios que regem a administração pública” (LIMBERGER, 2016a, p. 44). Assim, ficou entendido que, em um ambiente pandêmico, a disponibilização de informações a respeito da quantidade de pessoas infectadas é de extrema importância, de tal forma que foi concedida decisão liminar com fundamento no grave risco de interrupção abrupta da coleta e divulgação de dados epidemiológicos, imprescindíveis para as ações de combate à doença.

Essa situação expõe como o direito de acessar uma informação pública vai muito além do fornecimento de informações a respeito de gastos públicos ou controle da gestão da administração pública por portais da transparência, ideia esta que a maior parte das pessoas têm a respeito desse direito. Por isso, a formação cultural de base se mostra essencial para que o cidadão tenha conhecimento das ferramentas que possui para exercer seus direitos e evitar desmandos e ilícitudes.

5 · A INCLUSÃO DIGITAL COMO VIABILIZADORA DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Com a elevação da internet ao patamar de importante ferramenta para a democratização de direitos, surge a necessidade de trabalhar a ideia de inclusão digital. Esse direito envolve o acesso à internet e se apresenta como fundamental na sociedade da informação, pois se tornou requisito necessário para o exercício pleno da cidadania.

O acesso à internet consiste numa garantia do indivíduo referente à sua esfera particular, na medida em que viabiliza a identificação dos dados pessoais que sobre ele circulam, como também representa uma garantia em relação ao Estado, ao permitir o controle de sua atuação por meio da realização daquilo que é postulado pelo princípio da publicidade e do direito de acesso à informação.

13 “Art. 37, *caput*: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]” (BRASIL, 2020, p. 7-8).

A virtualidade modifica o conceito de cidade física, mas continua necessitando do caráter de educação [...] para que este contato em rede sirva à civilização. O desafio consiste, assim, em que o espaço virtual não seja uma mera reprodução das mazelas existentes na vida real, mas seja possível uma qualificação do debate, e não apenas uma manipulação da opinião pública. (LIMBERGER, 2016a, p. 87).

A pesquisa TIC Domicílios 2019,¹⁴ divulgada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, em maio de 2020, revela que apenas 74% da população brasileira possui acesso à internet. Ao se fazer uma separação por classes, identifica-se que pouco mais de 50% da área rural e das classes “D” e “E” acessam a internet. Fazendo um comparativo com os dados de 2018, em que cerca de 70% dos brasileiros haviam utilizado a internet e apenas 48% das pessoas da área rural e das classes “D” e “E” tinham tido acesso, pode-se verificar um crescimento tímido. Apesar de, numericamente, aparentar um bom cenário, já que mais da metade dos brasileiros já acessam a internet, socialmente esse número é muito alarmante, devido ao cenário de intensa dependência tecnológica em que a sociedade está inserida. Esse crescimento não condiz com a necessidade de uso da internet que se tem atualmente para a vida social, visto que o Poder Público tem cada vez mais se utilizado de meios tecnológicos para alcançar o cidadão.

Não há democracia quando se pretende que a cidadania seja exercida efetivamente apenas por uma parcela da população, pois ainda que a população seja formada em sua predominância por pessoas de pouca escolaridade, a ignorância do povo não pode servir como pretexto para impedi-lo de participar do processo democrático e de exercer a sua cidadania de forma plena, sendo abominável qualquer pretensão no sentido de limitar essa participação. A ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados (BARROSO, 2005, p. 41).

A democracia na sociedade da informação somente se justifica se forem garantidos os direitos sociais fundamentais estabelecidos constitucionalmente, tais como a inclusão digital, para que seja possível construir uma sociedade da informação livre, justa e igualitária, conforme dispõe um dos nobres objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Para isso, o governo eletrônico deve ser direcionado ao cidadão e ao bem comum de toda a coletividade, assegurando os direitos básicos para que essa democracia eletrônica seja possível.

Atualmente, um dos grandes objetivos da democracia é possibilitar uma rede de comunicação direta entre Administração e administrados, que propicie aprofundamento democrático e maior transparência e eficiência da atividade pública. O cidadão que exerce os direitos fundamentais em rede não age mais de maneira passiva, mas se torna peça chave para a construção do processo democrático (LIMBERGER, 2016b, p. 35).

Para a formação cultural de uma sociedade com o intuito de compreender os conteúdos disponibilizados na internet, necessário que haja um direcionamento dos recursos públicos. Quanto maior o investimento, maior o nível de formação cultural dos indivíduos, o que torna a população capaz de fiscalizar os atos do Estado, por meio de ferramentas disponibilizadas, fortalecendo o exercício cidadão.

14 Estudo nacional que analisou indivíduos acima de 10 anos em 23.490 domicílios. A análise foi feita de outubro de 2019 a março de 2020. O objetivo foi estudar o acesso às tecnologias de informação e comunicação (TIC), uso da internet, governo eletrônico e atividades culturais na internet.

As novas tecnologias têm um papel fundamental [...], pois permitem uma divulgação da informação pública de forma potencializada, na medida em que atingem um grande número de cidadãos. [...] Para isso é necessária uma cidadania educada, que se interesse pelos assuntos públicos e que acesse e compreenda a informação que é posta à sua disposição. (LIMBERGER, 2016a, p. 86).

O indivíduo que precisa buscar uma informação pública na rede, além de ter que lidar com a problemática de conseguir acesso à tecnologia, deve superar a dificuldade de encontrar essa informação, já que nem sempre ela é prestada com a devida transparência.

[...] a introdução da tecnologia só por si não assegura nem a produtividade, nem a inovação, nem melhor desenvolvimento humano. [...] agir no desenvolvimento potencial específico da sociedade em rede necessita da combinação de iniciativas em sectores como a tecnologia, os negócios, a educação, a cultura, a reestruturação espacial, o desenvolvimento de infra-estruturas, a mudança organizacional e a reforma institucional. É na sinergia entre estes processos que as acções têm capacidade de mudar os mecanismos da sociedade em rede. (CASTELLS, 2005, p. 26-27).

A informação pública transmitida em rede facilita o acesso pelos cidadãos e permite um controle mais eficaz da Administração Pública. Para a consolidação desse direito, necessário que se invista em políticas públicas focadas na inserção de todos os indivíduos no ambiente digital, visto que de nada adianta investir no aparelhamento estatal para disponibilizar informações e serviços se o cidadão não tem capacidade de ter acesso ao instrumento.

6 · CONCLUSÃO

A internet trouxe novas formas de comunicação e interação, descentralizando o acesso à informação e fortalecendo a ideia de espaço democrático, com liberdade para manifestação de pensamentos, ideias e opiniões, como também para o recebimento dessas informações. A partir do surgimento das novas tecnologias, o direito de acesso à informação passa a ser exercido com mais efetividade do que originalmente previsto na Constituição de 1988.

A sociedade vive tempos de indignação que necessitam de novas formas de manifestação, típicas da sociedade da informação. O direito de acesso à informação faz parte do rol de direitos necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Logo, não basta ao Estado reconhecê-lo formalmente, mas buscar concretizá-lo.

A obrigatoriedade de disponibilizar as informações públicas na rede mundial de computadores foi um marco para o Estado democrático de direito. Com isso, é preciso manter constante fiscalização do que deve ser divulgado e combater o subjetivismo do poder ao tentar escolher como e quando as informações devem ser prestadas.

A situação retratada, a respeito das informações da pandemia de Covid-19, foi (é) um desafio da mais elevada gravidade para a sociedade brasileira e as autoridades públicas e exemplifica a importância de não poder negligenciar o direito fundamental do acesso às informações.

Conclui-se que há diversos desafios para a construção do governo e da democracia em âmbito digital no País; entre eles, um dos mais significativos é a necessidade de assegurar a participação dos excluídos nesse processo, pois é justamente essa participação que confere legitimidade ao governo, fazendo com que este seja um

Estado Democrático de Direito. Desse modo, a formação cultural da sociedade, voltada à inclusão digital para viabilizar o acesso à informação, torna a sociedade mais atuante e conduz ao restabelecimento do equilíbrio social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRANCO, Marcelo. Software livre e desenvolvimento social e económico. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à acção política*. Lisboa: Centro Cultural de Belém, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690 Distrito Federal*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADP_F690cautelar.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). *A sociedade em rede: do conhecimento à acção política*. Lisboa: Centro Cultural de Belém, 2005.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC.BR). *Principais resultados TIC Domicílios 2018*. São Paulo: Cetic.br, ago. 2018. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2018_coletiva_de_imprensa.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC.BR). *TIC Domicílios 2019*. São Paulo: Cetic.br, maio 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.

CHAVES, Márcio Mello. Privacidade e segurança na era da internet das coisas. In: PINHEIRO, Patrícia Peck G. (org.). *Direito digital 3.0 aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Lei Modelo Interamericana Sobre o Acesso à Informação Pública*. Aprovada em 8 de junho de 2010. Disponível em: https://www.right2info.org/resources/publications/instruments-and-standards/americanas_model-int-am-law-on-ati_portuguese. Acesso em: 10 jun. 2020.

DANTAS, Miguel Calmon; CONI JUNIOR, Vicente. Constitucionalismo digital e a liberdade de reunião virtual: protesto e emancipação na sociedade da informação. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 44-65, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/2168>. Acesso em: 14 out. 2020.

FOUNTAIN, Jane. Questões centrais no desenvolvimento político do estado virtual. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à acção política*. Lisboa: Centro Cultural de Belém, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016a.

LIMBERGER, Têmis. Novas tecnologias e direitos humanos: uma reflexão à luz da concepção de esfera pública. In: BUNCHRAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis. *Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016b.

MARINO, Catalina Botero. *O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano*. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Montevidéu: OEA, 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20El%20Derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion%20a%20Edicion%20adjusted.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. San José: Costa Rica, 2020. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, L. L. P. A constitucionalização do direito como paradigma para a ciência jurídica: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do neoconstitucionalismo brasileiro. In: COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; PASSOS, Daniela Veloso Souza (org.). *Temas do pensamento constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Ed., 2015. v. IV. p. 125-139.

O DEVER FUNDAMENTAL DE BOA GESTÃO PROCESSUAL NO MPF

Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell¹

Sumário: 1 O dever fundamental de boa administração pública e o contexto de crise. 2 A gestão de processos (inclusive judiciais) nos órgãos de administração da justiça. O planejamento estratégico do MPF. 3 Proposta de rol de decisões de gestão processual. 4 Ministério Público como Administração Pública. Decisões da gestão processual como atos administrativos. 5 Conclusões.

1 · O DEVER FUNDAMENTAL DE BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTEXTO DE CRISE

Direitos fundamentais são direitos humanos – aqueles cujo exercício é imprescindível para o alcance da dignidade humana – incorporados ao ordenamento jurídico doméstico (BARROSO, 2020, p. 491 e 493).

As doutrinas brasileira (FREITAS, 2014; OLIVEIRA, 2008) e estrangeira (MUÑOZ, 2012) reconhecem o direito fundamental à boa administração pública. Esse direito consta expresso no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Tratado de Nice, de 2001)² e “[h]oje é frequente que as novas constituições incorporem como novo direito fundamental o direito ao bom governo ou o direito à boa administração” (MUÑOZ, 2012, p. 14).

Consoante Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 17 e 27),

[o] bom governo e a boa administração têm muito que ver com a adequada preparação das pessoas que em cada caso exercem influência. Devem ter mentalidade aberta, metodologia do entendimento e sensibilidade social. Devem trabalhar sobre a realidade, utilizar a razão e levar em consideração os problemas coletivos a partir de perspectivas de equilíbrio para serem capazes de entender tais problemas e considerar a pluralidade de enfoques e dimensões existentes.

1 Servidora do Ministério Público Federal. Pós-graduada em Direito Público pela PUC-Minas. Graduada em Direito pela Uerj.

2 “Artigo 41. o Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: – o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, – o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, – a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. [...]”

Para que seja boa e democrática, a Administração Pública “há de responder a uma rica gama de critérios que poderíamos qualificar de internos, porque visam à sua própria articulação interior, aos processos de tramitação, à sua transparência, à clareza e simplificação de suas estruturas, à objetividade de sua atuação etc.,” fazendo prevalecer “a finalidade do serviço ao cidadão” (MUÑOZ, 2012, p. 27).

Outrossim, “[o] Estado Constitucional pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas e sustentáveis” (FREITAS, 2014, p. 13). Nesse sentido, o direito fundamental à boa administração impõe a “obrigação de justificar, na tomada das decisões administrativas, a eleição dos pressupostos conducentes à preponderância dos benefícios (sociais, econômicos e ambientais) sobre os custos envolvidos” (FREITAS, 2014, p. 13). Essas decisões, a serem suficientemente motivadas, devem ser consistentes intertemporalmente e coerentes valorativamente. A discricionariedade correlacionada deve estar atada às prioridades constitucionais: “a escolha produtiva tem de se mostrar fortemente alinhada com métricas e programas do Estado Constitucional” (FREITAS, 2014, p. 13 e 15). O direito fundamental à boa administração é atendido quando se faz “legítima e sustentável a liberdade do agente público” (FREITAS, 2014, p. 16).

Conforme Freitas (2014, p. 15, 23 e 48), boa administração é a “transparente, sustentável, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida, eficaz e avaliada segundo indicadores qualitativos”. Eficaz é a administração que “escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer”, em analogia ao conceito de Peter Drucker, ou que faça “aquilo que deve ser feito”.

Já a eficiência tem acepções diversas, e uma delas é a de compromisso com resultados:

[N]a teoria do direito administrativo em nosso país, a visão do agir estatal em função dos resultados tem encontrado recente expressão ao redor de três grandes ideias: eficiência, política pública e controle de resultados. Dessas três grandes ideias, nas suas interseções com o Direito, derivam múltiplas linhas de investigação. Elas têm em comum esta preocupação central com uma administração pública que proporcione resultados concretos à sociedade. (SOUZA, 2017, p. 44).

Juarez Freitas (2014, p. 48) distingue “os princípios da eficiência (dever de fazer de modo certo e positivo)” e “da economicidade (dever de otimizar a atuação estatal)”. Outros autores, no entanto, aproximam esses conteúdos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 105), ao apontar eficiência como um dos paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno, define-a como a produção de “bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes”.

Freitas (2014), Muñoz (2012) e Oliveira (2008) não classificam o direito fundamental à boa administração em nenhuma das cinco gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. A própria classificação seria questionável (BARROSO, 2020, p. 499). Contudo, por ser direito a prestações, que se realizam “por via de obrigações positivas por parte do Poder Público”, por meio da “entrega de bens, utilidades ou serviços” (BARROSO, 2020, p. 501), parece-nos se aproxime o direito fundamental à boa administração dos direitos sociais, logo “de segunda dimensão”.³ Por outro lado, se “a satisfação de um de seus titulares implica a satisfação de

3 Embora, em termos históricos, não caiba falar em direito fundamental “de segunda geração”, expressão que se refere a direitos positivados ou reconhecidos, de modo geral, na primeira metade do século XX.

todos” (BARROSO, 2020, p. 500), seria direito difuso. É também “direito implícito”, porquanto, aberto que é o catálogo constitucional (art. 5º, § 2º), decorre de norma não expressa textualmente, mas pode ser razoavelmente deduzido dos múltiplos princípios ou regras da Constituição Federal (FREITAS, 2014, p. 13; BARROSO, 2020, p. 505). Mesmo assim, essa norma implícita teria eficácia imediata.⁴

Entretanto, o conteúdo desse direito é vago como o de “meio ambiente equilibrado” ou como o de “autodeterminação dos povos”. Afinal, há múltiplas formas de se realizar a boa administração pública.

Ocorre que direitos fundamentais podem ser estabelecidos com a estrutura de regra ou de princípio.⁵ “[O] tratamento dogmático e jurisprudencial mais comum é que direitos fundamentais sejam tratados como princípios” (BARROSO, 2020, p. 507), compreendidos estes como “mandados de otimização a serem aplicados pelo intérprete na maior extensão possível” (BARROSO, 2020, p. 507-508). No último caso, o referente direito fundamental pode sofrer restrições quando ponderado com outro direito fundamental ou interesse coletivo. Contudo, direitos fundamentais são direitos subjetivos, logo, posições jurídicas protegidas pelo Direito, sindicáveis judicialmente e às quais correspondem deveres jurídicos. Violado direito fundamental, “nasce para titular uma pretensão, que pode ser exercida mediante a proposição de uma ação judicial” (BARROSO, 2020, p. 494).

Na verdade, parece-nos que o princípio gerador do direito fundamental à boa administração consiste simplesmente na síntese dos outros princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, mormente os enunciados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Essa síntese, por sua vez, decorre eventualmente de ponderação. A dificuldade em reconhecer a autonomia do direito fundamental à (tão complexa) “boa administração” advém de baixa ou ausente exigibilidade desse direito.

Direitos subjetivos consistem em situações jurídicas que implicam, em contrapartida, o dever de outrem de realizar algo (MIRANDA, 2019, p. 44). Logo, “afirmar que de determinado direito fundamental decorrem direitos subjetivos implica, na prática, reconhecer certo grau de exequibilidade ou jurisdição que [...] irá depender da normatividade de cada direito fundamental especificamente” (MIRANDA, 2019, p. 45), sendo jurisdição a capacidade do juiz de fazer valer o direito coativamente. Ausente essa característica da suscetibilidade de tutela jurisdicional, é possível, na classificação de Ricardo García Manrique, chamar de “fictício” o direito fundamental, em oposição ao “verdadeiro” (MANRIQUE, 2010 *apud* MIRANDA, 2019, p. 44-45).

Luís Roberto Barroso (2020, p. 517-518) afirma que, “em sua dimensão subjetiva, direitos fundamentais protegem posições jurídicas individuais, desfrutáveis ou exigíveis por um titular determinado, em proveito próprio”. Em contrapartida, em sua dimensão objetiva, o direito fundamental produz impacto sobre o ordenamento jurídico e sobre sua interpretação, ou seja, tem força irradiante, e gera deveres de

4 CR: “Art. 5º. [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

5 Não falaremos em “conceito jurídico indeterminado” de boa administração, pois, como leciona Binenbojm (2014, p. 231-232), “conceitos jurídicos indeterminados são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”; surgem esses conceitos quando o próprio legislador escolhe o uso de termos vagos e imprecisos. No caso, inexistente direito fundamental expresso em lei.

prestações positivas a serem realizadas por instituições específicas e procedimentos indispensáveis a seu funcionamento.

Ora, se é perfeitamente reconhecível a dimensão objetiva do direito fundamental à boa administração, é pífia sua aptidão à proteção de posições individuais. Então, mostra-se como “fictício” esse direito, ainda que Munõz (2012, p. 14) afirme (sem apresentar exemplo concreto) ser esse “exigível perante os Tribunais”.

Por ser direito transindividual, o direito à boa administração poderia ser (e é) rotineiramente defendido pelo Ministério Público, em sua atuação extrajudicial e judicial. Mas isso se faz propriamente por meio da defesa de seus corolários (transparência; probidade; legalidade etc.). Em pesquisa no Sistema Aptus (mecanismo de busca do Sistema Único)⁶ realizada em 1º.9.2020, não se encontrou causa, veiculada, por exemplo, em ação civil pública, na qual se pretendesse tutelar precisa e unicamente o direito fundamental à boa administração. Encontram-se referências a esse termo de busca, dentre outras, em ações de improbidade administrativa respeitantes a licitações. Na página de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁷ nenhuma decisão tem em sua ementa o termo “direito fundamental à boa administração”. O que se vê é que esse direito é invocado complementarmente em relação a outros direitos fundamentais de feição mais densa ou concreta.

Assim, é inegável o dever moral de boa administração. É inegável que as normas do ordenamento devam ser criadas (e interpretação também é criação) e obedecidas em busca do valor da boa administração. Contudo, há princípios aplicáveis à Administração Pública expressos e mais específicos, como o da eficiência e o da publicidade, os quais consistem em aspectos configurantes da boa administração e cuja acionabilidade se mostra mais praticável.

Quanto ao princípio da eficiência, sua relevância torna-se hoje preponderante, em vista do contexto nacional de escassez no consumo, produção e comercialização de produtos e serviços. A última crise fiscal brasileira iniciou-se em 2014 e aprofundou-se este ano com a pandemia de Covid-19. O Brasil encontra-se em recessão, marcada por forte queda do PIB.⁸

Então, se arrecadação de tributos decai, e a Administração Pública se deve pautar pela eficácia dos direitos fundamentais, inclusive realizando prestações positivas, sobretudo as referentes ao mínimo existencial (BARROSO, 2020, p. 517-518), o embate pelos recursos tende a se acentuar, e o contingenciamento já se opera.

6 O Único é a plataforma *on-line* de gestão de expedientes utilizada no Ministério Público Federal (MPF) há onze anos e em constante ampliação e aprimoramento de funções. O sistema é regido, entre outros atos normativos, pela Portaria PGR n. 350/2017, que o conceitua como meio eletrônico de prática de atos administrativos, procedimentais e processuais e de registro, distribuição, tramitação, instrução e controle de documentos, procedimentos e processos (art. 1º). Dele faz parte o mecanismo de busca textual Aptus, cujo *link* está disponível para consulta a qualquer interessado no Portal da Transparência do MPF.

7 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2020.

8 Cf. ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. PIB tem tobo recorde de 9,7% no 2º trimestre e Brasil entra de novo em recessão. *G1*, São Paulo e Rio de Janeiro, 1º set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/09/01/pib-tem-queda-recorde-de-97percent-no-2o-trimestre-e-brasil-entra-de-novo-em-recessao.ghtml>. Publicado em: 1º set. 2020. Acesso em: 2 set. 2020.

Da crise, quatro anos atrás, resultou a promulgação da Emenda Constitucional n. 95/2016, a qual, acrescentando dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, criou o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, a vigorar por vinte exercícios financeiros. Dentre outras medidas, os dispositivos estabeleceram limites individualizados, mediante a correção de valores do Orçamento Federal executados em 2016 por índices inflacionários, a vigorar a partir de 2017, para as despesas primárias do Poder Executivo, de órgãos do Legislativo e do Judiciário, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União. Constitucionalizou-se matéria até então tratada em leis complementares e ordinárias. Vedou-se a abertura de créditos especiais e suplementares. Estabeleceram-se, como sanções para o descumprimento desses limites, a proibição de incremento remuneratório ou em vantagens a agentes públicos; a proibição de criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; a proibição de realização de concursos públicos e admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições. Em suma: congelaram-se (em valores reais, não nominais) despesas federais.

Conforme dados do Portal⁹ da Transparência do MPF, em 30.8.2020, 31 dos 1.049 cargos de analista do MPU/Direito estavam vagos, bem como 21 cargos dos 612 procuradores, procuradores regionais e subprocuradores-gerais da República – excetuadas as reservas técnicas (vagas reservadas para investidas decorrentes do cumprimento de decisões judiciais). Ainda que não seja alta a taxa percentual de vacância, quem trabalha no MPF vive a percepção interna de carência crescente de servidores.

As tarefas do Ministério Público, a seu turno, não só mudaram historicamente, mas também cresceram. Alexander Araujo de Souza (2014) afirma que o Ministério Público surgiu como órgão destinado à proteção dos interesses do rei e para fiscalizar a lei posta pelo soberano; foi incumbido de funções acusatórias que permitiram a democratização do processo penal e a imparcialidade jurisdicional; passou a intervir judicialmente em favor de pessoas carentes ou necessitadas; e, finalmente, recebeu o encargo de tutelar direitos e interesses transindividuais. Como instituição autônoma, nos termos da Constituição Federal de 1988, destina-se “à tutela dos direitos fundamentais coletivamente considerados dos cidadãos, seja no âmbito penal, seja em âmbito cível, em juízo ou extrajudicialmente”. No século XXI, alargam-se suas funções no cenário transnacional.

Duas são as tendências de expansão relativamente às funções que o Ministério Público exerce atualmente: a) no âmbito cível, uma expansão que se iniciou na segunda metade do século XX, e já se encontra consolidada em diversos países, relativa à tutela não monopolística dos direitos transindividuais; b) no âmbito penal, uma expansão a nível transnacional. (SOUZA, 2014, p. 15).

É ampla a gama de interesses defendidos pelo Ministério Público Federal, sistematizados nas áreas de atuação correspondentes às sete Câmaras de Coordenação e Revisão (CCRs), mais a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão:¹⁰ Direitos

9 Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/gestao-de-pessoas/cargos-vagos-ocupados/servidores/2020/cargos-vagos-e-ocupados_2020_Julho.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

10 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/sobre/pgr>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Sociais e Fiscalização de Atos Administrativos em Geral; Criminal; Consumidor e Ordem Econômica; Meio Ambiente e Patrimônio Cultural; Combate à Corrupção; Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais; Controle Externo da Atividade Policial e Sistema Prisional; e Direitos do Cidadão.

Muitas das funções do *Parquet*, talvez a maior parte, são exercidas por meio da atuação em processos judiciais. No presente artigo, pretendemos analisar como se deve cumprir o dever de boa gestão de processos judiciais no MPF, em especial sob o prisma da eficiência.

2 · A GESTÃO DE PROCESSOS (INCLUSIVE JUDICIAIS) NOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MPF

É outro direito fundamental o acesso à justiça, e o Poder Judiciário brasileiro bem como as funções essenciais à justiça devem zelar por esse direito. Determinando sua realização, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (“Reforma do Judiciário”), assegura a razoável duração do processo. A tempestividade da prestação jurisdicional é considerada como necessária ao acesso à justiça, e a gestão processual é meio de incremento da celeridade (ANDRADE, 2020).

De modo amplo, gestão de processos é “um conjunto de práticas que têm o objetivo de buscar o aperfeiçoamento contínuo dos processos organizacionais de uma empresa ou instituição. Para tanto, os gestores se propõem a identificar, desenvolver, documentar, monitorar e controlar os processos da companhia” (FIA, 2019). A própria gestão de processos é também um processo, ou seja, conjunto organizado e sistemático de ações (FIA, 2019). Os processos organizacionais, a seu turno, são conjuntos de atividades realizadas por pessoas ou equipamentos de uma organização e “envolvem a transformação de insumos (entradas) para atender a um objetivo específico, de alguma forma relacionado com os resultados da empresa” (FIA, 2019). As etapas da gestão de processos são planejamento, modelagem, simulação, execução, monitoramento e melhorias (FIA, 2019).

Atentos à necessidade e à obrigação de boa gestão, nos últimos anos os tribunais brasileiros e os diferentes ramos do Ministério Público criaram secretarias e assessorias de gestão estratégica e escritórios de processos de trabalho.

O tema é atual – há mais de vinte anos, se considerarmos os influxos ideológicos e políticos que levaram à propositura da Emenda Constitucional n. 19/1998 (uma das apelidadas “Reforma Administrativa”), na qual se incluiu o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição da República – e vem sendo tratado sob diferentes recortes.

Uma das etapas da gestão de processos (que se faz em busca de resultados como a celeridade) é o planejamento. Rodrigo Pagani de Souza (2017, p. 40) vincula os resultados da Administração a seu planejamento, propondo

seja dada atenção maior, na formulação de normas sobre gestão pública, à precisa estipulação jurídica dos aspectos fundamentais das metas na administração pública. Por exemplo, cumpre ao Direito estipular não apenas que haverá metas

ou resultados a atingir, mas também delinear quais os possíveis conteúdos dessas metas; definir os meios a empregar ou ações a realizar para alcançá-las; exigir estudos ou estimativas de impacto das ações planejadas; desenhar os processos a seguir para elaboração das metas; definir formas de monitoramento de sua execução e avaliação dos resultados efetivamente alcançados; estabelecer previamente quais as consequências do seu descumprimento (sancionatórias ou não, a depender do caso), sempre fixando, de resto, as competências para realizar tudo isso. Cumpre, numa palavra, levar a sério a aspiração de uma administração de resultados, mediante precisa estipulação jurídica dos seus aspectos fundamentais.

Moreira Neto (2008, p. 125-128), ao cuidar dos “resultados” como paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo, ressalta a inafastabilidade do prévio planejamento.

Devido à importância do tema, uma das dez comissões do Conselho Nacional do Ministério Público é a de Planejamento Estratégico,¹¹ e o conselho instituiu em 2012 o Fórum Nacional de Gestão.¹²

Também por isso, o MPF elaborou, há uma década, seu primeiro planejamento estratégico institucional.

O planejamento estratégico deve ser entendido como um plano de ação que leva a organização a definir seus objetivos e qual a melhor forma de alcançá-los, a partir da reflexão sobre sua missão, seus valores e sobre como deseja ser reconhecida. Ele é projetado para longo prazo e busca resolutividade na atuação e satisfação dos clientes. No caso dos órgãos públicos, o cliente é a sociedade.¹³

Conforme definido no art. 2º da Portaria PGR n. 687/2011 (Planejamento Estratégico 2011-2020 – prorrogado até 2021 por meio da Decisão PGR n. 17/2020, visto que se encontra em elaboração o próximo PEI), a missão do MPF é “promover a realização da Justiça, a bem da sociedade e em defesa do Estado Democrático de Direito”.

A Portaria PGR n. 687/2011 evidencia a visão multidimensional da realidade do MPF e a preocupação com o uso racional dos recursos institucionais e com a obtenção de resultados práticos:

Art. 3º Os objetivos estratégicos do MPF estão distribuídos em três perspectivas e sete temas, conforme elencados abaixo:

I - Perspectiva Aprendizado e Crescimento:

- a) objetivo 1: Trabalhar alinhado à estratégia com foco em resultados;
- b) objetivo 2: Desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos membros e dos servidores;
- c) objetivo 3: Assegurar a atratividade das carreiras do MPF; e
- d) objetivo 4: Prover soluções de tecnologia da informação e comunicação alinhadas com a estratégia.

II - Perspectiva Processos Internos:

11 Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/apresentacao>. Acesso em: 2 set. 2020.

12 Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/atuacao/fng/o-forum/apresentacao>. Acesso em: 2 set. 2020.

13 Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/intranet/novoplanejamento#oquee>. Acesso em: 16 ago. 2020.

a) tema 1 - Sustentabilidade orçamentária:

1 - objetivo 5: Assegurar a transparência e a qualidade do gasto e da gestão orçamentária; e

2 - objetivo 6: Estabelecer prioridades claras na realização de investimentos.

b) tema 2 - Comunicação e conhecimento:

1 - objetivo 7: Implementar o processo de Gestão do Conhecimento;

2 - objetivo 8: Fomentar relacionamento com públicos de interesse; e

3 - objetivo 9: Institucionalizar uma política que aperfeiçoe a comunicação interna, a comunicação com a sociedade e a comunicação com a imprensa.

c) tema 3 - Modelo de gestão - objetivo 10: Proporcionar uma atuação institucional estratégica, efetiva, célere, transparente e sustentável.

d) tema 4 - Estrutura:

1 - objetivo 11: Fortalecer as estruturas de apoio à investigação;

2 - objetivo 12: Fortalecer a segurança institucional;

3 - objetivo 13: Assegurar corpo pericial flexível às demandas; e

4 - objetivo 14: Adequar a estrutura para uma atuação institucional eficiente e segura.

e) tema 5 - Modelo de atuação:

1 - objetivo 15: Atuar de forma integrada, coordenada e regionalizada;

2 - objetivo 16: Fortalecer a atuação extrajudicial;

3 - objetivo 17: Aperfeiçoar a atuação judicial; e

4 - objetivo 18: Garantir o pleno exercício do poder investigatório.

f) tema 6 - Fortalecimento da Instituição:

1 - objetivo 19: Fomentar e acompanhar a produção de proposições legislativas no interesse da realização da Missão; e

2 - objetivo 20: Buscar maior protagonismo da Instituição perante a sociedade civil em temas relevantes para o MPF.

III - Perspectiva Sociedade:

a) tema 7 - Ser percebida com uma Instituição que atue efetivamente na defesa da sociedade por meio de:

1 - objetivo 21: Combate à criminalidade e à corrupção;

2 - objetivo 22: Proteção do Regime Democrático e promoção dos Direitos Fundamentais;

3 - objetivo 23: Atuação preventiva;

4 - objetivo 24: Aproximação com o cidadão; e

5 - objetivo 25: Trabalho em grupo e parcerias.

Percebe-se o alinhamento do Planejamento Estratégico com o espírito do art. 74 da Constituição Federal.¹⁴ O planejamento é feito para que a missão institucional

¹⁴ “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; [...]”

seja cumprida de maneira efetiva e, no posterior controle, assim se o ateste ou se verifique a necessidade de correção de rumos.

São indicadores, definidos no Anexo IV da Portaria n. 687/2011, entre outros: na atuação extrajudicial, os números de cumprimento de recomendações, o número de arquivamentos definitivos e a quantidade de termos de ajustamento de conduta celebrados e os percentuais de prescrição; na atuação judicial, os percentuais de “favorabilidade no ajuizamento de ações” e de “favorabilidade das ações judiciais”; os percentuais específicos de favorabilidade das ações de improbidade, das ações criminais, das ações cíveis/tutela e das ações eleitorais; a quantidade de condenações em processos referentes ao combate à criminalidade e à corrupção; e os percentuais de prescrição. Alguns dos métodos de mensuração estão em revisão.¹⁵

Ademais, a gestão dos serviços ministeriais é tema permanentemente debatido e estudado no MPU. Para se trazer exemplo recente, o InovaEscola – Laboratório de Aprendizagem e de Transformação da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), entre outras iniciativas, tem promovido ciclos de debates em 2020. Já se tratou do uso do *design* na melhoria dos serviços públicos e de “tópicos como Internet das Coisas (IoT), dados e Inteligência Artificial (IA) e as perspectivas e os desafios da implementação de ferramentas de IA no setor público e privado” (CAPESMPU, 2020).

Em 31 de agosto de 2020, foi publicada a Portaria SG/MPF n. 18/2020, que criou a Comissão Permanente de Apoio à Gestão Estratégica e designou sua composição. Conforme noticiado, a “proposta idealizada pela Secretaria de Modernização e Gestão Estratégica (SGE) busca fortalecer o alinhamento entre as unidades e a Secretaria e agregar a realidade das unidades na definição de ações estratégicas do MPF” (PGR-SECOM, 2020d).

Também recentemente, a Instrução de Serviço n. 1, de 29 de maio de 2020, da Secretaria Adjunta de Modernização e Gestão Estratégica do Ministério Público Federal, veio instituir e dispor sobre a Metodologia de Gestão de Processos (no sentido amplo) no âmbito do MPF. Propõe “desenvolver e disseminar métodos, padrões e soluções para viabilizar a gestão de processos como instrumento contínuo da gestão estratégica” (art. 1º). Define atribuições do Escritório de Processos Organizacionais do Ministério Público Federal (EPO/MPF) e dos Escritórios de Processos Locais (EPOs Locais). Na Cadeia de Valor do MPF descrita na instrução, os resultados institucionais esperados são a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a defesa da ordem jurídica e a defesa do regime democrático. Os “clientes” são a sociedade e o Poder Judiciário. Os “produtos” são: ajuizamento de ações; subsídio a processos judiciais; aprimoramento jurisprudencial; aprimoramento de orientações extrajudiciais; instauração de inquéritos civis públicos; recomendações; termos de ajustamento de conduta; recomposição de danos; melhoria de indicadores sociais, culturais, econômicos e ambientais. Para fins da Instrução n. 1/2020, consideram-se:

Processos: conjunto de atividades interdependentes, realizadas de forma contínua e padronizada, ordenadas no tempo e no espaço de forma encadeada, que

15 Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/planejamento-estrategico/finalidades-e-objetivos-estrategicos/2020/finalidades-e-objetivos-estrategicos_2020_Julho.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

transformam insumos (bens tangíveis e intangíveis-demandas, dados, equipamentos) em saídas (produtos, serviços, informações) que produzem resultados e agregam valor à Instituição.

Processos finalísticos: aqueles ligados à essência do MPF, estão diretamente relacionados à missão do órgão. Esses processos recebem apoio de outros processos internos e entregam valor diretamente ao cidadão.

Processos de gerenciamento: aqueles que o orientam a tomada de decisão, promovem a formulação de políticas e o estabelecimento das diretrizes visando o alcance dos objetivos e metas institucionais. São responsáveis por coordenar os recursos e meios necessários à melhoria do desempenho organizacional e otimizar a execução dos processos finalísticos e de suporte. São processos que entregam valor para outros processos e não diretamente aos cidadãos.

Processos de suporte: aqueles ligados ao funcionamento básico da organização. Têm a função de oferecer apoio aos processos finalísticos, aos de gerenciamento e a outros processos de suporte. São processos que entregam valor para outros processos e não diretamente aos cidadãos.

As decisões de gestão processual aqui estudadas são, dessa forma, processos finalísticos e de gerenciamento.

No que tange aos processos *judiciais*, a perspectiva da gestão de processos é aplicável e tem merecido desenvolvimentos. Fala-se hoje em juiz-gestor de pessoas (LOPES, 2013). Fala-se em gestão processual nos tribunais como mecanismo indutor de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional (FIOREZE, 2011). O Conselho Nacional de Justiça, em julho de 2020, publicou o manual *Gestão Processual no Tribunal do Júri*.¹⁶

Ricardo Fioreze (2011, p. 262-264) considera que o Poder Judiciário, “como integrante da Administração Pública” e objetivando “a prestação de tutela jurisdicional dotada de efetividade e tempestividade – capaz, em tempo razoável, de assegurar resultados úteis aos seus destinatários”, é ambiente propício ao exercício da gestão pública, visto ser “indispensável que os recursos disponíveis sejam utilizados de modo mais eficiente”:

Entre os recursos disponíveis, o principal deles – e para o qual convergem os demais, em especial os recursos humanos, por meio das atividades deles resultantes – é o processo, meio do qual se vale o Estado para empreender a atividade jurisdicional, que consiste em uma série de atos interligados e coordenados com o objetivo de prestar a tutela jurisdicional justa, cuja exteriorização, por sua vez, se faz por meio do procedimento.

O processo, seja por uma perspectiva estática, como método, seja por uma perspectiva dinâmica, como sucessão de atos, também deve ser alvo de gestão. Aliás, na concepção de processo organizacional ou processo de trabalho, o processo (judicial) pode ser visualizado como entrada (insumo) – pois corresponde a um método, uma disciplina procedimental –, transformação (execução de atividades) – os vários atos praticados no curso do procedimento transformam entradas em saídas – e saída (produto ou serviço) – vários atos que compõem o procedimento representam resultados das transformações, como, por exemplo,

16 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Gesta%CC%83o_processual_no_Tribunal_do_Ju%CC%81ri_02_07.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

a sentença, que, em apertada síntese, é o produto de certificação do direito que resulta da transformação, por meio de atividade intelectual do juiz, das alegações formuladas pelas partes nos autos.

A intensa disciplina legal a cuja observância se submete o processo não torna inócua a gestão de sua tramitação. Ao contrário, conforme o contexto, o processo (judicial) corresponde a um dos elementos que compõem os processos de trabalho (entrada, transformação e saída) adotados pelos órgãos judiciários.

A gestão da tramitação processual – ou, simplesmente, gestão processual – incumbe ao juiz, como decorrência da condição de diretor do processo que lhe é reservada – embora, em muitas situações, a atribuição pode e deve ser delegada aos seus auxiliares. (FIOREZE, 2011, p. 263).

Quanto ao MPF, existem decisões de gestão processual tomadas em nível macroinstitucional, tais como a introdução da sistemática de ofícios; a própria alocação de unidades, cargos, funções e ofícios; a criação de ofícios de atuação concentrada ou polos de atuação, levando-se em conta a carga de trabalho prevista em cada região do País ou dos estados e a situação orçamentária verificada. O uso das estatísticas (Único) e BIs norteiam, em diferentes esferas, o planejamento do MPF; o Sistema para Mapeamento de Ofícios e Funções (MOF)¹⁷ auxilia na tarefa. Em 2018 e em 2019, para fazer frente às limitações impostas pela Emenda Constitucional n. 95/2016, vários ofícios do MPF sofreram redistribuição temporária ou fusão, após autorização do Conselho Superior do MPF (CSMPF).¹⁸ Em 2019, a então procuradora-geral da República apresentou ao CSMPF proposta de resolução que instituiu “ofícios de atuação concentrada em polos no âmbito do MPF”, com o fito de “agregar novos modelos de trabalho, sobretudo em momento de restrição orçamentária”, para “viabilizar um novo modelo de especialização da atuação institucional com foco na solução de problemas complexos em áreas como meio ambiente, criminal e de tutela coletiva”, preservando-se, contudo, “os princípios da inamovibilidade, da independência funcional e do promotor natural” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019a).

17 Sistema fruto de projeto da 7ª CCR e usado ao menos pela 1ª CCR. “A plataforma tem como principal objetivo facilitar a organização e visualização dos Ofícios e Funções dos membros, dos Grupos de Trabalho (GTs), relatorias e comissões vinculadas às diversas áreas de atuação das Câmaras. Além de informações relacionadas à composição e estrutura organizacional da 1ª CCR, estão disponíveis dados relacionados aos membros vinculados à temática da Câmara, tais como informações de contato e histórico da atuação nos diversos Ofícios, Câmaras e GTs” (PGR-SECOM, 2020b).

18 “Nesta semana, o secretário-geral, Alexandre Camanho, encaminhou ao Conselho Superior do MPF nota técnica referente à proposta de fechamento da PRM Joaçaba e da PRM Rio do Sul, com deslocamento de seus ofícios únicos para a PR/SC. Além disso, está em análise no CSMPF a indicação de fusão de outras 11 unidades do MPF: PRM Laranjal com a PR/AP, PRM Oiapoque com a PR/AP, PRM Janaúba com a PRM Montes Claros (MG), PRM Poços de Caldas com a PRM Pouso Alegre (MG), PRM Ituiutaba com a PRM Uberlândia (MG), PRM Cabo de Santo Agostinho/Palmares com a PR/PE, a PRM Goiana com a PR/PE, a PRM Guajará-Mirim com a PR/RO, PRM Canoas com a PR/RS, PRM Lagarto com a PR/SE e a PRM Propriá com a PR/SE. Ao longo de 2018, o Conselho Superior autorizou uma fusão (da PRM Cachoeira do Sul à PRM Santa Cruz do Sul) e sete redistribuições temporárias de ofícios: da PRM Coxim para a PR/MS, da PRM Itapipoca para a PR/CE, da PRM Itumbiara para a PR/GO, da PRM Assu (RN) para a PRM Mossoró (RN), da PRM Tefé para a PR/AM, da PRM Tucuruí para a PR/PA e da PRM Apucarana (PR) para a PRM Londrina (PR).” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019b).

Afetando mediatamente as decisões individuais de gestão processual, os planejamentos temáticos¹⁹ e as orientações das câmaras de coordenação e revisão promovem a realização dos princípios da unidade e da eficiência. A edição de manuais de atuação igualmente o faz.

Em cada uma das unidades do MPF, a divisão em núcleos (geralmente cível, criminal e de combate à corrupção), as regras de distribuição processual e os subsequentes parâmetros inseridos no Sistema Único (grupos de distribuição, limites, desonerações) se baseiam de alguma forma no quantitativo de expedientes, por matéria, historicamente recebido.

No que é pertinente à gestão realizada pelos membros e integrantes de gabinetes, foco deste artigo, também vêm sendo feitos estudos no MPF. Em 29 de novembro de 2019, foi publicada a portaria que designou os integrantes da equipe do projeto “Inovação do apoio administrativo aos Gabinetes de Procuradores da República”, tocado pela Assessoria de Planejamento Estratégico (APGE) da Procuradoria da República no Distrito Federal. Essa APGE vem empreendendo diagnóstico da distribuição de tarefas entre integrantes das assessorias – cadastramento de peças em sistemas eletrônicos, controle de prazos, registro de participação do membro em audiências, elaboração e envio de ofícios, intimações e memorandos –, inclusive por meio de questionário enviado aos gabinetes de todos os membros do MPF.²⁰

3 · PROPOSTA DE ROL DE DECISÕES DE GESTÃO PROCESSUAL

Conceituaremos gestão processual, para nossos fins, como o emprego de recursos organizacionais do MPF (entradas) no objetivo da produção de manifestações em sede judicial (saídas), bem como o planejamento requerido para esse emprego.²¹ Essa atividade de gestão envolve o pensamento estratégico e as práticas sistemáticas da observação e do questionamento.

Em seguida, conceituaremos como *boa e eficiente* gestão o dispêndio de tempo e energia no que realmente importa: no imprescindível ou no desejável, no que transforma a realidade no sentido pretendido. Para tanto, no contexto do exercício das funções constitucionais do Ministério Público, o impacto da atuação ministerial deve se refletir no proporcional dimensionamento do tempo e da energia a serem despendidos no ato. Causas de maior impacto, no que diz respeito aos interesses da coletividade, devem receber maior atenção e tempo dos servidores e membros do MPF. Atos puramente mecânicos devem ser realizados no menor tempo possível, com o mínimo de energia possível.

Tratemos, desse modo, do que realmente importa. Nos feitos judiciais, o Ministério Público é voz que busca ser ouvida pelo Judiciário; o caráter de suas promoções é argumentativo e não decisório. Então, o que realmente produz efeito, quando se fala em atividade essencial à justiça – logo, atividade de demanda –, é o que convence, logo influencia o órgão julgador e leva ao atingimento da decisão

19 Em maio de 2019, a 7ª CCR aprovou planejamento temático para o biênio 2019-2020 (PGR-SECOM, 2019b).

20 Ofício Circular n. 20/2020, de 5 de agosto de 2020 – etiqueta Único PR-DF-00064922/2020.

21 Não se trata, portanto, da gestão processual realizada pelo juiz da causa no termos do art. 139 do Código de Processo Civil.

favorável; ou, ainda, em caso contrário, o que lança sementes de ideias, abrindo caminhos para a mudança de jurisprudência ou de costumes.

Por conseguinte, as saídas (produtos ou serviços) ministeriais, como as peças processuais, são prestações promocionais; são discurso, lãbia, comunicação, persuasão. Atuar em processos judiciais é, em essência, escrever e apresentar manifestações (peças), despachar com juízes, desembargadores ou ministros, oficiar em audiências ou sessões de julgamento e prestar atendimento às partes e informações à imprensa.

Não convém estabelecer limite rígido entre boa administração na atividade-fim e boa administração na atividade-meio. Se as boas instalações físicas e o bom cafezinho propiciam a melhor atuação dos agentes do MPF em processos judiciais, é visível o quão indireta a relação de causalidade se faz. Intermediariamente, podemos falar de questões como o treinamento e a atualização de pessoal, bem como os cuidados com o *networking*, as quais podem ou não influenciar a atuação contenciosa. Os recursos tecnológicos, da mesma forma, podem ou não influir na atividade de gestão. Como exemplo positivo, a lei do processo eletrônico (Lei n. 11.419/2006) estabeleceu regras que possibilitaram o uso juridicamente válido de sistemas de informação como instrumentos da gestão processual; nesse sentido, a integração (interoperabilidade) de sistemas do MPF com Polícia Federal²² e com o Poder Judiciário²³ produz ganho de eficiência nas consultas e no cadastramento de manifestações. Trata-se, porém, de providências realizadas em nível institucional, não individual.

Sob a ótica da gestão processual direta e imediata, buscaremos neste item esboçar rol de métodos, técnicas ou parâmetros utilizáveis:

- a. escolhas pré-processuais, conforme prioridades, de arquivamento, investigação e proposição de demanda;²⁴ escolhas processuais de interposição de recurso ou de mera manifestação de ciência de decisão desfavorável; a conformidade da decisão à jurisprudência deve ser um dos nortes;
- b. uso de formulários – a PGR, por exemplo, passou a adotar, em agosto de 2020, formulário para o recebimento de representações; o instrumento organiza as informações apresentadas, o que facilita a triagem e o encaminhamento das notícias;
- c. escolhas de intervenção ou não nos expedientes cíveis, quando cabíveis, visto que, diferentemente do Poder Judiciário, regido pela regra da vedação do *non liquet*, o Ministério Público tem alguma margem de escolha dos casos socialmente mais relevantes;²⁵

22 A Procuradoria-Geral da República e a Diretoria-Geral da Polícia Federal trataram do assunto no segundo semestre de 2020 (PGR-SECOM, 2020c).

23 Interoperabilidade com o sistema mais utilizado. Na PRR2, em 17.8.2020, iniciou-se a interoperabilidade entre Sistema Único e eproc, finalizando-se a interoperabilidade Único-Apolo, sistema utilizado há mais tempo e em vias de substituição pelo eproc.

24 Cf. PGR adota procedimento para otimizar análise de representações criminais. Formulário com hipóteses de arquivamento, previstas em normas e lei, permite dar respostas mais céleres à sociedade. *Notícias PGR*, Brasília, 22 ago. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-adota-procedimento-para-otimizar-analise-de-representacoes-criminais>. Acesso em: 24 ago. 2020.

25 Segundo Freitas (2014, p. 15), na decisão administrativa, devem-se “expor os fundamentos fáticos e jurídicos da eleição de prioridades, de maneira intertemporalmente consistente”.

- d. priorizações referentes à atuação como parte ou como *custos legis*; em processos criminais ou cíveis, é possível eventualmente priorizar-se a atuação como parte; em vista do princípio da unidade, muitas vezes a manifestação como *custos iuris* é convergente com a atuação da parte, o que torna despcienda a repetição de argumentos para aquele e mais decisiva a atuação desta;
- e. busca, em qualquer fase, da celebração de negócios processuais, quando cabíveis – suspensão condicional do processo, transação penal, colaboração premiada, no processo penal; acordos pré-processuais (como termo de ajustamento de conduta, na tutela coletiva) ou processuais, sobre direito material ou sobre procedimento, nos processos cíveis;
- f. priorização dos feitos de impacto coletivo em detrimento de feitos de impacto individual; suscitação de incidentes de resolução de demandas repetitivas, incidentes de assunção de competência ou outros instrumentos de resolução de dissídios em massa;
- g. prevenção de nulidades processuais; manifestação pelo saneamento das nulidades, quando possível; busca de promoções conformes à jurisprudência;
- h. busca de atuação conforme aos atos normativos do CNMP, às orientações das câmaras de coordenação e revisão e às diretrizes das corregedorias;
- i. escolha de casos nos quais se despachará com o magistrado ou com seus assessores e/ou se fará sustentação oral, tomando-se como parâmetro a fundamentalidade dos direitos envolvidos, as qualidades da parte, a repercussão atual ou previsível do caso na imprensa e na sociedade, o posicionamento dos colegas atuantes nas diferentes instâncias, a probabilidade da procedência da demanda ou do provimento do recurso;
- j. simplificação material de manifestações – manifestação sobre o óbice processual com abstenção de posicionamento sobre mérito, se possível e suficiente;²⁶ elaboração de parecer por referência ou remissão, com transcrição, na manifestação do *custos legis*, de argumentações do MPF-parte;
- k. aspectos formais das manifestações – uso de ementas em pareceres, tabelas comparativas (por exemplo, no cotejo de jurisprudência em recurso especial) e imagens, quando cabíveis, como reforço do poder de convencimento; concisão e limite da extensão das peças; simplicidade da linguagem, sobretudo em hipótese de declínio da intervenção e nas ciências;²⁷ uso de manifestação única para vários processos; elaboração de manifestações sem cabeçalho (sem número do processo nem nome das partes);
- l. racionalização com o uso de modelos – uso de modelos do próprio gabinete ou obtidos de outros gabinetes, inclusive por meio de pesquisas no Sistema Aptus; uso de modelos sugeridos por mecanismos de inteligência artificial;²⁸

26 Em geral, o princípio da prevalência do julgamento do mérito não impede essa forma de atuação como *custos* em recurso, pois o mérito já se encontra apreciado em instância inferior no momento da análise.

27 Sistemas eletrônicos mais modernos, como o eproc, utilizado pelo Tribunal Regional da 2ª Região, permitem a exaração de “ciente, com renúncia ao prazo [recursal]” sem a necessidade de redação de uma única linha.

28 Como os que o Tribunal de Justiça de Rondônia já utiliza (sistema Sinapses). O uso de modelos decorre do pensamento decorrente do modo de produção industrial fordista, em série ou em linha

- m. racionalização com o uso de ferramentas de tecnologia – acompanhamento, mediante mecanismo *push*, de movimentações de processos referentes a casos mais sensíveis; uso de sistema para acompanhamento do cumprimento de obrigações pactuadas;²⁹ novamente, uso de inteligência artificial;³⁰ de modo informal, grupos de aplicativos como WhatsApp ou Telegram podem ser utilizados para a troca de informações sobre processos judiciais;
- n. gestão de pessoas – divisão (delegações e subdelegações) de tarefas na equipe do gabinete conforme as capacidades e qualificações – membro, assessor, analista, estagiário, secretário ou assistente; por exemplo, com a atribuição de casos mais complexos aos menos experientes; solicitações de reforço às assessorias em caso de necessidade excepcional;
- o. controle de prazos, por meio de elaboração de tabelas ou pelo registro no Sistema Único.

4 · MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECISÕES DA GESTÃO PROCESSUAL COMO ATOS ADMINISTRATIVOS

De muitas maneiras se exerce a função promocional do MPF: na realização de eventos, dentre eles as audiências públicas; na elaboração e distribuição de material educativo; na articulação parlamentar e na expedição de notas técnicas ao Legislativo Federal etc. Entretanto, nosso foco é a atuação em processos judiciais. Por conseguinte, entendemos que o problema ou questão da (boa) gestão processual situa-se na fronteira entre o Direito Administrativo e o Processual. E, portanto, as normas fundamentais do Código de Processo Civil,³¹ de aplicabilidade em todos os ramos do Direito Processual,³² imperam.

Ainda assim, o membro e o servidor do MPF prestam serviço público ao gerir processos? Podem as decisões de gestão processual ser consideradas como atos

de montagem. Na escrita das manifestações, é patente o ganho de eficiência verificado com o uso de modelos como ponto de partida.

- 29 Em 2019, a PGR iniciou o uso do Sistema de Monitoramento de Colaborações. “Além de informações em tempo real, Simco permite adotar providências para garantir pagamento de multas e cumprimento de medidas penais” ajustadas em acordos de colaboração premiada (PGR-SECOM, 2019a).
- 30 A inteligência artificial já é utilizada na atividade extrajudicial do MPF, em apoio na revisão de arquivamentos para fins de homologação. É previsível que, num médio prazo, expanda-se o uso para a atuação no contencioso judicial. “Único IA: 5ª CCR passará a utilizar funcionalidade de Inteligência Artificial. Funcionalidade já é usada pela 1ª CCR e automatiza sugestões de homologação de arquivamento de procedimentos, acelerando o trabalho de avaliação do analista. [...] Com a nova versão, um robô passa a fazer sugestão de homologação” (PGR-SECOM, 2020a).
- 31 Dentre elas: “Art. 3º [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.
- 32 Código de Processo Civil: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”; arts. 139, 362, 638 e 790 do Código de Processo Penal etc.

administrativos para os fins do cumprimento do dever fundamental de boa administração? A doutrina administrativista pode ser considerada um bom enfoque dessas atividades e as normas administrativas incidem nesse *métier*?

“O direito administrativo deveria ser pandêmico: sempre”, pois “de trás do termo pandemia está a ideia de espalhar em todo o povo” (TOMELIN, 2020, p. 35). Sim, é preciso admitir que o *Parquet* exerce funções administrativas em sua atuação finalística e tem facetas de serviço público. A atividade jurisdicional é espécie de serviço público (FIOREZE, 2011, p. 259), e a atividade ministerial, essencial ao exercício da função jurisdicional, também o é.

Em primeiro lugar, os membros e servidores do MPF são agentes públicos, regidos por leis específicas. Ainda que, nos termos do conceito de Marçal Justen Filho (2010, p. 854), servidor público seja

pessoa física que atua como órgão de pessoa jurídica de direito público mediante vínculo jurídico de direito público, caracterizado pela investidura em posição jurídica criada por lei, pela ausência de função política, pela ausência de integração em corporações militares e pela remuneração proveniente dos cofres públicos.

Nota-se que apenas a função política descaracterizaria os membros do *Parquet*; as demais são compartilhadas. Contudo, o próprio Justen Filho (2010, p. 856) explicita que “o não exercício de atividade política” significa que o fundamento da investidura do sujeito não seja a escolha pelo voto popular e, como decorrência, que o desempenho das funções correspondentes não traduza “escolhas discricionárias da população”. Logo, nos termos expostos pelo autor, o enquadramento dos procuradores da República como servidores públicos estatutários é possível.

Em segundo lugar, a Administração Pública em sentido estrito e objetivo é a atividade de realização da função administrativa, ou seja, de concreta execução da vontade do Estado contida na lei. Sua finalidade é a satisfação direta e imediata dos fins do Estado ou dos interesses coletivos, e seu regime jurídico é predominantemente de direito público (DI PIETRO, 2015, p. 88-91). Função, por sua vez, é um conjunto de atribuições vinculadas à realização de determinadas finalidades. “Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*” [grifos no original] (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 193).

Como o Ministério Público executa a vontade da lei em regime de direito público para satisfazer diretamente a interesses coletivos, conclui-se que o órgão exerce função administrativa e compõe a Administração Pública.

Por outro lado, o conceito de Direito Administrativo de Di Pietro (2015, p. 89) exclui a atividade contenciosa do âmbito de incidência das normas de Direito Administrativo:

[R]amo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Maria Sylvia Di Pietro enumera como espécies de atividades de Administração Pública em sentido objetivo o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Conceitua serviço público exatamente como Administração Pública em sentido objetivo (“toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público”) e

traz como exemplos os serviços postal, de telecomunicações, de fornecimento de energia, transporte etc., passando longe de qualquer atividade jurídica ou promocional.

Parece demasiadamente restritivo conceito, pois o trabalho referente à atuação em processos judiciais é *serviço*, em oposição ao fornecimento de bens materiais – nenhum advogado duvida que é prestador de serviços, por exemplo –, e o membro do Ministério Público funciona como advogado da sociedade. Sem dúvida sua atuação se dá em função pública.

Justen Filho (2010, p. 569) define serviço público como a “atividade prestacional da Administração Pública, destinada a fornecer utilidades necessárias diretamente à realização dos direitos fundamentais” e consistente do fornecimento de bens materiais e imateriais. Embora o autor apenas cite como exemplos a distribuição de energia elétrica e o transporte coletivo de passageiros, resta evidente que o fornecimento de bens imateriais é precisamente a prestação de serviços. Além disso, o acesso à justiça é diretamente necessário à realização dos direitos fundamentais.

Amaral e Guimarães (2013, p. 655) não titubeiam ao afirmar que o Ministério Público, em sua atividade-fim, exerce função administrativa. Segundo os autores, as competências dos órgãos do Ministério Público existem em função dos direitos fundamentais dos administrados que lhes cabe tutelar.

Ribeiro (2015, p. 32-35) classifica o Ministério Público como órgão de soberania. Na configuração dos Poderes da República no Brasil, é quase um “quarto poder”; embora lotado no Executivo, é autônomo. Todavia, conforme Ribeiro (2015, p. 101-102),

a tentativa de vários doutrinadores nacionais e alienígenas de esboçar definitivamente as características das funções típicas levadas a cabo pelo Estado restou frustrada. As conclusões, desalinhas e assimétricas, ora considerando aspectos orgânicos de cada uma das funções, ora fixando-se nos aspectos materiais, são incapazes, de maneira peremptória, de compartimentar as várias atividades, principalmente nessa quadra, levando-se em conta a realidade do Estado brasileiro, nas três funções típicas reconhecidas pela doutrina.

São características da função administrativa listadas por Paulo Modesto (2006 *apud* RIBEIRO, 2015, p. 104-116):

(1) atividade polinuclear; (2) instrumental e subalterna; (3) exercida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes; (4) realizada sob a lei ou para dar aplicação estritamente vinculada à norma constitucional; (5) produzida por órgãos hierarquizados; (6) sujeita à dupla sindicabilidade jurídica; (7) com o objetivo de dar concreção às finalidades estabelecidas pelo sistema do direito positivo como sendo dever do Estado.

O qualificativo “subalterno” é típico de regimes antidemocráticos e desiguais, e destilado com o fim de separar agentes políticos de agentes administrativos. A dicotomia é frequentemente falha, visto que os titulares dos Poderes da República também se sujeitam ao regime jurídico-administrativo em muitos de seus atos. Quanto ao item 5 da lista de Modesto, segundo a qual a função administrativa é exercida por órgãos hierarquizados (internamente), Ribeiro (2015, p. 105-106) considera a característica da hierarquia compatível com a independência funcional do *Parquet*. Dispositivos como os arts. 5º e 10 da Lei Orgânica do Ministério Público indicariam isso. Ademais, o procurador-geral de Justiça resolve conflitos de atribuição e expede recomendações;

o fato de o arquivamento de peças informativas e de inquérito civil ser passível de revisão também comprovaria a existência de hierarquia e controle interno.

Emerson Garcia (2017, p. 110-111) considera que a “natureza jurídica do Ministério Público, a exemplo de outras estruturas organizacionais dotadas de autonomia (v.g.: os Tribunais de Contas), ocupa uma posição intermediária entre as teorias do órgão e da pessoa jurídica”. Além disso, as “atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público também permitem que a Instituição passe a ostentar uma pequena semelhança em relação aos órgãos administrativos”.

Em terceiro lugar, é visível a incidência de normas atinentes a serviços públicos sobre as atividades ministeriais, ainda que ausente a figura do usuário (individualizado) dessas prestações. Por exemplo, a Lei n. 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos, conceitua, em seu art. 2º, serviço público como a “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”, e Administração Pública como “órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública”. Vê-se que a advocacia e a defensoria públicas, ambas funções essenciais à justiça previstas no Capítulo IV do Título IV da Constituição da República e ambas instituições prestadoras de serviços referentes ao contencioso judicial, são consideradas pelo legislador como integrantes da Administração Pública, o que, no mínimo, aproxima o Ministério Público do rol legal, por analogia. Aliás, em seu Planejamento Estratégico, o próprio MPF se coloca na missão de prestar serviços ao “cliente” sociedade.

Assim, sem desconhecer a predominância da face político-jurídica e autônoma do Ministério Público, “agente da vontade política transformadora” ou “agente da sociedade civil” (GOULART, 2020, p. 107 e 140) destinado a defender o regime democrático e os direitos fundamentais, inclusive em posição contramajoritária, é possível considerar como serviço público ou como atividade administrativa em sentido amplo a prestação ministerial.

Essa atividade se materializa sobretudo por meio de atos administrativos. Estes são manifestações de vontade funcional aptas a gerar efeitos jurídicos, produzidas no exercício de função administrativa (JUSTEN FILHO, 2010, p. 316). Essa emanção de vontade pode traduzir-se de modo direto ou indireto, por meio da movimentação física do corpo humano ou por instrumentos. Assim, quando uma petição recebe o carimbo de um equipamento, no protocolo de uma repartição pública, existe manifestação *indireta* de vontade. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 317, grifo do original).

Além disso, o próprio silêncio pode consistir em manifestação de vontade (JUSTEN FILHO, 2010, p. 323-324). O gestual de um guarda de trânsito é recorrentemente citado como exemplo de ato administrativo.

As escolhas de gestão processual podem ser feitas *expressa ou tacitamente* nos gabinetes dos procuradores da República; decisões podem ser delegadas às assessorias, ou resultar da conjugação das atividades de mais de uma pessoa (como atos compostos). Essas características não afastam a possibilidade de caracterização das decisões ora estudadas como atos administrativos.

Vontade funcional é aquela objetivamente vinculada à satisfação de necessidades coletivas, e pode-se “aludir a uma vontade institucional, indicando o vínculo entre a decisão do indivíduo e a realização dos fins que norteiam a instituição em que ele se integra” (JUSTEN FILHO, p. 317).

São aspectos do ato administrativo o sujeito (o agente público), o conteúdo ou objeto (aquilo que por ele é determinado ou estabelecido), a forma (modo de exteriorização do ato), o motivo (causa jurídica eleita pelo agente para a produção do ato) e a finalidade (resultado ou interesse que se busca satisfazer por meio do ato) (JUSTEN FILHO, 2010, p. 333-334).

A competência administrativa, por sua vez, é a atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo pelo órgão público ou pessoa investida de cargo (JUSTEN FILHO, 2010, p. 334-336).

A forma do ato tem natureza instrumental – sua disciplina visa realizar o valor da segurança jurídica –, e quanto a esse aspecto, incide o princípio da proporcionalidade. Os modos de formalização dos atos administrativos são tão variados quanto os modos de comunicação humana. Há, porém, três alternativas fundamentais: forma escrita, forma verbal e forma gestual (JUSTEN FILHO, 2010, p. 337). A forma é garantia de segurança jurídica. “Fora disso ficaremos integralmente na mão do intérprete”, por isso a tipicidade seria atributo do ato administrativo. Entretanto, ausente prejuízo, a falta de enquadramento do ato em um tipo conduz ao saneamento do defeito (TOMELIN, 2020, p. 45 e 50).

Justen Filho (2010, p. 325-326) rechaça a segregação ou dicotomia dos atos materiais ou “de pura execução de um comando normativo” em relação aos atos administrativos, visto que “todos os atos que correspondam ao modelo normativo e envolvam o desenvolvimento de função administrativa são administrativos”.

Os atos normativos também podem ser administrativos, ainda que distintos dos atos administrativos em sentido (r)estrito. “O ato administrativo normativo complementa o mandamento de uma norma legal, disciplinando como as condutas futuras deverão ser praticadas” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 327). Na classificação quanto à natureza, atos decisórios são os que “impõem uma solução determinada como a escolhida pela Administração Pública, usualmente traduzindo o reconhecimento ou a constituição de um direito ou dever”, enquanto atos de execução são “aqueles por meio dos quais se desenvolve a atividade administrativa, produzindo a satisfação de um dever ou, se defeituoso, o surgimento da responsabilidade jurídica” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 351-352).

Nas rotinas da gestão processual, o estabelecimento de diretrizes em abstrato e a execução dessas diretrizes podem ser atribuídos ao mesmo agente, ou a diferentes operadores do gabinete. Além disso, em alguns casos podem não bastar as diretrizes em abstrato, fazendo-se necessária decisão específica sobre a forma de atuar.

Portanto, nos termos da doutrina de Justen Filho (e certamente de muitos outros), tenham as decisões referentes ao trato dos processos judiciais sido pensadas em abstrato e comunicadas à respectiva equipe (o que só ocorrer, mediante o prévio estabelecimento de parâmetros), ou sejam as decisões feitas nos casos concretos, podemos entender que essas escolhas são externadas mediante a prática de atos administrativos.

Tais atos possuem os atributos da presunção relativa de legitimidade e de regularidade, da imperatividade ou exigibilidade – os direitos e deveres contemplados no ato podem tornar-se exigíveis – e da autoexecutoriedade – autoriza-se a realização de atos concretos necessários à implementação da decisão (JUSTEN FILHO, 2010, 342-347).

Contudo, os atos administrativos podem ser viciados quanto a seus aspectos. Vícios de competência são inexistência de competência, defeito quanto ao sujeito e excesso de poder; vícios de forma são ofensa aos requisitos de existência e validade, ofensa ao procedimento e defeito de motivação; vícios de conteúdo são ofensas aos requisitos de existência ou validade; vícios de motivo são a ausência de escolha consciente, equívoco quanto à natureza dos fatos, quanto à causalidade entre motivo e decisão ou quanto à necessidade; vícios de finalidade são o vício quanto à escolha da finalidade, desvio de poder, desvio de procedimento e abuso de poder (JUSTEN FILHO, 2010, p. 368-369).

Não convém, entretanto, prolongar-nos no tema da imperatividade e exigibilidade, tampouco no dos vícios, visto que os atos aqui estudados têm, individualmente, conteúdo e efeitos muito imediatos; são atos tópicos e de abrangência *interna corporis*. Ademais, no que respeita à pessoa do procurador, são praticados em obediência ao princípio da independência funcional.

Os atos administrativos são revogáveis quando se tornam inconvenientes ao interesse público (JUSTEN FILHO, 2010, p. 396).

Todos os atos administrativos, como “declarações de vontade da administração pública *lato sensu*”, emanadas em nível infralegal com o fito de se produzirem efeitos no mundo jurídico, são controláveis (FREITAS, 2014, p. 28). De modo geral, os atos administrativos são duplamente sindicáveis, sujeitando-se a controles administrativos e jurisdicionais. A presunção de legitimidade, ou seja, de conformidade à lei e ao Direito, pode ser afastada por meio de revisão judicial, “respeitado seu mérito” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 345).

Quanto aos atos de gestão processual, existem os controles exercidos pelas instâncias administrativas revisionais e correicionais (corregedorias do MPF e do CNMP). O controle realizado pelo juízo ou tribunal perante o qual se atua e pelas instâncias superiores se dá no próprio âmbito de cada processo, em regra. Mediante a favorabilidade ou não da decisão, opera-se um controle qualitativo das manifestações ministeriais. Mas também é possível, em casos extremos, a judicialização de demanda cível ou criminal em face do próprio membro atuante. O art. 181 do Código de Processo Civil, por exemplo, estabelece que o “membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”, e ilícitos funcionais podem ensejar sanção penal.

Dá-se ainda o controle social, inclusive pelos pares e pela imprensa.

Contudo, no que tange ao *Parquet*, é sempre de ser ponderado o princípio da independência funcional. Esse princípio institucional tem uma série de definições doutrinárias. A mais tradicional acepção é a de que a independência funcional se traduz na prerrogativa do membro de atuar livremente consoante sua consciência e o Direito (COURA; FONSECA, 2015, p. 43-44). A Portaria PGR n. 687/2011 define em seu Anexo II, item 1.3: “Independência funcional: a liberdade do membro do MPF de, no exercício de suas atribuições, agir de acordo com o seu convencimento

na interpretação da Constituição e das leis, sem vinculação hierárquica e de forma a assegurar o cumprimento da Missão”.

Segundo Carlos Vinícius Ribeiro (2010 *apud* COURA; FONSECA, 2015, p. 51), essa prerrogativa geraria discricionariedade na atuação extrajudicial, na qual se exerce atividade administrativa. Mas é impossível deixar de estender esse entendimento para a caracterização de muitas das escolhas da atuação judicial. Para Antônio Cláudio da Costa Machado (1989 *apud* COURA; FONSECA, 2015, p. 49), por exemplo, o princípio da independência funcional “conferiria aos promotores-procuradores ampla possibilidade de alteração do próprio posicionamento ou do posicionamento de outro órgão do Ministério Público exteriorizado em processo judicial ou em procedimento administrativo” (COURA; FONSECA, 2015, p. 49).

Ocorre que o “posicionamento” é, muitas vezes, a escolha processual: propor ou não a ação; recorrer ou não; intervir ou não. Contudo, a identidade não é absoluta: sustentar oralmente ou não, despachar com o magistrado ou não, qual feito priorizar, são escolhas estratégicas que não representam posicionamento como parte ou como *custos legis*. Por outro lado, manifestar-se pela extinção sem resolução do mérito ou pelo prosseguimento, pela procedência ou improcedência, por exemplo, são posicionamentos que não se refletem necessariamente em decisões de gestão.

Fato é que, por inarredável consequência da independência funcional, as decisões ministeriais de gestão processual são discricionárias.

Discricionariedade é a “competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de sustentabilidade, conveniência ou oportunidade” (FREITAS, 2014, p. 24). Essa discricionariedade pode ser referente ao plano das condições de incidência da norma, quando se lida com conceitos indeterminados (cognitiva), ou atinente à escolha das consequências a se buscarem dentre as opções lícitas (FREITAS, 2014, p. 24). Atos discricionários envolvem escolhas de meios e de metas (FREITAS, 2014, p. 33), ou escolhas “do ‘se’ e do ‘como’” (BINENBOJM, 2014, p. 225). A discricionariedade é “mera condição para implementar as providências administrativas com eficácia, eficiência e sustentabilidade”; só é legítima se pautada por princípios, inclusive os do Direito Administrativo, e pelos demais limites do Direito (FREITAS, 2014, p. 47-48 e 58).

Todavia, na lição de Georges Vedel (1973 *apud* FREITAS, 2014, p. 40), inexistem pura discricionariedade ou pura vinculação. São praticados os atos administrativos, conforme a doutrina contemporânea, em graus decrescentes de vinculação conforme se vinculem a regras, envolvam conceitos jurídicos indeterminados ou se vinculem a princípios (BINENBOJM, 2014, p. 221-225).

Ademais, como já visto e segundo Juarez Freitas (2014, p. 15), não existe discricionariedade administrativa imune a controles democraticamente estabelecidos, no atinente a meios, processos e efeitos. Tal imunidade acarretaria a arbitrariedade. Impõe-se o controle finalístico multidimensional, superando a mera exigência do controle de legalidade. O direito fundamental à boa administração implica a eventual responsabilização por condutas omissivas e comissivas (FREITAS, 2014, p. 21, 30 e 44). Para tanto, é indispensável a motivação ou fundamentação *suficiente* da escolha realizada, com a indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos, sob pena de nulidade do ato.

Na motivação dos atos administrativos, a ser interpretável dialeticamente, “a hierarquização axiológica é decisiva”. Mas o dever de motivar só existe “segundo propósitos relevantes, com boa-fé”. Dessa forma, ressaltam-se os atos de mero expediente, os “autodecifráveis”, os “ordinatórios de feição interna” e as “respostas-tipo”, para atos no caso de haver “número elevado de pessoas abrangidas por decisões idênticas”; ainda assim, esses devem ser *motiváveis*, logo, passíveis de aprovação no teste de racionalidade intersubjetiva (FREITAS, 2014, p. 25, 29, 63, 68 e 73). Em regra, seriam controláveis os porquês e o *timing* das decisões administrativas (FREITAS, 2014, p. 45).

Segundo Hartmut Maurer (1985 *apud* FREITAS, 2014, p. 78), a motivação serve até mesmo “como autocontrole para a autoridade, que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor sua decisão”; sua obrigatoriedade faz valorizar a impessoalidade e “prestigiar a independência do agente público”, mostrando-se “útil à criação de ambiente juridicamente confiável e previsível para as relações administrativas de longo prazo”, pois a presunção de legitimidade dos atos administrativos é cada vez mais relativa (FREITAS, 2014, p. 81-84).

De resto, analisados os atos de gestão processual como atos administrativos realizados na prestação de serviço público, é clara a incidência, sobre eles, de normas referentes à probidade administrativa,³³ à atualidade da prestação dos serviços públicos,³⁴ à motivação dos atos administrativos,³⁵ ao consequencialismo.³⁶ Afinal,

33 Lei n. 8.429/1992: “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; [...]”.

34 Lei n. 13.460/2017: “Art. 4º Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia”.

35 Lei n. 9.784/1999: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; [...] VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados”. A lei do processo administrativo federal seria “verdadeiro quadro ou fonte normativa primordial de ordenação da atuação administrativa, pautando requisitos mínimos para instauração, instrução e decisão relativos à formação e posterior execução da vontade funcional da Administração Pública” (CUNHA, 2014, p. iii).

36 Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra

a visão do ordenamento jurídico como sistema unitário e consistente, composto de elementos e de relações, é um pressuposto ideológico que a dogmática assume (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 140 e 166) e o Direito aspira à unidade dos conteúdos normativos (REGLA, 2014, p. 94).

Também a proporcionalidade como princípio do Direito Administrativo é aplicável aos atos de gestão processual do Ministério Público: “a força vinculante da proporcionalidade não cessa de se mostrar prestimosa à vigilância no tocante à qualidade da conduta do agente público, em sentido lato”. São subprincípios da proporcionalidade a adequação entre meios e fins, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (FREITAS, 2014, p. 90-92).

Por fim, o “sistema administrativo não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, sobretudo porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras”. O fenômeno jurídico pode ser multifacetado (FREITAS, 2014, p. 76).

Logo, não se mostra necessária a absoluta pertinência dos (f)atos às categorias jurídicas para que se colham os frutos da classificação das decisões de gestão processual como atos administrativos.

5 · CONCLUSÕES

O direito fundamental à boa gestão processual, por ter conteúdo vago e genérico, é um direito *soft*, não exigível autonomamente. Ainda assim, em vista da incontestável dimensão objetiva desse direito, surge o dever fundamental de boa gestão, inclusive da processual, a delinear as condutas dos agentes públicos e as providências das instituições. O referido direito oriundo de norma principiológica também deve ser realizado por meio de densificação e de apoio em outras regras e princípios constitucionais e administrativos.

Em sua faceta da eficiência, é ainda mais premente a observância do dever fundamental de boa gestão em tempo de crise fiscal.

Para o atingimento da boa gestão processual pelo MPF, mostra-se adequado e útil o enfoque administrativista na compreensão de vários de seus aspectos, ainda que não se reconheça peremptoriamente a natureza de atos administrativos das respectivas decisões e atos executórios.

Isso porque o Direito Administrativo se constitucionalizou nas últimas décadas e a atuação com eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade é exigência da probidade. As prerrogativas da Administração são hoje instrumentais e somente se justificam na estrita medida do atendimento ao interesse público. Além disso, o princípio da atualidade dos serviços públicos impõe a obrigação de boa gestão. As consequências da atuação ministerial, na lida com os processos judiciais, devem ser previamente sopesadas, para o estabelecimento de prioridades,

de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018) Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

conforme a proporcionalidade. A motivação dos referentes atos, que afetam direitos do cidadão, deve ser suficiente, consoante critérios de boa-fé. Logo, obedecendo a esse conjunto de deveres no exercício das atividades de gestão processual, cujo rol exemplificativo se propôs, os agentes públicos do MPF realizam o direito difuso à boa administração pública.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cynthia Pardo Andrade; GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. Inquérito civil – poderes investigatórios e controle externo. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 654-672.

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2065/1929>. Acesso em: 1º set. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O poder normativo do Executivo no Brasil. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAPESMPU. *CAPESMPU informa: 3º ciclo de debates InovaEscola*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [s. l.], 26 ago. 2020. 1 mensagem eletrônica.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência*. São Paulo: Ltr, 2015.

CUNHA, Bruno Santos. *Aplicabilidade da Lei Federal 9.784/99*. Orientador: Thiago Marrara de Matos. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11022015-150338/publico/Bruno_Santos_Cunha_Aplicabilidade_da_Lei_Federal_9784_99_Integral.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Ricardo. Gestão processual: mecanismos de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 259-279, out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/28359>. Acesso em: 16 ago. 2020.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO (FIA). Gestão de processos: o que é, benefícios e características. *Blog FIA*, [s. l.], 20 fev. 2019. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/gestao-de-processos/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES, Joemilson Donizetti. O juiz como gestor: gestão de pessoas. In: CURSO DE FORMAÇÃO PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA, 1., 16 ago. 2013, Belo Horizonte. *Palestras [...]*. Belo Horizonte: TJMG, 2013. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/681>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Gestão em pauta*: ofícios de atuação concentrada em polo respeitam princípios da independência funcional e do promotor natural. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 19 fev. 2019a. 1 mensagem eletrônica.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Gestão em pauta*: confira os últimos andamentos da redistribuição temporária de ofícios e fusões. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 15 mar. 2019b. 1 mensagem eletrônica.
- MIRANDA, Felipe Arady. *Direitos fundamentais em tempos de crise econômico-financeira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 43-53, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-henrique-justino-de-oliveira/responsabilidade-civil-do-estado-reflexoes-a-partir-do-direito-fundamental-a-boa-administracao-publica>. Acesso em: 2 set. 2020.
- PGR-SECOM. *Boletim MPF em Destaque*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 2 abr. 2019a. 1 mensagem eletrônica.
- PGR-SECOM. *Boletim MPF em Destaque*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 1º jun. 2019b. 1 mensagem eletrônica.
- PGR-SECOM. *Boletim MPF em Destaque*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 21 maio 2020a. 1 mensagem eletrônica.
- PGR-SECOM. *Boletim MPF em Destaque*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 11 jul. 2020b. 1 mensagem eletrônica.
- PGR-SECOM. *Boletim MPF em Destaque*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 15 ago. 2020c. 1 mensagem eletrônica.
- PGR-SECOM. *Boletim MPF em Destaque*. Destinatário: Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell. [S. l.], 1º set. 2020d. 1 mensagem eletrônica.
- REGLA, Josep Agiló. *Teoria geral das fontes do direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério Público – funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, p. 3-32, out./dez. 2014.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. *In: PEREZ, M. A.; SOUZA, R. P. de (coord.). Controle da administração pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 39-62.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da administração pública. *In: WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael (coord.). As consequências da Covid-19 no direito brasileiro.* São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 35-65.

DIREITO À EDUCAÇÃO E ATUAÇÃO COORDENADA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (2001-2020)

Mario Luis Grangeia¹

Sumário: 1 Introdução. 2 PFDC e especialização em grupos de trabalho. 3 Direito à educação: prioridades de Grupo de Trabalho da PFDC. 4. MPF e direito à educação: focalizando três momentos. 5 Discussão: do fortalecimento do MP à atuação coordenada. 6 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

O atual perfil do Ministério Público brasileiro remonta as inovações da Constituição de 1988, reforçadas pela Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993) – o redesenho dos MPs estaduais partiu de outras leis. Uma dessas mudanças foi a criação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão do Ministério Público Federal (MPF) para a defesa dos direitos civis e sociais fixados no texto constitucional. Embora seja um marco do fortalecimento do MPF fora da persecução criminal, a PFDC é relativamente pouco estudada no Direito e nas Ciências Sociais. Aquela lei de 1993 definiu a designação de um subprocurador-geral da República como procurador federal dos Direitos do Cidadão e 27 procuradores da República como procuradores regionais dos Direitos do Cidadão, para agirem nos Estados e Distrito Federal.

Como o MP decide suas prioridades e estratégias em prol da efetivação de direitos fundamentais? A questão costuma ser vinculada à pulverização do poder do órgão em milhares de autoridades, ao vácuo de leis e diretrizes (até de governos) e a outros fatores. Quanto à atuação do MPF em prol do direito à educação, a questão será interpelada a partir de uma vasta análise documental que permite atentar à história do Grupo de Trabalho Educação, criado na PFDC em 2001 e renomeado GT Educação em Direitos Humanos entre 2016 e 2020.² Os documentos estudados incluíram relatórios anuais (desde 2001), resoluções de encontros de procuradores (desde 1998) e as atas de reuniões daquele GT que é o mais longo grupo de trabalho ativo na PFDC.

Na seção 2, discute-se a atuação da PFDC, realçando seus GTs, que unem procuradores dispostos a se especializarem na tutela de certos direitos. A seção 3

1 Doutor em Sociologia (UFRJ), pesquisador associado ao Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Desigualdade (NIED/UFRJ), analista de Comunicação do MPF desde 2005 e líder adjunto do GP Movimentos Sociais (2019-2022) na Câmara de Desenvolvimento Científico da ESMPU.

2 Foi renomeado GT Educação e Direitos Humanos em agosto de 2020 (Portaria PFDC n.8/2020).

mapeia temas prioritários do GT Educação desde 2001, focalizando quão diversa pode ser a atuação coordenada do MPF na defesa desse direito.³ Na seção 4, frisa-se o percurso do GT a partir da seleção de três momentos: o ano inicial (2001), centrado numa capacitação interna pela ESMPU; o ano atual (2020), com uma reestruturação em andamento; e o ano intermediário (2011).

Ao completar dez anos, o GT fez um diagnóstico da atuação do MPF em educação, que levou à criação do projeto MPEduc, executado pelo MPF e MPs Estaduais em 371 municípios ou regiões até 2018 – o projeto foi pesquisado por este autor e por pesquisadores da UFRJ com apoio da ESMPU.⁴ Ideias de autores das Ciências Sociais sobre a autonomia do MP são interpeladas na seção 5, que retoma proposições à tutela coordenada da educação pelo MPF derivadas daquela pesquisa da ESMPU (GRANGEIA; CARVALHAES, 2019). A conclusão traz uma reflexão que se julga promissora sobre a proteção coordenada de direitos.

2 · PFDC E ESPECIALIZAÇÃO EM GRUPOS DE TRABALHO

Na tutela de direitos fundamentais, os procuradores federais e regionais dos Direitos do Cidadão – na PFDC ou em sedes em capitais estaduais e DF – e seus pares em outros municípios podem, por iniciativa sua ou representação alheia, notificar autoridades para prestarem informação em determinado prazo. Após esse retorno, o procurador deve avaliar se houve violação de direitos e notificar os responsáveis para a violação não persistir nem se repetir. Se não for atendido, cabe ao procurador avaliar se a demanda é judicializável. Como a PFDC atua na coordenação da proteção de Direitos do Cidadão, subsidiando essa atuação e articulando-a em nível nacional (tal como as Câmaras setoriais do MPF), uma medida, desde os anos 2000, foi a formação de grupos de trabalho (GTs) especializados em certos temas; cada GT tem seus objetivos, prioridades e linhas de atuação.⁵

Na *Agenda da Cidadania para 1999* (Brasil/MPF, 1998), ata de Encontro Nacional dos Procuradores dos Direitos do Cidadão (ENPDC), os 56 membros signatários viram 5 áreas como prioritárias: saúde; entidades filantrópicas e sua fiscalização; direitos humanos e criminalidade; assistência social e pessoas com deficiência; e reforma agrária. Em cada área, indicaram até uma dezena de estratégias de atuação. Tais encontros tornaram-se periódicos e “marcados pela busca em definir com mais precisão as matérias de atribuição dos PDC, de institucionalizar procedimentos, de fixar prioridades e prazos, de autoavaliar-se”, segundo a então titular da PFDC, Ela Wiecko (2006, p. 1). As resoluções desses eventos informam muito da defesa de direitos constitucionais pelo MPF.

3 Mais informações sobre os trajetos dos GTs Educação e Saúde constam em Grangeia (2017).

4 Pesquisa “Diálogos institucionais para a efetivação de direitos: estudo do projeto Ministério Público pela Educação” (v. GRANGEIA; CARVALHAES, 2019; GRANGEIA; CARVALHAES; COELHO, 2020).

5 Visando à coordenação e revisão de trabalhos de PRDCs e membros atuantes em Direitos do Cidadão (ex.: ratificando arquivamentos e declínios de atribuição), a PFDC criou, em 2013, seus núcleos descentralizados (DF, RJ, SP, RS e PE). Entre a especialização temática em GTs e a descentralização regional da PFDC, a primeira iniciativa é mais significativa.

Um desafio inicial da PFDC foi a formação de parcerias com instituições públicas e da sociedade civil, nacionais ou não, em reforço à atuação do MP e sem perdas à sua autonomia. Tal rede poderia, em tese, sujeitar o MP a riscos como a cooptação e perda da inovação. Dificuldades da aliança foram citadas em relatório:

Passamos a conviver com grandes indagações, dúvidas e, por que não dizer, algum descrédito advindo da sociedade com a própria capacidade de atuação [...] pessoas, as instituições e organizações sentiram a paralisação dos projetos que se encontravam em andamento (RPFDC, 2003, p. 3).

Uma ameaça frisada nesse relatório foi a falta de recursos de custeio de viagens da titular da PFDC para acompanhar iniciativas fora de Brasília, o que foi sanado, segundo o texto, com o apoio do Executivo.

As mudanças e continuidades nos GTs da PFDC podem ser captadas em um exame sobre os anos de criação e término desses grupos (v. Tab. 1 e 2):

Tabela 1 · Grupos de Trabalho da PFDC (2001-2020/1º sem.)

Grupo de Trabalho (até 1º sem./2020)	Ano de criação	Grupo de Trabalho (Criados em 2001)	Ano de término
Comunicação Social	2004	Discriminação Racial (depois, Discriminação)	2004
Direito à Cidade e à Moradia Adequada	2018	Educação	-
Direitos da Criança e do Adolescente	2016	Padronização de Ofícios da Cidadania	2004
Direitos Sexuais e Reprodutivos**	2005*	Políticas Públicas	2004
Direitos Humanos e Empresas	2016	Regramento do Inquérito Civil Público	2003
Educação (Educação em Direitos Humanos, 2016-)	2001	Sistema Prisional e Segurança Pública	2004
Inclusão de pessoas com deficiência	2005	Tortura	2004
Memória e Verdade	2010	Trabalho Escravo	2004
Migrações e Refúgio	2018		
Prevenção e Combate à Tortura	2015		
Reforma Agrária	2008		
Saúde	2003		
Saúde Mental	2017		

* Outros GTs extintos no período: Alimentação adequada (2004-16), Efeitos da corrupção (2002-4), Impactos sociais dos megaeventos e Moradia adequada (2010-12), Previdência e assistência social (2006-16), Segurança pública (2005-07) e Sistema prisional (2007-15).

** GT extinto entre 2012 e 2016.

Fonte: elaboração própria baseada em Brasil/MPF, 2001, Brasil/PGR, 2020, portarias PFDC.

Tabela 2 · Grupos de Trabalho da PFDC (2020/2º sem.)*

Grupo de Trabalho	Grupo de trabalho (cont.)
Combate ao Racismo e Promoção da Igualdade Racial	População LGBTI+: proteção de direitos
Reforma Agrária e Conflitos Fundiários	Mulher, Criança, Adolescente e Idoso: proteção de direitos
Prevenção e Combate à Tortura	Seguridade Social e População em Situação de Rua
Migração e Refúgio	Liberdades: consciência, crença e expressão
Educação e Direitos Humanos	Saúde Mental
Pessoas com Deficiência	Direitos Humanos e Empresas
Memória e Verdade	

* Além dos GTs, há duas Relatorias Temáticas: Assistência farmacêutica e medicamento de alto custo; e Tráfico de Pessoas.

Fonte: elaboração própria baseada em Brasil/MPF, 2020.

3 · DIREITO À EDUCAÇÃO: PRIORIDADES DE GRUPO DE TRABALHO DA PFDC

Menos de um mês se passou entre a proposta de criar o GT Educação, no ENPDC de 2001, até a portaria que o instituiu. O documento elencava cinco necessidades para o grupo, iniciado com 17 membros: adotar iniciativas junto ao Governo Federal para a Década das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos (1995-2004); estudar políticas e estratégias para garantir o acesso ao ensino público; dar ênfase à inclusão escolar das pessoas com deficiência; assegurar a qualidade do ensino em todos os níveis; e fiscalizar a aplicação de recursos e programas federais. Diagnosticar a política nacional de educação, o acesso e a qualidade do ensino e a gestão de recursos públicos era a meta inicial do GT, que logo pediu à Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) a oferta do curso “Educação como direito humano”, para se capacitar, e escalou duas duplas de membros para estudarem legislações e jurisprudências sobre ensino superior e verbas públicas da educação. Também solicitaram às PRDCs que fizessem levantamentos de materiais de interesse do GT e de entidades, governamentais ou não, atuantes na área educacional.

Um panorama de rotinas e critérios de reconhecimento de cursos superiores foi traçado por técnicas do Ministério da Educação logo no início do GT, que, em 2002, elegeu duas prioridades: programas e recursos federais no ensino básico (merenda, livro didático, Fundef etc.) e superior (fundações de apoio, autonomia etc.). O grupo ressaltou necessidades como a adaptação de métodos de ensino e convívio de alunos com e sem deficiência – tal inclusão foi tema da cartilha “O acesso de pessoas com deficiência às classes e escolas comuns da rede regular de ensino”, uma das primeiras publicações da PFDC, com revisão de leis, orientações pedagógicas e outras a pais e docentes.

No terceiro ano do GT (2003), há relativa descontinuidade de prioridades em relação a antes: fundações de apoio; exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação; filantropia; e qualidade do ensino básico e equalização do acesso. Cada tema foi estudado por um subgrupo que criaria um plano de ação do MPF. Outros planos eram ter um miniseminário interno de apuração *on-line* do orçamento e reunião com técnicos da Controladoria Geral da União.

Após três anos sem atividades registradas, o GT Educação foi recriado no fim de 2006 a partir de uma portaria de 13 meses antes. Nenhum dos quatro membros do biênio 2006-07 participara dos anos iniciais, o que afetava a atuação, sobretudo a curva de aprendizado, do GT. Na tabela a seguir (Tab. 3), são resumidos temas eleitos prioridades das duas versões do GT até 2020:

Tabela 3 · GT Educação: temas prioritários (2001-2015)*

Período	Temas prioritários
2001-02	<ul style="list-style-type: none"> – Programas e recursos federais para ensino básico; e – Ensino superior.
2003	<ul style="list-style-type: none"> – Fundações de apoio; – Poder de polícia do MEC; – Filantropia; e – Qualidade do ensino básico e equalização do acesso.
2006-07	<ul style="list-style-type: none"> – Fundeb; – Novas disciplinas (Filosofia, Sociologia, História e cultura afro-brasileira); – Capacitação de professores em educação inclusiva; – Cotas nas universidades; – Bolsa Família; e – Vestibulinhos.
2008-09	<ul style="list-style-type: none"> – Política nacional de educação do adolescente em conflito com a lei; – Recursos constitucionais para educação (DRU); e – Novas disciplinas e educação inclusiva.
2009-10	<ul style="list-style-type: none"> – Capacitação docente para novas disciplinas; – Bolsa Família; – Diplomas médicos estrangeiros; – Cartilha eletrônica; – Ensino a distância; – Seleção de pós-graduação; – Colégios militares; – Política educacional para jovem em conflito com lei/Sinase.
2011	<ul style="list-style-type: none"> – Instituições federais de ensino; – Instituições privadas de ensino superior; – Programas do FNDE; e – Avaliações como o Exame Nacional do Ensino Médio.

Período	Temas prioritários
2012	<ul style="list-style-type: none"> – Ensino de História e cultura afro-brasileira e indígena; – Acesso à informação de políticas educacionais; e – Fiscalização do ENEM.
2013-15	<ul style="list-style-type: none"> – Ministério Público pela Educação (MPEduc, lançado em 2014); – ENEM.
2016-20*	<ul style="list-style-type: none"> – Acesso democrático e isonômico a cursos de pós-graduação; – Cobrança de valores em Colégios Militares e outras instituições oficiais; – Educação profissionalizante para adolescentes em conflito com a lei; – Capacitação de professores de Filosofia, Sociologia, História e cultura afro-brasileira e indígena e Educação ambiental; – Adesão ao sistema educacional de beneficiários do Bolsa Família; – Revalidação dos diplomas de médicos formados em Cuba; e – Qualidade do ensino universitário, incluindo ensino a distância.

* Renomeado como GT Educação em Direitos Humanos.

Fonte: elaboração própria baseada em RPFDCs, resoluções ENPDCs e atas de reuniões do GT.

No ENPDC de 2008, por exemplo, foram fixadas diretrizes de atuação aos procuradores em diversos temas educacionais:

- Ensino de filosofia, sociologia, história e cultura afro-brasileiras e indígena: membros orientados a fiscalizar o cumprimento das leis sobre as disciplinas (ofício posterior propôs intercâmbios com MPs estaduais);
- Educação Inclusiva: acompanhar, com GT Inclusão, ações do MEC e Secretarias para capacitar professores em educação inclusiva, Libras e Braille;
- Seleção de mestrados e doutorados: discutir com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (Capes) a necessidade de só dar bolsas às escolas que cumprem princípios da gestão pública;
- Cotas em universidades: verificar a situação normativa e jurisprudencial dos estados na implantação de cotas étnico-raciais no ensino superior; e
- Recursos vinculados à educação: a) GT estuda possível representação para propor ação direta de inconstitucionalidade contra norma da Desvinculação de Recursos da União; e b) PDCs pretendiam averiguar descumprimentos locais de percentuais mínimos da educação.

Resoluções como essas visavam “orientar atuações e a criar objetivos para a temática dos direitos humanos”, como definiu Gilda Carvalho (2012), procuradora federal dos Direitos do Cidadão entre 2008 e 2012. Segundo ela, as diretrizes contribuíam à maior efetividade na missão do MP de zelar pelo respeito dos Poderes e serviços de relevância pública a direitos constitucionais.

4 · MPF E DIREITO À EDUCAÇÃO: FOCALIZANDO TRÊS MOMENTOS

Afinal, como a educação é vista por membros do MP? Para responder à questão, analisam-se documentos e dados oficiais de três instantes das últimas duas décadas:

inicial (2001), atual (2020) e ponto médio (2011). O foco nesses três anos permite lançar luz a uma gama de possíveis estratégias de atuação coordenada do MPF em prol do direito à educação.

4.1 · GT EDUCAÇÃO E INÍCIO DA ESPECIALIZAÇÃO

No relatório das atividades da PFDC em 2001, a pretensão declarada do GT é ampla: análise e diagnóstico da política nacional de educação, do acesso e qualidade do ensino e da gestão dos recursos públicos na área da educação, com o objetivo de traçar linhas de atuação do Ministério Público Federal para a melhoria da educação no País. (RPFDC 2001, p. 31).

Os membros planejavam o curso interno “Educação como direito humano” e estudavam as legislações e jurisprudências já referidas quando, na sua segunda reunião, ouviram técnicas do MEC traçarem um panorama sobre o ensino superior, focalizando rotinas e critérios de credenciamento e reconhecimento de cursos de interesse de instituições de ensino. À época, planejavam reuniões com o Conselho Nacional de Educação e o Fundo de Desenvolvimento da Escola – sem menções depois – e definiram quatro pontos para atuar: parâmetros curriculares nacionais; plano nacional do livro didático; educação de menores infratores; e estrutura e funcionamento do ensino superior (atas não exibem processo decisório do GT).

O primeiro ano do GT foi apontado como “basicamente de capacitação” (Brasil/MPF, 2006, p. 22): “todos acreditam que a capacitação oferecida mudou suas capacidades quanto à análise do assunto e que já estão prontos para a fixação de objetivos práticos que se reflitam na atuação institucional”. Foram citados sem detalhamento pontos a estudar mais: desvios de recursos;⁶ irregularidades em cursos superiores; falta de vagas para cursos noturnos em instituições públicas; descumprimento da gratuidade em instituições oficiais; excesso ou falta de vagas em certos locais; e falta de política de capacitação de professores. Na reunião às vésperas do primeiro aniversário do GT, que reuniu 19 de 24 membros, foi adiado o debate da ideia de divisão do grupo por ensino básico e superior, que não se concretizou nas duas décadas seguintes.

4.2 · MPF E DIREITO À EDUCAÇÃO: SONDAgens EM 2011

Para promover direitos fundamentais, o MP usa audiências públicas, termos de ajustamento de conduta e outras ferramentas no papel de “instância que agrega esforços, visando construir uma base institucional para o cumprimento do direito” (VIANNA; BURGOS, 2002). Um questionamento usual entre estudiosos do MP e do Judiciário se refere a seus critérios, prioridades e estratégias na tutela de direitos. Respostas parciais emergiram de enquête do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) sobre como membros do MP pontuam, em escala de 1 a 10, a relevância e prioridade dos temas (v. Tabela 4).⁷

6 Decidiram iniciar troca de dados com GT Combate à Corrupção (2CCR) para evitar retrabalho.

7 Nessa enquête para o planejamento estratégico do MP, membros foram instados a classificar a relevância e prioridade de 11 temas da atuação. Tais dimensões não se sobrepõem, pois um tema pode ser avaliado relevante por membros que podem não ver urgência de MP atuar nele.

Tabela 4 · Principais temas para membros do MPF (2011)

Tema	Relevância	Prioridade
Crime organizado	9,48	9,27
Fiscalização de contas públicas	9,27	9,06
Crimes contra a administração pública	9,24	9,09
Saúde	9,15	8,88
Patrimônio público	9,13	8,97
Lavagem de dinheiro	9,01	8,53
Educação	8,97	8,56
Controle externo da atividade policial	8,85	8,46
Tutela do meio ambiente	8,78	8,46
Crime contra sistema financeiro	8,75	-
Tráfico de drogas	-	8,49

Fonte: Grangeia; Carvalhaes; Coelho (2020) com base em CNMP (2011, p. 148-151).

Membros do MPF viam a educação como secundária, segundo enquete do CNMP para o Planejamento Estratégico do MP. Como mostra a Tabela 4, a maioria julgava a educação menos relevante e prioritária do que temas como o crime organizado, a fiscalização de contas públicas e o patrimônio público. Em 2011, também o GT Educação captou, em levantamento para curso da ESMPU sobre direito à educação, ministrado pelo procurador Sérgio Luiz Pinel Dias, então integrante do GT, que raros membros do MPF atuam em temas da área fora do ensino superior, em que pese os vários programas federais focados na educação básica, como o Programa Dinheiro na Escola. A Tabela 5 reúne os dados do GT sobre os níveis de ensino com maior atuação do MPF.

Tabela 5 · Atuação do MPF em educação, por nível de ensino (até 2011)

Tema	Ações civis públicas	Recomendações
Ensino Superior	76,83% (199)	79,14% (148)
Ensino Básico	10,42% (27)	7,48% (14)
Pós-graduação	5,79% (15)	5,34% (10)
Escolas Técnicas	5,79% (15)	8,02% (15)
(Total)	259	184

Fonte: Grangeia, Carvalhaes, Coelho (2020) com base em Pinel Dias (2011, p. 4 e 7).

Os focos mais comuns das ações e recomendações eram cobranças de taxas, aval ao funcionamento de cursos, concursos, Fundo de Financiamento Estudantil e pessoas com deficiência. Face a tal quadro, aquele integrante do GT Educação mostrou, na capacitação da ESMPU sobre o direito à educação, que haveria cinco possibilidades de o MPF atuar no ensino básico: Programa Nacional do Livro Didático;

Transporte Escolar; Merenda Escolar; Programa Dinheiro Direto na Escola; e o Plano de Ações Articuladas (PINEL DIAS, 2011).

A busca de suprir tal desatenção levou o GT Educação a criar o projeto Ministério Público pela Educação (MPEduc), com o qual MPF e MPs estaduais buscaram firmar a educação básica de qualidade como direito. Ele se desdobra em fases: apura dados de condições das escolas; convoca audiências públicas para discutir a qualidade do ensino; visita escolas para registrar suas condições e se aproximar da comunidade; faz diagnóstico das principais demandas locais; expede recomendações para gestores públicos sanarem as irregularidades; e convoca outra audiência para divulgar iniciativas e omissões desses gestores.⁸

4.3 · EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: GT EM TRANSIÇÃO EM 2020

De 2016 até 2020, o GT Educação em Direitos Humanos priorizou, em atuação citada em relatórios e outros documentos oficiais, uma gama de temas que incluem desde o nível de acesso a cursos de pós-graduação até a adesão de beneficiários do Bolsa Família às salas de aula, passando pela capacitação de professores de disciplinas mais recentes no currículo do ensino médio. Pelo rol de prioridades do GT nesse período, percebe-se que a atuação coordenada em prol da educação contemplou tanto o ensino superior como os outros níveis de escolaridade, o que tende a sugerir uma menor concentração da iniciativa focada no nível superior, como verificou o levantamento feito pelo GT em 2011.

Com o fim do biênio 2018-2020 na PFDC, a gestão que iniciou em 2020 teve a necessidade de suprir o encerramento já previsto dos GTs anteriores e começou a estruturar novos GTs (Portaria PFDC n. 8/2020, v. Tab. 2), que inclui o GT Educação e Direitos Humanos, desdobramento do GT Educação (2001-2016) e GT Educação em Direitos Humanos (2016-2020). A diretriz dele, oficializada naquela portaria de criação de GTs e Relatorias Temáticas, é “atuar na promoção e defesa de uma educação voltada para a cidadania e a democracia, em especial na superação de qualquer forma de discriminação e na promoção da cultura da paz e contra toda e qualquer forma de violência”.

Assim como nos cursos internos do GT quando de sua criação (2001) e 10º aniversário, a ESMPU volta a ser parceira em potencial do GT Educação – e demais grupos de trabalho da PFDC, de acordo com o procurador federal dos Direitos do Cidadão, Carlos Alberto Vilhena. Em notícia no portal do MPF, foi indicada a expectativa de uma parceria com a ESMPU para aperfeiçoamento da atuação nas matérias de direitos humanos. As frentes da cooperação previstas em notícia de agosto de 2020 incluem, por exemplo, a proposta de cursos de capacitação e a publicação de uma coletânea de artigos.

5 · DISCUSSÃO: DO FORTALECIMENTO DO MP À ATUAÇÃO COORDENADA

A primeira Lei Orgânica dos MPs nos Estados, de 1981, antecipou traços do MP fixados na Constituição, como o princípio da unidade (expressão da vontade de cada

8 Para uma análise mais profunda sobre o MPEduc, ver Grangeia; Carvalhaes; Coelho (2020).

um vale como manifestação do MP), indivisibilidade (membros substituem seus pares sem perdas ao caso, segundo normas internas e legais) e independência funcional (não há submissão a ordens superiores sobre medidas a tomar). Essa lei uniformizou a estrutura e competências do órgão e atendeu a reivindicações internas como a ocupação de cargos de chefia apenas pela categoria e benefícios relativos à saúde.⁹

Os instrumentos mais usados pelo MP na tutela dos interesses coletivos foram criados pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). Fruto de debate acirrado entre o anteprojeto de uma comissão de juristas e outro de promotores em São Paulo, essa lei introduziu a ampla defesa de interesses coletivos, como saúde e educação, meio ambiente, direito do consumidor, ordem urbanística. Com a Constituição, o uso da Lei da ACP foi ampliado para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos” – defesa depois pautada em leis referentes a novos interesses metaindividuais, como a lei sobre pessoas com deficiência, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.

5.1 · AUTONOMIA E DISCRICIONARIEDADE DO MP: LEITURAS DAS CIÊNCIAS SOCIAIS

A renovação do MP a partir de 1988 não se deu sem divisões internas. Para Sadek (2000), uns membros, pelo receio com a politização e midiaticização do MP (e abandono da atuação penal), defendem uma instituição mais sujeita a mecanismos tradicionais de controle; outros, com olhar positivo aos avanços constitucionais, preferem um órgão vocacionado à tutela dos interesses sociais.

Ao estudar a atuação dos promotores em São Paulo, Silva (2001) criou uma tipologia de perfis diametralmente opostos de membros do MP (“promotor de fatos” e “promotor de gabinete”) que contrasta visões frente às mais novas atribuições do MP em prol da cidadania.

O tipo ideal *promotor de fatos* indica a tendência de alargamento das funções dos promotores para muito além da esfera jurídica. O tipo ideal *promotor de gabinete* indica a leitura das novas atribuições do promotor dentro da esfera jurídica e o desconforto com as fronteiras imprecisas entre atribuições judiciais e extrajudiciais. (SILVA, 2001, p. 22).

Na trajetória da PFDC e seus GTs, fica clara a sobreposição (esperável, por se tratar de uma construção para fins analíticos) dos tipos ideais propostos por Silva. A julgar por estratégias já discutidas outrora (GRANGEIA, 2017), um membro da área de Direitos do Cidadão deve dosar sua face “promotor de fatos”, que valoriza procedimentos extrajudiciais e age como articulador político e a face “promotor de gabinete”, que privilegia uma atuação via autos judiciais.

A capacidade do MP de nacionalizar debates de políticas sociais a implantar foi frisada por Casagrande (2008, p. 276): “em função desta grande capacidade de alimentar os ‘fluxos de deliberação’ do sistema político que ganham relevo as ‘políticas

9 Sucessivas mudanças legais acomodaram anseios de seus membros. Também de 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981) inovou na regulamentação de direitos difusos ao legitimar o MP como defensor dos direitos relativos a um meio ambiente saudável e lhe ofereceu um novo instrumento: a ação de responsabilidade civil e criminal.

internas' do Ministério Público, materializada pelo estabelecimento de programas de ação e pautas de prioridades". Além de reforçar a importância da coordenação de questões prioritárias e estratégias, o autor, que é procurador do Trabalho, destacou que o MP pode ter questionada a legitimidade de agir nos casos de "iniciativas individuais tomadas unicamente sob a bandeira da independência funcional [...] deslocadas da realidade social e política" (Op. cit., p. 277). Daí o relevo da coordenação de algumas atuações. Em certos casos, a atuação do MP pode ser legitimada igualmente por meio de interações com instituições civis como ONGs, que podem ser pela via judicial ou extrajudicial e menos ou mais formais (GRANGEIA, 2013), e com entes públicos, como órgãos da área de educação, como o MPEduc pôde comprovar.

Interações como essas podem contribuir para a *accountability* do MP. Afinal, como notou Kerche (2009), uma quase abdicação dos políticos sobre a instituição protege-a razoavelmente de injunções político-partidárias, mas não afasta a necessidade de prestar contas, até para evitar discricionariedades:

O argumento de que os promotores e procuradores somente cumprem a lei, não precisando, por este motivo, de instrumentos de *accountability*, não se sustenta. É a possibilidade de exercer a discricionariedade, somada à autonomia, aos instrumentos de ação e ao amplo leque de atribuições, que transforma o Ministério Público em uma organização pouco comum à democracia. (KERCHE, 2009, p. 70).

Embora a literatura que trata do MP no Brasil o defina como autônomo e discricionário, tais conceitos foram pouco interpelados por trabalhos empíricos, numa lacuna que se buscou reduzir com a já citada pesquisa da ESMPU sobre o MPEduc, cujas proposições do par de autores (GRANGEIA; CARVALHAES, 2019) é retomada adiante.

5.2 · ATUAÇÃO COORDENADA EM EDUCAÇÃO: PROPOSIÇÕES DE ESTUDO DA ESMPU

Iniciativas como o projeto MPEduc permitem lançar novo olhar à atuação coordenada do MP em prol de direitos fundamentais. Em relação à educação, o referido estudo permite pensar, por exemplo, a articulação entre atores com *expertises* distintas, a atualização e capacitação dos integrantes dos MPs, convergências de atuações com a sociedade civil, entre tantos outros focos. Ao fim desta seção, cabe repassar proposições extraídas da pesquisa da ESMPU:

- *Especialização*: o MP deve ter clareza de que diálogos institucionais se pautam por agendas com interesses ora convergentes, ora divergentes e que dominar Direito não inibe a autocrítica por desconhecer outras áreas do saber;
- *Adaptabilidade*: dada a heterogeneidade inerente à estrutura local do MP, a coordenação de projetos nacionais deve avaliar adaptações, para evitar que o modelo de iniciativa torne-se inibidor do trabalho, e não como acelerador;
- *Institucionalização*: deve-se cogitar criar Assessorias de Relações Institucionais para perenizar canais de diálogo com instituições, sem deixar à mercê de vínculos pessoais que membros possam formar com atores locais;
- *Focalização*: iniciativas como o MPEduc devem equilibrar capilarização e aprofundamento, sob o risco de inquéritos civis abertos serem numerosos, mas pouco avançarem ("menos é mais" é expressão que traduziria essa ideia);

- *Relações horizontais*: articulação com atores estatais e da sociedade civil deve ocorrer com a disponibilidade para trocas horizontais, em vez de se impôr visões normativas;
- *Subdivisão*: deve-se replicar aprendizado valioso do MPEduc que é olhar municípios populosos de forma plural, tornando diálogos mais eficazes; e
- *Articulação*: coordenações de projetos nacionais devem ser equipadas à altura do escopo, de modo que sejam instâncias de mais articulação do que de mera homologação (ou não) de iniciativas locais.

6 · CONCLUSÃO

A coordenação dos membros do MP por GTs especializados em certos direitos fundamentais favorece enfrentar dois desafios tão correntes dentro do órgão: a rotatividade de membros por promoções e remoções; e inadequação, para a defesa de direitos difusos, de instrumentos adotados pelo MP na esfera penal. Com a integração viabilizada por GTs e outras estruturas, busca-se inibir o risco de perdas decorrentes da rotatividade e se provê instrumentos para a atuação judicial ou extrajudicial. É comum medidas extrajudiciais sucederem tentativas frustradas ou ainda pendentes de resposta do Judiciário. Em outros casos, tais iniciativas vêm da avaliação de que a Justiça, quando tarda, se torna falha. De um modo ou outro, busca-se justiça sem ingressar no Judiciário.

O desenvolvimento da PFDC, como se vê na história do GT Educação, ilustra de maneira exemplar potencialidades do MP abertas pelo constituinte e expandidas desde então pela legislação infraconstitucional e regulamentações internas. Este estudo ilumina efeitos práticos do processo de fortalecimento do MP ainda anterior à Constituição. Mas, se a ampliação dos poderes do MP é insuficiente para explicar a atuação na esfera não penal, um exame sobre mecanismos de especialização de seus membros traz subsídios úteis para uma compreensão mais ampla de desempenhos mais recentes desse ator político.

O acompanhamento do GT Educação põe em relevo desde uma ruptura na curva de aprendizado, como a inatividade do grupo entre 2003 e 2006, até a persistência de determinadas pautas. A trajetória do GT avança de uma capacitação interna até uma conscientização externa do direito à educação, via MPEduc e outras iniciativas. Relatórios, resoluções, atas de reuniões e outros materiais analisados foram claros sobre critérios, prioridades e estratégias de defesa de direitos sociais, interpellando indagações internas e externas.

A trajetória do GT Educação/Educação em Direitos Humanos atesta que não se trata apenas de conciliar garantias a indivíduos e ao processo legal com a atuação proativa para a efetivação de direitos. Há dissensos até naturais sobre fins e meios usados para tutelá-los. Um desafio da atuação coordenada no MPF é equilibrar os princípios da independência funcional e da unidade para o primeiro não gerar uma desarticulação e o segundo não inibir sua autonomia.

Em resposta a questionamentos sobre a legitimidade da intervenção do MP em certas causas, é imprescindível a especialização de seus membros, com cursos, intercâmbios com especialistas, estudos, manuais de atuação – o que torna até mais

meritório o plano atual de parceria entre a PFDC e ESMPU. A atual condição de o GT Educação e Direitos Humanos estar aberto a novas prioridades e estratégias pode ser vista como uma oportunidade de dar ênfase a trocas com outros atores especializados. Ao ver a pauta aberta como virtude, vinculada à pretensão de maior participação social, realça-se aqui quão válido é afastar o risco de se ater ao direito à educação no plano teórico, e não prático – risco esse bem enunciado pelo educador Paulo Freire (1996, p. 25): “A teoria sem a prática vira ‘verbalismo’, assim como a prática sem teoria vira ativismo. No entanto, quando se une a prática com a teoria tem-se a práxis, a ação criadora e modificadora da realidade.” A atuação coordenada do MPF na tutela do direito à educação e outros direitos fundamentais será, ainda mais do que tem sido, um meio de articular esses polos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério Público Federal. *PFDC: Grupos de trabalho e relatorias temáticas*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: www.mpf.mp.br/pfdc/gts-e-relatorias. Acesso: ago. 2020.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Agenda da cidadania para 1999*. Brasília: MPF, 1998.
- BRASIL. Procuradoria Geral da República. *PFDC: Grupos de trabalho e relatorias temáticas*. Brasília: PGR, 2020. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gts/>. Acesso: ago. 2020.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Grupos de trabalho: Educação (2001-03)*. Brasília: PGR, 2006. Disponível em: http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/gt_encerrados/gt_enc_educacao.pdf. Acesso: ago. 2020.
- CARVALHO, Gilda. Apresentação. In: BRASIL/MPF. *Diretrizes temáticas PFDC*. Brasília: MPF, 2012.
- CASAGRANDE, Cassio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de caso*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GRANGEIA, Mario Luis. Entre gabinetes e fatos: Ministério Público Federal e direitos à educação e saúde. *Revista Brasileira de História e Ciências Sociais*. v. 9, n. 18. 2017. p. 116-136.
- GRANGEIA, Mario Luis; CARVALHAES, Flavio. *Dialogando por direitos: ativismo do Ministério Público à luz do projeto MP pela Educação (MPEduc)*. (Artigo final de Pesquisa Científica Aplicada). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2019.
- GRANGEIA, Mario Luis; CARVALHAES, Flavio; COELHO, Ruan. Alcance e limites do ativismo do Ministério Público como fiscal da educação. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. [no prelo].
- KERCHE, F. *Virtudes e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.
- PINEL DIAS, S. L. *Curso direito à educação: panorama das ações do MPF em educação*. Brasília: ESMPU, 2011. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informacao-e-comunicacao/eventos/apresentacao-gt-educacao.pdf>. Acesso em: ago. 2020.

SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. In: SADEK, M. T. (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000. p. 11-37.

SILVA, Cátia A. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de Justiça*. São Paulo: Edusp, 2001.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Dados*. v. 48, n. 4. 2005. p. 777-843.

WIECKO, Ela. *Palestra de abertura do XII ENPDC*. Brasília: MPF, 2006.

CIDADANIA E O NOVO NORMAL

Da justiça cosmopolita às práticas de efetividade jurisdicional

Matheus Muniz Guzzo¹

“Precisamos do conhecimento, visão e experiências de todos para responder às perguntas para as quais não temos resposta e para identificar as perguntas que ainda nem percebemos que temos que fazer.”

(TEDROS ADHANOM, DIRETOR-GERAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE)

Sumário: 1 Introdução. 2 Justiça e cidadania cosmopolitas. 3 Pandemia, cooperação e Judiciário internacional. 4 Protagonismo do Poder Judiciário brasileiro. 5 Considerações finais e transitórias.

1 · INTRODUÇÃO

De princípio, necessário se faz estabelecer o conceito de “comum”. Com efeito, *é como um*: o que o outro tem de mim e me identifico (NOVO NORMAL..., 2020). Nessa relação íntima entre o outro e o eu, o ser humano busca alguma forma de similitude no próximo para estreitar os laços de afeição entre si, ou mesmo criar barreiras à inclusão do diferente, formando, nesse viés, um padrão comportamental adequado a dadas circunstâncias de tempo e lugar.

O que é comum nem sempre é normal, entretanto. A ideia de normalidade nasce para estabelecer um ambiente de convívio social saudável, no qual as pessoas possam livremente exercer os seus direitos assegurados em dada ordem jurídica. “A normalidade, portanto, seria a constituição de um padrão que assegura às pessoas que estão contidas nele uma certa proteção, segurança, continuidade, e, portanto, sobrevivência”² (NOVO NORMAL..., 2020).

É nesse sentido de normalidade que, *v.g.*, o legislador busca no comportamento socialmente aceito a eleição dos bens jurídicos mais importantes a serem tutelados na fragmentária seara criminal. Nessa direção, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade” (PRADO, 1999, p. 47).

1 Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito.

2 Maria Aparecida Schirato (NOVO NORMAL..., 2020) ensina que o novo, de alguma forma, desinstala o indivíduo do que já conhece. Com o novo, ele espera um padrão de vida que não lhe pertence ainda. O novo vem carregado de necessidade de mudança, e a mudança é algo profundamente traumático e assustador.

Ocorre que a comunidade internacional depara hoje com um cenário jamais visto nas mesmas dimensões. A pandemia de Covid-19 surge para reformular aqueles padrões comportamentais outrora enrijecidos em um *status* de regularidade, obrigando o homem ao – inimaginável – isolamento social, à busca desenfreada de tratamentos imunológicos e médico-hospitalares, ao desenvolvimento de planos públicos e privados para a sustentação da economia e ao acordo internacional de cooperação entre os povos.

Tamanhas mudanças refletem diretamente no exercício da jurisdição, que é a forma de que o Direito se vale para solucionar os conflitos, mediante a substituição da vontade das partes por um terceiro imparcial. Atentos à transformação do novo tempo, juízes, promotores, defensores, advogados, serventuários, jurisdicionados, enfim, todos devem valer-se de seus indispensáveis papéis para contribuir com o enfrentamento da pandemia da forma menos traumática possível, e, por que não, viver o que de bom pode resultar o novo.

2 · JUSTIÇA E CIDADANIA COSMOPOLITAS

Numa das mais importantes obras da filosofia política do pós-guerra, a *Teoria da Justiça*, o norte-americano John Rawls (1997) defende a concepção de justiça seguindo um viés social de distribuição das parcelas de poder, fundada em princípios suficientes a assegurar direitos fundamentais e impor obrigações recíprocas para a pacificação social.

Rawls inaugura sua obra lapidando cara definição:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. (RAWLS, 1997).

À luz da inviolabilidade individual fundada na justiça, de que cada pessoa é portadora e que não pode ser lançada à margem do regramento, existem certas garantias individuais impassíveis de supressão em absoluto, ainda que no escopo de proteger outros direitos. Sistemáticamente, pode-se vislumbrar no art. 64, § 4º, da Constituição Federal as chamadas cláusulas pétreas, em que o constituinte originário, preocupado com a defesa dos direitos fundamentais, principalmente após um período de limitação de garantias, resguardou sob o pálio da Carta Magna a existência desse núcleo duro de direitos assegurados indistintamente a todos.

Nessa senda, os direitos amparados pela justiça não estão sujeitos ao acordo político ou ao cálculo de interesses sociais, sendo, portanto, invioláveis (RAWLS, 1997).

Dentro da ideia de *justiça equitativa*, a liberdade – indisponível em um regime democrático – se irradia à natureza jusfilosófica de cidadania. Paulo Bonavides (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009) ensina que o conceito contemporâneo de cidadania seguiu em direção a uma perspectiva em que os cidadãos não são apenas aqueles que votam, mas toda e qualquer pessoa que tem meios de exercer esse direito de forma consciente e participativa. Assim, cidadania é o requisito de acesso aos direitos sociais, como educação, segurança e previdência, e aos direitos econômicos, tais quais o salário justo e o emprego, que permitem o desenvolvimento de todas as potencialidades dos cidadãos, incluindo a participação ativa, organizada e consciente da construção da vida coletiva na democracia (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009).

A garantia das liberdades fundamentais, a igualdade de oportunidades e o tratamento favorecido dos menos favorecidos alicerçam a ideia de justiça equitativa, que pretende a formação de uma sociedade igualitária, onde os indivíduos possam, de fato, fazer uso dos recursos naturais e artificiais de forma solidária e renovável. Por força disso, todos os cidadãos teriam acesso aos direitos sociais e econômicos ofertados pela comunhão de pessoas, organização essa que contaria com a sua intervenção positiva, culminando na tomada de decisões democráticas.

Não obstante a incansável busca pela definição acadêmica de cidadania, vez ou outra associada aos elementos nacionalidade, política e povo, certo é que, a despeito desse tecnicismo, se tem procurado cada vez mais a tutela dos valores dela inerentes.

Já em 1789 a revolucionária *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), no seu artigo VI, previa que a lei deve ser igual para todos e assegura aos cidadãos a igualdade de dignidades, sem distinção que não seja dos seus atributos pessoais. Vê-se, tal como está escrito:

La loi est l'expression de la volonté générale; tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation; elle doit être le même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, à tous emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents.

Nessa esteira, se ausente o exercício da cidadania, torna-se impossível conceber em qualquer fase da história moderna uma comunidade guiada pelo bem comum, ante a própria falta da comunhão de pensamentos para a formação do aspecto de normalidade. O cidadão assume função imprescindível na formatação do socialmente aceito; mais que isso, do socialmente esperado, principalmente na relação vertical com o Estado, pois carece deste a proteção dos seus direitos mais caros. A afirmativa remonta ao pensamento rousseauiano sobre a teoria do contrato social:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e em que cada uma, ao unir-se a todos, só a si mesmo obedeça e continue tão livre como antes. Tal é o problema fundamental que no Contrato Social encontra solução. (ROUSSEAU, 2010).

Os anseios sociais do mundo contemporâneo exigem, na linha do exposto, a idealização de um novo projeto prático para a efetividade dos direitos individuais alcançados

na evolução histórica. No século XXI, a ampliação dos meios de acesso às tecnologias modificou intimamente a comunicação, permitindo a interação dos povos em tempo real. Constrói-se, pois, um ambiente internacional público, onde as diferenças e identidades culturais dialogam mutuamente, numa troca imediata de informação.

Esse vaivém de conteúdo altera constantemente a vida das pessoas. E, justamente em razão disso, deve-se questionar: os benefícios desse conjunto de tecnologias obedecem à igualdade plural?

No livreto *A paz perpétua* (1795), após desenvolver os artigos sobre o direito interno de um país, da forma republicana, e a formação da federação de Estados livres para o direito internacional, Immanuel Kant inaugura a teoria do cosmopolitismo dentro da ideia de sociedade sem fronteiras. Soraya Nour (2003) resume com maestria o pensamento kantiano:

O terceiro artigo definitivo é assim formulado: “o *direito cosmopolita* deve se limitar às condições de uma hospitalidade universal” (Kant, 1795:357). Ele é estabelecido a partir do princípio de que todos, originariamente, têm o mesmo direito sobre o solo (Kant, 1797:352) e, assim, “ninguém tem mais direito que um outro de estar em um lugar da Terra” (Kant, 1795:358). O direito sobre o solo não é um “direito adquirido” (Kant, 1797:238), como o que se pode ter sobre coisas, que é tratado pelo “Direito Privado” de Kant, mas sim um direito decorrente do direito à liberdade, um “direito originário”. Deste direito decorre o direito sobre o próprio corpo e, como o corpo precisa de espaço, a propriedade originária coletiva sobre o solo (Kant, 1797:353). Disso se origina o “direito de visita” (Kant, 1795:358), ou seja, o direito do cidadão da Terra de tentar a comunidade com todos e, para esse fim, de *visitar* todos os lugares da Terra (Kant, 1797:353), bem como o “direito à hospitalidade” (Kant, 1795:358), ou seja, o direito de, nessa tentativa de se relacionar com o outro, não ser tratado pelo estrangeiro como inimigo (Kant, 1797:352). A lesão ao direito, nesse caso, ocorre quando o que chega a um lugar não é aceito pelos que ali já estão. (NOUR, 2003, grifos do original).

Nessa linha, o *ciberespaço* e a *ciberdemocracia* tornam possível o Direito Cosmopolita, uma vez que facilitam o diálogo de informações entre os cidadãos da terra. A cooperação de homens e mulheres planetários em prol da hospitalidade ampla, possivelmente viabilizada, concretiza o Direito Cosmopolita, a depender do fator tempo e da vontade política de todos nós (ALMEIDA, 2003).

Esse diálogo internacional jamais se mostrou tão audível como no ano de 2020. Surge, portanto, a necessidade de efetivar-se a cooperação internacional das nações, marcando um divisor de águas nos rumos da humanidade, quando, pela força do invisível, homens e mulheres se veem obrigados à ampliada hospitalidade universal.

Percebe-se, à clarividência, que o sistema de marginalização social não encontra alicerce quando a humanidade é abalada pelo seu bem mais relevante: a vida. E, já não vale a defesa individual pelo instinto de sobrevivência, inútil se não observada à luz da conscientização coletiva.

3 · PANDEMIA, COOPERAÇÃO E JUDICIÁRIO INTERNACIONAL

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a elevação do estado de contaminação à pandemia de Covid-19, doença causada pelo *novo coronavírus* (Sars-CoV-2). Naquela ocasião, o diretor-geral da OMS, Tedros

Adhanon Ghebreyesus, alertou: “Pandemia não é uma palavra para ser usada à toa ou sem cuidado. É uma palavra que, se usada incorretamente, pode causar um medo irracional ou uma noção injustificada de que a luta terminou, o que leva a sofrimento e mortes desnecessários”.³

Dois dias após a declaração do diretor-geral, a OMS declarou que a Europa se havia convertido no novo epicentro da pandemia.

Entre 18 e 19 de maio de 2020, na 73ª Assembleia Mundial da Saúde, a primeira a ser realizada virtualmente, uma resolução histórica foi aprovada para unir o mundo na luta contra a pandemia de Covid-19, copatrocinada por mais de 130 países – o maior número já registrado – e adotada por consenso. Quatorze chefes de Estado participaram das sessões.⁴ No discurso de encerramento, Tedros Adhanom exclamou:

O COVID-19 tirou de nós as pessoas que amamos. Ele nos roubou vidas e meios de subsistência; abalou os pilares do nosso mundo; e ameaça destruir o tecido de nossa cooperação internacional, mas também nos lembrou que, apesar de todas as nossas diferenças, somos uma raça humana e somos mais fortes quando estamos unidos.⁵

Até o encerramento deste artigo, a Johns Hopkins University & Medicine, responsável pelo Coronavirus Resource Center, contabilizava mais de 26 milhões de casos confirmados e mais de 860 mil mortes provocadas pela Covid-19 no mundo.⁶

Nessa disseminação desmedida de sofrimento e angústia, o coronavírus finca um marco definitivo na cosmopolia das relações humanas, consagrando a hospitalidade recíproca agora cabalmente necessária. Os povos de todo o globo, ameaçados em conjunto, quiçá do próprio extermínio da raça humana, unem-se em esforços comuns para a busca de soluções concretas para a salvaguarda da vida, afinal, a doença não enxerga os padrões sociais normatizados pela civilização, bastando a ela o simples e frágil conjunto de atributos biológicos do corpo. De uma forma ou outra, pelo vírus, põe-se o homem em pé de igualdade; pés descalços de humildade.

O impacto econômico e social torna-se evidente no gritante número de vítimas, na redução de empregos, na queda de arrecadação pública e privada, no aumento do número de infrações penais, no medo, na ansiedade e na depressão. Como se não bastasse, acusações de corrupção na saúde pública, devastações ambientais, desvio de poder e ofensas aos direitos humanos internacionais encontram espaço para o *boom* no terreno de instabilidade político-social criada pelo sofrimento, pela dor e pelo medo.

Como asseverado alhures, numa sociedade justa, as liberdades da cidadania são consideradas inderrogáveis. Se nesse sistema de repartição de poderes em que o exercício do comando é transferido para determinados agentes, que deveriam zelar pela tutela das garantias individuais, tal sistemática não ocorre, surge o Poder Jurisdicional como grande zelador e promotor dos direitos fundamentais.

3 Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>. Acesso em: 12 jul. 2020.

4 Disponível em: <https://www.who.int/es/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>. Acesso em: 12 jul. 2020.

5 Disponível em: <https://www.who.int/es/news-room/detail/19-05-2020-historic-health-assembly-ends-with-global-commitment-to-covid-19-response>. Acesso em: 12 jul. 2020.

6 Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/>. Acesso em: 3 set. 2020.

O professor Pedro Lopes Ferreira, diretor do Centro de Estudos e Investigação em Saúde da Universidade de Coimbra, atento às particularidades da União Europeia, especialmente no que concerne aos efeitos da pandemia em Portugal, alerta:

Se quisermos sobreviver em termos de saúde e politicamente, os nossos legisladores e dirigentes políticos têm de alterar substancialmente a forma como encaram o setor da saúde na sociedade portuguesa. A experiência que estamos a viver bem demonstra que a frase “a saúde em todas as políticas, todas as políticas na saúde” da OMS faz cada vez mais sentido. A experiência atual revela que é imperioso que o Ministério da Saúde ascenda a posições superiores na hierarquia interna dos governos em Portugal. É urgente o desenvolvimento de políticas inovadoras e serviços públicos personalizados para a pessoa idosa e dependente, bem como medidas direcionadas para a habitação, o emprego, a assistência médica, as infraestruturas, a proteção social e a melhoria das condições dos lares, entre muitas outras. (FERREIRA, 2020).

Cabendo, assim, ao Judiciário uma prestação pública célere e atenta às vivências da sociedade em tempo real, é hora de uma efetiva mudança nas maneiras com as quais o poder estatal é desempenhado. Novos tempos exigem, pois, novas posturas.

Em Portugal, entre as inúmeras medidas adotadas pelas autoridades públicas destacam-se aquelas atinentes à seara penal, que visam prevenir os riscos de contágio que incidem sobre a população prisional portuguesa. Num primeiro momento, a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais aprovou várias medidas que visam diminuir os riscos de introdução do coronavírus no sistema prisional a partir do exterior. No dia 10 de abril, por iniciativa do governo, a Assembleia da República aprovou um “Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19” (Lei n. 9/2020, de 10 de abril de 2020).⁷

Em busca da redução do efetivo carcerário lusitano, a Lei n. 9/2020 dispôs no seu artigo 2º que *são perdoadas as penas de prisão de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, de duração igual ou inferior a dois anos*, dentre outras medidas de perdão parcial de penas de prisão, regime especial de indulto das penas, regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados e antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional.

De outro continente, a justiça norte-americana inaugurou, também, novos capítulos nos anais da Suprema Corte.

A título de exemplo, a discussão final das causas (*oral arguments*) era apresentada em audiência presencial perante os nove ministros (*justices*) da Suprema Corte dos Estados Unidos. A realização desse ato físico bem ilustra como é – ou era – a preservação da praxe forense pelo tribunal estadunidense.

Com a expansão do coronavírus e a conseqüente necessidade de adoção de medidas de prevenção, partindo precipuamente dos poderes instituídos, a Corte deu um relevante passo para a modernização do seu sistema de justiça, como registra José Rogério Cruz e Tucci:

7 Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/131338919/details/maximized>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Pois bem, por força do distanciamento social também recomendado na cidade de Washington, quebrando secular tradição, a Suprema Corte norte-americana, no último dia 4 de maio de 2020, determinou que a sessão de apresentação dos *oral arguments* passasse a ser realizada por meio virtual remoto, restringindo-se ao áudio, disseminado ao vivo pela internet. E, de fato, a primeira sessão de debates nesse sistema inédito foi o de n. 19-46, *U.S. Patent and Trademark Office v. Booking.com*, cuja questão central pode ser resumida na viabilidade ou não de registro do domínio eletrônico *booking.com*. [...] Por fim, apresentada a síntese dos argumentos pela advogada da demandada, a discussão, que durou aproximadamente 1h15m, foi encerrada pelo ministro presidente, declarando apenas: “*case submitted*”, ou seja, processo já submetido à corte e concluso para a prolação do veredito. (TUCCI, 2020).

Os *oral arguments* apreciados virtualmente pela Suprema Corte Americana representam um icônico marco no processo de informatização do plexo judiciário, servindo o *case* de referencial plenamente viável para a atualização da defasada forma de composição dos conflitos pela substituição das partes, dentro de um processo extenso e demorado, caracterizado pelo contato pessoal e pelo uso exacerbado de materiais de consumo.

Tribunais de todo o mundo editaram normas que viabilizassem o exercício da atividade judicante, como a redução dos expedientes forenses, a suspensão de prazos processuais, a virtualização dos processos físicos, o desenvolvimento remoto das atividades laborais, entre tantas outras ações criativas que, sobretudo, revelaram-se eficazes para a manutenção do estado de direito.

4 • PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2019 a extrema pobreza subiu no Brasil e já somava 13,5 milhões de pessoas sobrevivendo com até R\$ 145,00 mensais. A desigualdade é gritante. Como, então, levar àquelas pessoas a prestação jurisdicional efetiva, garantindo-lhes seus direitos fundamentais conquistados numa história chagada pela discriminação social e pelo seletivismo político?

Atento às mudanças introduzidas pelo “novo normal” e obediente ao seu mister constitucional, o Judiciário brasileiro inaugurou uma série de medidas para viabilizar o acesso à justiça, contribuindo enormemente para a manutenção dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal (STF) lançou no dia 27 de março de 2020 o “Painel de Ações Covid-19”, uma plataforma dinâmica e interativa em que é possível acompanhar as ações perante a Corte relacionadas à pandemia do coronavírus, com atualização automática a cada cinco minutos. O mecanismo alerta os gabinetes dos ministros quando uma ação ou petição tem relação com a pandemia, impulsionando o trabalho dos gabinetes, que têm dado preferência a esses pedidos.⁸

Até o fechamento deste artigo, o portal do STF apresentava os seguintes números e gráficos:

8 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440336&ori=1>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Processos

4.982

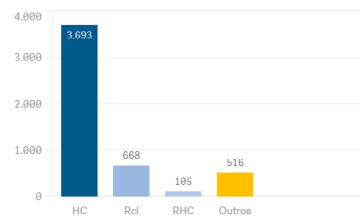
Decisões*

5.384

*Pode existir mais de uma decisão ou despacho por processo

[XLS](#) [CSV](#)

Classe



Assunto



Tipo de Decisão



Fonte: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 3 set. 2020.

Dentre tantas decisões de relevo imensurável, destaca-se a condução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709, que tem por objeto um conjunto de ações e omissões do Poder Público que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas. Em decisão proferida no dia 10 de julho de 2020, o ministro Luís Roberto Barroso deferiu parcialmente uma série de medidas cautelares em defesa à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, *caput*) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito dos povos indígenas de viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231).

O relator deferiu medidas como a criação de barreiras sanitárias, a constituição da Sala de Situação, a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato e determinou à União que formule, no prazo de até trinta dias, um plano de enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) e de representantes das comunidades indígenas.⁹

Uma das principais mudanças na realidade do Judiciário brasileiro foi a implementação e o incentivo à virtualização dos autos físicos de processos judiciais.

Em entrevista ao *Boletim Extra* da Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ), o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), desembargador Cláudio de Mello Tavares, revelou considerar que a pandemia do coronavírus definiu “uma nova normalidade para os serviços judiciais”: a “realidade digital”. Para o presidente do TJRJ, o Judiciário passou nos

⁹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

últimos três meses pela maior transformação digital vista na última década, demandando o novo tempo celeridade processual. Cláudio de Mello apontou a tecnologia como um ator relevante nesse processo de adaptação:

Durante este período foram prolatadas no Judiciário nacional mais de 5 milhões de sentenças e 8 milhões de decisões. Só no TJRJ foram aproximadamente 430 mil sentenças e 440 mil decisões. Muitas vezes o que a crise traz não é uma transformação total das realidades, mas, sim, uma aceleração de realidades que já apontavam cenários de futuro. Alguns exemplos são o trabalho remoto (*home office*) e a economia freelancer, com o enfraquecimento das organizações e a necessidade de trabalhar de forma independente. Isso gera vários desafios para a economia, para a sociedade e para o Judiciário. O interessante é a reflexão sobre um novo contexto de mundo, uma nova normalidade e uma nova realidade, pós-Covid-19. Nesse ponto destaca-se cada vez o comprometimento de uma prestação jurisdicional célere e efetiva e também a busca por medidas alternativas de solução de conflito.¹⁰

O espírito de solidariedade também invadiu os muros das instituições essenciais. A Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) iniciou no mês de abril campanha destinada a recolher fundos em prol da população mais vulnerável ao coronavírus. Em apenas três meses de arrecadação voluntária, foram contabilizados R\$ 82.528,00, destinados a 41 instituições do projeto Ação da Cidadania, idealizado pelo sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, em 1993. O programa forma uma imensa rede de mobilização de alcance nacional para ajudar 32 milhões de brasileiros que, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), estavam abaixo da linha da pobreza. O principal eixo de atuação da Ação da Cidadania é uma extensa rede de mobilização formada por comitês locais da sociedade civil organizada, em sua maioria compostos por lideranças comunitárias, mas com participação de todos os setores sociais.¹¹

Como se vê, a pandemia do coronavírus veio vestir nova roupagem ao Judiciário, transformando padrões anteriormente estabelecidos e gerando uma nova normalidade imbuída de valores humanos como a caridade, a humanização e a solidariedade. No âmbito das instituições, objetivos que já eram traçados para o Direito contemporâneo saíram das folhas de papel, como o uso mais aprofundado das tecnologias e a celeridade processual, desembocando na almejada efetividade das decisões judiciais.

Por mais antagônico que pareça, esse novo tempo cintila um avanço da humanidade. Buscam, assim, os Poderes Constituídos o caminhar na mesma velocidade dessa incógnita etapa de transição econômica, política e social.

5 • CONSIDERAÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

São transitórias pela própria ausência de definitividade. Não há como assegurar que dentro de instantes os relatos deste artigo se mostrarão condizentes com a

10 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7331672>. Acesso em: 13 jul. 2020.

11 Disponível em: <https://www.amperj.org/blog/2020/07/07/amperj-encerra-campanha-em-auxilio-as-vitimas-do-coronavirus/> e <http://www.mprj.mp.br/coronavirus-covid-19/campanha-amperj>. Acessos em: 13 jul. 2020.

realidade, porque o mundo avança aceleradamente. Na data de produção do presente estudo, ainda não existe vacina para imunização contra o coronavírus. Talvez amanhã já o tenha. Não importa, um legado foi deixado.

O comportamento “normal” sofreu drásticas alterações. A higienização corporal e dos ambientes públicos e privados e o uso de máscaras de proteção são, também, exemplos das mudanças referentes ao socialmente aceito. Nunca se imaginou uma realidade como a vivida no ano de 2020.

Do mesmo modo, a cooperação humanitária internacional nunca recebeu tanto relevo quanto agora. Povos de todas as etnias, culturas, religiões e regiões do planeta comungam num só objetivo, como se se consolidasse uma espécie de sociedade unitária de nações, em que os valores maiores são pautados na pura e simples dignidade da pessoa humana.

A experiência internacional aponta boas práticas que podem se revelar viáveis para incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. Do mesmo modo, o pioneirismo do Judiciário nacional – um dos mais bem estruturados do mundo – serve de exemplo para a comunidade internacional. A reciprocidade das descobertas estreita, pois, o laço entre os povos.

No plano individual, práticas humanísticas são adotadas como regra pelas pessoas. Os servidores públicos e os profissionais da saúde, exatamente por servirem à população, apropriam-se do protagonismo deste novo tempo, afinal, a complexa máquina estatal que presta os serviços indispensáveis para a sobrevivência digna é movida pelas mãos firmes e, mais que nunca, afáveis dos seus agentes delegatários.

Assim, como reflete o professor Pedro Lopes Ferreira (2020), embora não se saiba o que será a “normalidade” do pós-pandemia, de uma coisa não há como discordar: haverá um mundo diferente, e a relação que homens e mulheres terão entre si nunca mais será a mesma. Caberá a todos não cometer os erros do passado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Do direito internacional público ao direito cosmopolita: o direito internacional dos direitos humanos (DIDH) como transição*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2003. Disponível em: <https://nevp.prp.usp.br/wp-content/uploads/2014/08/down028.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Pedro Lopes. E depois da Covid-19. *UC against COVID-19*, Coimbra, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.uc.pt/covid19/article?preview=true&key=a-c1352b39d1>. Acesso em: 12 jul. 2020.

NOUR, Soraya. Os cosmopolitas. Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-46, jun. 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292003000100001#topo1. Acesso em: 13 jul. 2020.

NOVO NORMAL: entenda melhor esse conceito e seu impacto em nossas vidas. Maria Aparecida Rhein Schirato analisa o conceito de novo normal, a busca do ser humano pela normalidade e como encarar o novo da melhor maneira. *Insper*, São Paulo, 7 maio 2020.

Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/novo-normal-conceito/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Mário Francisco de Sousa. Oeiras: Editorial Presença, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tradição da Suprema Corte dos EUA é quebrada pela Covid-19. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/paradoxo-corte-tradicao-suprema-corte-eua-quebrada-covid-19>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ESTADO E CRIMINALIDADE

A omissão estatal em relação à segurança pública no Brasil

Maximiliano de Oliveira Rodrigues¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito à segurança pública. 2.1 Estado Democrático de Direito e direitos humanos. 2.2 A segurança pública como direito fundamental. 2.3 A segurança pública na Constituição Federal de 1988. 2.4 A política de segurança pública no Brasil. 3 Razões por trás da crise de segurança: olhando para grandes problemas. 3.1 Polícia para quem? E violência policial. 3.2 A falência do sistema prisional influencia a segurança pública na rua. 3.3 A ausência de segurança pública e a insegurança coletiva: causas sociais da violência e da criminalidade. 4 Alternativas que podem ser trabalhadas na tentativa de diminuir os problemas da violência, criminalidade e insegurança. 4.1 A integração do sistema de segurança pública. 4.2 A construção de uma polícia cidadã no Brasil. 4.3 A participação popular nas políticas de segurança pública. 4.4 Reestruturação do sistema prisional, caminhos para a reforma. 5 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

O presente artigo procura demonstrar os múltiplos desafios a enfrentar quando falamos do tema da segurança pública e tem entre os objetivos exercitar reflexões para a compreensão dessa matéria.

A temática da gestão da segurança composta por desafios nos remete ao aspecto da construção social desse problema da violência e sua problematização sociológica. É um fenômeno complexo que merece muita discussão. Envolve reflexão sobre o cenário brasileiro atual, palco de fenômenos que não são novos. Utilizando-se do método dedutivo, a partir de bibliografia, dados, documentos e leis, constrói um panorama da área através de uma narrativa da configuração da segurança pública no País, sob o ponto de vista sociológico, englobando polícia e crime, com algumas de suas causas sociais; justiça; sistema penitenciário; e políticas de segurança pública. Narrativa que defende que há uma forte contradição entre os princípios democráticos inaugurados com a Constituição de 1988 e as práticas institucionais das polícias e do sistema de justiça criminal.

Entre as justificativas para o estudo, está desconstruir princípios estabelecidos na sociedade, considerados como solução para todos os problemas, tais como: bandido bom é bandido morto; leis mais pesadas; mais repressão e mais polícia; mais encarceramento; tolerância zero; diminuição da maioria penal; e outras ideias com mesmo viés repressivo.

1 Agente de Segurança Institucional no Ministério Público Federal. Pós-graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública na Universidade Estácio de Sá.

A sociedade acusa o Estado de ser omissivo em relação a esse problema, as estatísticas criminais e a sensação de insegurança da população confirmaram-se como o grande ponto vulnerável de sucessivos governos, embora a Constituição afirme que a segurança pública é dever do Estado e uma responsabilidade de todos.

Segurança pública é um tema de relevância em nossa sociedade. Debatida e apropriada por políticos, governantes e cidadãos, a questão da segurança pública se tornou ainda mais importante em decorrência do processo de desenvolvimento econômico e social que vivenciamos no Brasil nas últimas três décadas. A violência urbana, que assola diversas cidades brasileiras, traduz-se em um sentimento generalizado de insegurança, mudando hábitos e comportamentos da população. Inúmeros são os estudos e pesquisas realizados que tratam da violência urbana e dos fatores a ela relacionados; este é mais um que se soma na tentativa de refletir a respeito do tema, na busca por alternativas.

Não se pretende oferecer uma fórmula mágica e milagrosa de controle da criminalidade. Objetiva-se, sim, estudar alguns dos fatores constituintes da insegurança, ou da falta de segurança pública, e propor alternativas que auxiliem a minimizar o problema.

2 · O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

2.1 · ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS

O Estado Democrático de Direito é caracterizado, de acordo com a orientação de Marchi (2010, p. 24), pela submissão ao império da lei. Conforme nos ensina Barreira (2010, p. 99), dizemos que é o Estado submetido ao Direito, “o Estado Democrático de Direito, portanto, é o Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores humanos nela consagrados” (CUNHA JR., 2012, p. 543). Assim, a atuação estatal deve ocorrer respeitando o previsto na legislação, especialmente na lei maior de qualquer Estado, sua Carta Constitucional. A autoridade pública deve agir em consonância com o Direito. Há outro princípio capital que estabelece ao cidadão o direito de ser respeitado pelo Poder Público e pela Administração, esperando, com isso, a garantia de seus direitos individuais.

Ao longo da história presenciamos a afirmação de determinados direitos e sua classificação em gerações. A partir dos ideais da Revolução Francesa de 1789, Marchi (2010, p. 39-40) propõe a seguinte interpretação das gerações de direitos: na primeira geração, estabeleceu-se ao ser humano o direito à vida e à liberdade, relativos à individualidade. Já na segunda, os direitos envolviam trabalho, respeito e existência material, considerados como direitos sociais. Na terceira geração, o Direito transcende os direitos civis ou individuais, pretendendo ver o ser humano respeitado em toda plenitude de sua dimensão humana; são os direitos difusos e transindividuais.

É fim do séc. XVIII, e o direito à segurança já denotou sua importância quando foi citado na primeira geração de direitos (BOBBIO, 1992), no documento “Declaração de Direitos da Virgínia” (1776), em seu artigo 3º, mencionando a “proteção e segurança do povo”. Na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo XII, fez referência ao tema segurança pública, ficando expressa a ação do Estado para assegurar os direitos humanos.

Para que a dignidade humana seja respeitada e levada em consideração e convertida em realidade concreta, e, assim, os direitos fundamentais sejam observados,

o Estado conta com o monopólio legítimo da violência física. Weber (2004 *apud* DIAS, 2011) nos ensina sobre a necessidade de se ter uma concentração de armas e homens armados sob uma autoridade. O Estado moderno é uma associação política autorizando a coerção física. Noutro estudo, Barreira (2010, p. 94) argumenta em mesmo sentido e vê a política como uma disputa pelo poder, tendo a violência como forma básica de manutenção desse poder.

2.2 · A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A segurança pública é responsável por um papel fundamental na manutenção do Estado de Direito. Em conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional e tendo como limite de sua atuação os direitos fundamentais da pessoa humana, os órgãos ligados à segurança pública são indispensáveis à convivência pacífica, à repressão do crime e à fruição de direitos de uma sociedade democrática, conforme Machado (1993, p. 29).

Em pleno século XXI, a sociedade brasileira enfrenta graves problemas envolvendo cidadania e direitos humanos, em razão do aumento da violência e da criminalidade. São graves violações aos direitos humanos, com o desrespeito à cidadania, fruto de muita violência e de alta criminalidade, gerando um clima de insegurança e intranquilidade na sociedade, e isso traz um problema mais grave, que é a formação de uma cultura do medo.

Conforme Silva (2012, p. 67), segurança pública como dever do Estado e direito fundamental do cidadão e da coletividade nos remete ao Pacto Social, quando todos os indivíduos abriam mão de parcela de suas liberdades para dar origem ao Estado, que, em contrapartida, com o monopólio do uso da força, ficou encarregado de proporcionar segurança a todas as pessoas no espaço de sua soberania.

Em relação à segurança pública, é notória a ineficiência: basta ver os altos e crescentes índices de criminalidade, o aumento indiscriminado de encarcerados, levando ao problema de superlotação dos presídios, o descontrole em relação ao tráfico de drogas e armas, entre outras tantas causas que contribuem para a incapacidade estatal naquilo que envolve segurança pública.

Souza (2015), ao abordar o tema segurança, informa ser um direito fundamental, predominantemente difuso, que os cidadãos e a sociedade possuem de se sentirem protegidos, em razão das políticas de segurança pública praticadas pelo Estado e da prestação adequada e eficaz desse serviço público.

2.3 · A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, nasceu um novo Brasil, instituído como Estado Democrático de Direito, tendo como objetivos a garantia dos direitos individuais e sociais, principalmente a vida, a liberdade, a segurança, a igualdade e a propriedade, apresentando dentre os seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Conforme o mandamento contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a segurança passa a ser considerada direito individual. A segurança é, também, considerada um direito social do cidadão, e por esta razão, outra vez, é mencionada no art. 6º do mesmo Documento Constitucional.

Ao contrário do que aconteceu na economia e em outras áreas de política social, a transição democrática não permitiu reformas mais profundas nos órgãos de polícia, na justiça criminal e nas prisões brasileiras, muito pelo contrário. As instituições, em suas arquiteturas e funções constitucionais, modificaram-se quase nada. Falando em linguagem mais direta: no funcionamento de todo o sistema penal, é notável a manutenção de práticas institucionais e organizacionais baseadas em ação violenta e discricionária do Estado. Diante dessa constatação, Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 124) afirmam “não existir consenso de que a moral do sistema penal seja a defesa da vida, como previsto no artigo 5º da Constituição”.

A expressão “segurança” está positivada no Preâmbulo, além de figurar no *caput* dos arts. 5º e 6º, momento em que o Estado assegura o direito social à segurança. Além disso, no art. 144 do texto constitucional é expressa de maneira direta a questão da segurança pública, pois é nele que estão elencados os órgãos componentes do sistema e suas devidas atribuições. Os órgãos responsáveis pelo cuidado com a segurança pública são: polícia federal; polícia rodoviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares, cada um com sua devida competência estabelecida.

Quando o legislador constituinte estabeleceu no *caput* do art. 144 que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, surge uma questão: com o termo “responsabilidade de todos”, estaria o constituinte chamando a sociedade à participação?

A impressão que passa é de que a intenção foi esta: estimular a participação popular. Antevendo que somente os órgãos mencionados não dariam conta de tamanha responsabilidade, deixou implícito que a democracia necessitaria da participação popular.

Considerando que o problema da segurança é de todos nós, está corretíssimo o que afirma Soares (2006, p. 111): “[O]u todos estaremos seguros ou viveremos, todos, no medo e na insegurança, tal a situação vivenciada atualmente pela sociedade brasileira”.

Segundo Silva (2012, p. 82), no imaginário popular a presença de mais policiais nas ruas pode inibir o cometimento de crimes, que os efetivos das polícias devem ser multiplicados, que quanto mais polícia nas ruas, melhor, como se esta fosse a solução. Ideia nesse sentido é considerada a solução mais básica para o extermínio da criminalidade, porém até o momento se mostrou ineficaz, mas continua como a salvadora de todos os problemas.

O entendimento de Bengochea *et al.* (2004, p. 120) afirma que vivemos um momento de transição, pois a democracia brasileira é jovem, os problemas de violência e da criminalidade são complexos e, assim, devem receber tratamento adequado. Da mesma forma, a função policial precisa ser entendida dentro de sua complexidade característica. Existe demanda por segurança pública para que seja um serviço de qualidade, e que, acima de tudo, a polícia respeite e garanta os direitos do cidadão para o qual o serviço está sendo prestado.

2.4 · A POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Da lição de Moura (2014, p. 56) extraímos que, nas décadas de 1980 e 1990, a preocupação da sociedade brasileira era a luta contra o arbítrio e os resquícios da ditadura, dado o momento histórico. Recentemente, a violência e a criminalidade

deixaram de ser exclusivas dos subúrbios e passaram a ocorrer também nas áreas nobres das cidades, atingindo as camadas privilegiadas da sociedade; foi aí que iniciou um debate mais marcante a respeito do tema, buscando alternativas para resolver o problema.

Para compreender como os governantes tratam políticas sociais, Soares (2007, p. 83) recorda da tragédia do sequestro do ônibus 174, no coração da Zona Sul carioca. Era junho de 2000, um jovem tomou de assalto o veículo, transformando a cena num triste espetáculo televisivo. Como resultado, a morte de uma refém diante das câmeras da TV. Estávamos em meados do segundo mandato do governo Fernando Henrique Cardoso. Até então, sucessivos ministros da Justiça elaboravam lentamente um plano nacional de segurança. Na época, a preocupação econômica era o foco do governo. Com o desfecho do caso, o presidente da República ordenou a seus auxiliares que tirassem da gaveta o plano, na tentativa de demonstrar à sociedade o comprometimento da equipe com a questão que envolvia a segurança pública. É fácil concluir que no calor da hora, na pressa para dar uma resposta à sociedade, boa coisa não poderia resultar. O primeiro plano de segurança pública da recente história democrática fora elaborado em, surpreendente, uma semana.

Esse flagrante comprova o descaso com a segurança pública. O que deveria ser política de Estado, situando-se acima das picuinhas político-partidárias, torna-se política de governo, ficando restrita a quatro anos de mandato.

Dado o que está acontecendo hoje em nosso País em relação à classe política, é possível afirmar que a maioria não tem nenhuma preocupação com o que pensa o eleitor, o foco é garantir mais um mandato, custe o que custar. É fácil entender por que as políticas de segurança não funcionam. Projetos nessa área demandam tempo para que os resultados apareçam. Normalmente tempo superior ao de um mandato. Isso envolve um custo político que nenhum governante tem coragem para assumir.

E Soares (2007, p. 91) nos ensina mais, informando que o político vive uma armadilha política em razão da contradição entre o ciclo eleitoral e o tempo para surgimento dos resultados de políticas públicas, comprovando a ideia de que o único interesse é pela manutenção do mandato.

As políticas públicas de segurança não se articulam com as demais políticas sociais nem com os órgãos da própria Administração que as instituiu, seja em nível federal, estadual ou municipal. Não há comunicação eficiente entre os órgãos do Poder Público. Os recursos materiais e humanos envolvidos nessas políticas não são utilizados de forma adequada. Prova disso é que, até pouco tempo atrás, o governo federal anunciava que o problema da segurança pública era responsabilidade dos governos estaduais, esquecendo a previsão constitucional que implica a responsabilidade a todos.

Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 126) contribuem, na mesma linha, afirmando a inexistência de um projeto de políticas de segurança pública, principalmente respeitando os requisitos da democracia e a garantia de direitos humanos. O controle social está sob a responsabilidade das polícias militares, que muitas vezes pautam suas ações no confronto.

Importante lembrar que estamos falando de Brasil, povoado por uma sociedade complexa e formada por diferentes segmentos sociais. É nesse território continental que se observa o quadro dramático da segurança pública. A gestão da segurança

está embasada no amadorismo, constituindo um desastre histórico para o povo. Conforme asseveram Costa e Balestreri (2010, p. 63), são décadas de demagogia e má politização. A lição de Abreu (2010, p. 119-120) corrobora a ideia de que, com o descontrole nos índices de criminalidade e violência, as alternativas, novamente, são mais armas e mais policiais, sem levar em consideração as evidentes deficiências humanas e materiais presentes nas corporações.

No entendimento de Silva (2012, p. 88), em razão de deficiências e equívocos de todas as ordens, é um sistema complexo que não está apto para o cumprimento de sua finalidade, como provam muitos números apresentados em relatórios de violência e criminalidade. Apesar disso, há um fator positivo: a questão da segurança pública deixou de ser um assunto de responsabilidade do Estado, passando a ser discutido por todos os segmentos da sociedade.

3 · RAZÕES POR TRÁS DA CRISE DE SEGURANÇA: OLHANDO PARA GRANDES PROBLEMAS

3.1 · POLÍCIA PARA QUEM? E VIOLÊNCIA POLICIAL

Na história brasileira, o conceito de segurança pública sempre foi relacionado com poder de polícia, e após a promulgação da Constituição Federal é que surgiu a preocupação envolvendo os direitos humanos. Das lições de Lanfranchi (2014, p. 79) e Bengochea *et al.* (2004, p. 121), extraímos os ensinamentos a respeito do desenvolvimento histórico da polícia no País. Afirmam eles que foi uma instituição criada para proteção da elite brasileira, nas suas mais diversas épocas.

No período imperial destacavam-se os serviços prestados aos nobres, donos das terras. Com a proclamação da República, em 1889, o poder e a riqueza permaneciam nas mãos da elite, formada pela oligarquia cafeeira. O Estado criou a polícia política, que fazia a perseguição dos movimentos insurgentes contra o sistema e a proteção do patrimônio das oligarquias. Em momentos históricos marcantes, Era Vargas (1937-1945) e durante a ditadura militar (1964-1984), o poder de polícia estava baseado na relevância política. A técnica policial nesses períodos era fundada em práticas de tortura, chegando até execuções sumárias.

A partir da análise do desenvolvimento histórico, podemos afirmar que a polícia, no Brasil, em todas as épocas, esteve e está a serviço dos interesses das classes dominantes. Pensar no controle das atividades policiais exige uma compreensão histórica e política das polícias, sob pena de cairmos na armadilha do mito de que a polícia está para proteger todos. Mesmo nos regimes democráticos, com governos ditos progressistas, a polícia agiu e age de modo a conter a população mais pobre e criminalizar movimentos e lideranças sociais.

Reforçamos esse conceito a partir do entendimento de Bengochea *et al.* (2004, p. 121), ensinando-nos que a polícia foi criada e é dirigida para proteger a classe dominante, pequena na relação com a grandeza de excluídos existente em nossa sociedade. É como se fosse um órgão do Estado a serviço de particulares, voltado para a defesa de uma minoria restrita. A ordem da classe dominante é para que a polícia a defenda contra os perigosos ou inconvenientes da sociedade.

A principal forma de atuação policial no Brasil é através do uso da força, seu instrumento de intervenção. Ocorre de maneira amadora, sem qualificação, não leva em consideração as consequências dessa atuação e, em elevado número de vezes, despreza a legalidade.

Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 129-130) informam ser a reação à forma padrão de atuação policial. Caracteriza-se pela imprevisibilidade das ações, pela irracionalidade e pelo uso excessivo da força, ignorando previsões legais. Como exemplo dessa prática é possível citar o policiamento nas favelas, baseado em incursões. A lógica é a da imprevisão, e para os moradores isso é uma constante invasão de suas vidas cotidianas.

A irracionalidade se confirma com base nas justificativas apresentadas para as incursões; normalmente, a motivação é o cumprimento de mandados de prisão, para captura de traficantes e foragidos, apreensão de armas e drogas, intervenção em conflitos entre facções rivais. Não são levados em consideração os custos de cada ação, o efetivo resultado para a diminuição dos índices de violência e criminalidade e muito menos o quanto melhoram a vida da comunidade. O que aparece são os números de mortos, de presos e de apreensões.

Embora ainda exista um número significativo de pessoas que aceitem a prática de violência pelas instituições policiais, não é possível que uma nação que se diz democrática e civilizada permita um alto índice de mortes através das mãos desses agentes. A crescente violência não deve ser combatida pela mesma violência partindo das mãos do Estado.

Segundo Soares (2006, p. 117), um círculo vicioso ocorre dentro da instituição policial, marcando negativamente a imagem da corporação. Embora os problemas não envolvam a maioria, são inegáveis as práticas de corrupção, tortura, chacinas, execuções sumárias, disputas internas, ineficiência e má politização. Ramos (2007, p. 74) nos ensina que quem mais sofre com esse círculo de violência e criminalidade são as populações pobres, das favelas e dos subúrbios, que se encontram entre a opressão dos traficantes e seus grupos armados e a corrupção e violência das forças policiais.

Na visão de Soares (2006, p. 117), existem muitos problemas internos que impedem o adequado funcionamento dos órgãos policiais. Há falta de valorização dos profissionais tanto financeiramente quanto em relação à formação para o desempenho das atribuições. É possível vislumbrar a falta de avaliação de operações, consequência da falta de planejamento. Resultam em organizações ineficientes, sem inteligência ou criatividade em suas ações, perdendo o respeito e a confiança da população. A verdade é que a instituição polícia está falida. Sua forma de organização encontra-se esgotada, urge pensar fórmulas mais modernas que atendam aos requisitos da democracia e às exigências do mundo atual, envolvendo garantia e respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Em observância a nossa Constituição Federal, a polícia deveria ater-se a sua função: preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Entretanto, na lição de Silva (2010, p. 82), isso não ocorre porque “o sistema te empurra para fazer o que sempre foi feito, qualquer mudança no sentido de imprimir nova direção, novos valores, inclusive para atender à dinâmica da sociedade, você vai ter muita dificuldade”. É uma luta contra uma ideologia.

3.2 · A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL INFLUENCIA A SEGURANÇA PÚBLICA NA RUA

O Brasil figura entre as sociedades que mais encarceram no mundo. Está consolidado o entendimento de que prendemos muito, mas prendemos mal. Atualmente, no País, existem 654.372 presos. São dados extraídos de um levantamento realizado pelo CNJ, cuja preocupação está na quantidade de prisões provisórias – 34% do total de presos – e no tipo de crime que está levando o desviante a ser encarcerado. Toda essa quantidade de presos existe sem levarmos em consideração uma possível melhora nos serviços de investigação dos órgãos policiais. Imaginemos, como nos fazem pensar Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 131), que, apenas para citar um tipo específico de crime, os homicídios sejam todos esclarecidos, em torno de 60 mil anuais. Onde colocaríamos essas pessoas responsáveis por crimes graves, uma vez que o sistema já apresenta um déficit de mais de 220 mil vagas? Certamente o quadro do sistema prisional seria agravado. Parece visível que a política criminal está equivocada. É necessária uma mudança urgente na tentativa de minimizar esse caótico problema.

Dos números informados pelo levantamento do CNJ, duas questões chamam atenção: primeira – quantidade total de presos provisórios ocorre porque muitos ficam detidos além do necessário, pela simples falta de acompanhamento, dependentes de uma precária assistência judiciária, seja por parte da promotoria, pelo lado do sistema judiciário ou pela própria administração penitenciária.

A prisão provisória nos apresenta um problema interessante de difícil solução: a necessidade de eficiência do Direito Penal *versus* o razoável prazo de duração do processo. E esse problema precisa ser resolvido, utilizando ferramentas diferentes das que usamos hoje, porque não estamos obtendo resultados satisfatórios.

De volta aos números apresentados pelo CNJ, a segunda questão a que devemos nos ater é para os tipos de crimes que mais têm levado à prisão ultimamente. Dentre os presos provisórios, 62% estão encarcerados por crimes relacionados ao tráfico de drogas ou por crimes contra o patrimônio (roubo ou furto). O percentual de presos acusados de crimes contra a pessoa fica em torno de 15%.

De acordo com estudo de Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 130), em pesquisa semelhante, esses valores confirmam o baixo índice de esclarecimento dos crimes contra a vida, evidenciando o aspecto central assumido pela questão patrimonial. Nas palavras dos autores, “prende-se muito mais para regular a circulação indevida de riqueza do que para prevenir violência e garantir vidas”. O sistema penal voltou suas garras para o combate aos crimes patrimoniais e de tráfico de drogas e deixou de lado o crime mais grave, que é o atentado contra a vida.

Somos obrigados a pensar a respeito do alerta de Soares (2006, p. 95), quando nos lembra que a Lei de Execução Penal foi promulgada em 1984 e que há muito tempo não é cumprida; assim, “não se pode prender aos milhares e despejar essa multidão no inferno, dotando a massa de ferramentas de organização e ação criminosa”. O que acontece é que a bomba-relógio fica cada vez mais perto de explodir.

Exemplos de violações e problemas facilmente identificáveis: superlotação além de todos os limites aceitáveis; presos são misturados independentemente do tipo de crime cometido; falta de acompanhamento de sua situação jurídica; condições de higiene e salubridade longe do razoável; enfim, condições absolutamente

degradantes. Raríssimas são as oportunidades para estudo e trabalho. Sobre os problemas que envolvem a arquitetura carcerária: as penitenciárias são muito grandes, o que acarreta dificuldade na administração e na vigilância. Apesar do tamanho, ainda assim há superlotação, que é responsável por transformar as cadeias em verdadeiras fábricas de violações de direitos individuais.

O descumprimento estatal em relação à Lei de Execução Penal é a motivação principal de rebeliões e outros desdobramentos maléficos. Como os presos não possuem meios para exigir do Estado tal cumprimento, resta-lhes a revolta contra o sistema. Quando o problema não é tratado adequadamente, o resultado pode ser a conversão da indignação justa em combustível criminoso para práticas de terrorismo injustificáveis. Sabe-se que o Primeiro Comando da Capital (PCC) extraiu sua força entre os presos a partir da revolta contra crimes perpetrados pelo Estado no final dos anos 1980 e ao longo da década de 1990.

A ineficiência das penitenciárias se evidencia com a falta de competência do Estado para administrar esse sistema. Não é possível que ilegalidades de toda forma sejam cometidas, resultando em direitos violados e falta de imposição de limites aos presos. O único controle sobre a massa carcerária é mantê-la dentro dos muros, mas lá dentro o Estado não influencia absolutamente nada. O domínio interno está nas mãos dos detentos, e assim vemos crimes tanto no interior quanto fora das casas prisionais.

Quando é o Estado que se omite não cumprindo seu dever, renunciando ao Direito, o crime impõe sua força e alimenta a onda de violência. Com nossas penitenciárias transformadas em masmorras, universidades do crime e incapazes de qualquer melhoramento humano, um aspecto é necessário que fique claro: algum dia o preso será solto na sociedade, e seria interessante que houvesse um tratamento adequado para ele durante o período de cárcere, a fim de reabilitá-lo à convivência pacífica e dissuadi-lo da ideia e da necessidade de reincidência.

Buscando possibilitar essa reabilitação, nas palavras de Lajóia (2012, p. 72), deveríamos esperar que, pelo menos, a prisão não piorasse a pessoa, já que o encarceramento é antinatural para o homem. Entretanto, o que fazemos é segregar a pessoa entre as piores, almejando com isso que ela se torne melhor. Devido a esse tratamento é que as penitenciárias durante longo período se mantiveram afastadas da investigação pública, tempo em que era comum aceitar que o preso fosse comparado a uma besta selvagem, podendo, até mesmo, ser eliminado por policiais nos casos de rebeliões.

Para Machado (1993, p. 13), há muito trabalho a ser realizado, e o objetivo principal é “impedir que os presos sejam tratados como feras para proteger cidadãos honestos de serem retaliados por presos desumanizados devido ao tratamento cruel e degradante que recebem no cárcere”.

3.3 · A AUSÊNCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA E A INSEGURANÇA COLETIVA: CAUSAS SOCIAIS DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE

A violência e a criminalidade não são explicadas simplesmente pela ineficiência dos órgãos de segurança. Existe um sem-número de variáveis que produzem essa violência e criminalidade enfrentada por todos. Podemos citar a miséria, o consumo excessivo de álcool e drogas, a facilidade para obtenção de armas não legalizadas, a

inadequada distribuição de renda, a corrupção em termos gerais, o desemprego, o consumismo exagerado estimulado pela globalização, a carência nas áreas de educação, saúde e habitação, e a ineficiência do Poder Judiciário, entre outros fatores.

É bem verdade que o País vive uma onda de violência e criminalidade muito alta, mas, além dos índices alarmantes, a mídia cumpre um importante papel ao tornar o que já é ruim muito pior, quando, diariamente, nos bombardeia com as mais diversas notícias relacionadas a crimes. É a construção de sentimento de medo que pode ser verificada através do aumento de empreendimentos imobiliários, conhecidos como condomínios fechados, que vêm ganhando cada dia mais adeptos, principalmente nas maiores cidades brasileiras.

A razão do crescimento se explica porque os moradores desses ricos empreendimentos, com maior poder financeiro, se sentem amedrontados e inseguros, motivados pela ineficiência ou ineficácia do sistema público de segurança, e buscam proteção como julgam mais adequado. Resultado: trancam-se atrás de muros e grades para ter a sensação de superproteção e com isso a tranquilidade almejada.

A segurança vira, então, sinônimo de exclusão, de distinção e de *status*, pois o Estado fica incumbido de cuidar dos direitos coletivos, enquanto os ricos cuidam de si mesmos, em seus espaços excludentes e seguros. “Formam-se assim os ‘enclaves fortificados’, que são espaços privatizados, fechados e monitorados para residência, consumo, lazer ou trabalho” (CUBAS, 2005 *apud* MELO, 2010, p. 135).

Não temos uma simples separação física delimitada por um muro, mas o invisível, que foge ao olhar comum, que é a manutenção de uma ordem privada e de privilégios de uma classe representada pela divisória de concreto e tijolos. Dessa forma, a maneira de se proteger contra o crime origina espaços de separação e exclusão, destacando a distância social.

É um movimento que expõe a utilização de equipamentos de segurança em defesa dos interesses particulares, em detrimento do coletivo, conforme nos demonstra Porto (2013, p. 288). E ela ainda segue, propondo que assim surge a “lógica do salvar-se quem puder e como puder, compatível com outra lógica que informa esse tipo de raciocínio, a de fazer justiça com as próprias mãos, levando cidadãos a se armarem e a se prepararem para a guerra urbana”.

As elites estão protegidas, mas para as camadas populares o mesmo não pode ser dito. Há a precariedade dominante por todas as periferias urbanas. É uma convivência diária com tráfico e armas, resultando em muita violência. Além disso, o ambiente nas periferias é caracterizado pela ausência estatal nos mais diversos aspectos, pois temos desemprego em grande quantidade, ou subemprego, falta de estímulo à educação, maternidade na adolescência, crianças abandonadas, baixa autoestima generalizada estimulando um culto à violência, famílias desestruturadas, resultando esse complexo todo em péssimas condições sociais.

Essas populações são duplamente penalizadas, estão jogadas à própria sorte, precisando enfrentar a tirania do tráfico ou, ainda pior, segmentos corruptos e violentos das polícias. A transição democrática esperada após a promulgação da Constituição Cidadã não ocorreu nessas regiões. São comunidades pobres, “subtraídas” da cidadania, desconhecedoras dos direitos civis e humanos e das liberdades fundamentais. Esses problemas estão bastante localizados em determinadas

áreas das grandes cidades, contudo, começaram a avançar os limites geográficos das periferias e favelas, projetando seus efeitos sobre toda uma cidade e impulsionando a criminalidade para além de patamares aceitáveis.

É uma cadeia de problemas inter-relacionados, e os desdobramentos de um problema refletem-se no seguinte e assim por diante. A roda começa a girar e não para mais, principalmente pela ausência do Estado e sua omissão em enfrentar para valer essas dificuldades. Vejamos um resumo:

A violência começa em casa, atingindo mulheres e crianças; desdobra-se na maternidade precoce e na paternidade demissionária. Famílias traumatizadas pelo desemprego e dificuldades econômicas crônicas; pais que se perdem no alcoolismo, desorientados pela insegurança que se generaliza em todas as esferas da sua vida; crianças privadas de afeto, porque seus pais foram privados do amor próprio; adolescentes que não encontram na escola acolhimento, mas rejeição, que não se encantam com o universo do conhecimento – ao contrário, sentem-se hostilizados no ambiente da educação formal; professores desvalorizados, profissionalmente, desmotivados, esforçando-se heroicamente em condições precárias. A violência avança sobre as escolas, invadidas pelo medo. Transborda para as ruas, esses labirintos desenhados pelo crescimento urbano desordenado, onde a sociabilidade pacífica e construtiva da vizinhança é degradada pela segmentação das gangues. Culmina no recrutamento dos jovens do sexo masculino pelo tráfico de armas e drogas, que lhes oferece vantagens materiais e benefícios simbólicos e afetivos. Alimenta-se da idealização da violência que a mídia propaga e muitas meninas reproduzem, acriticamente, reprocessando a versão requintada do velho machismo, em cujo âmbito se associavam masculinidade e agressividade. (SOARES, 2006, p. 125).

Como enfrentar os problemas acima mencionados com polícia? Isso é impraticável, mas não raro vemos incursões policiais de toda ordem nessas regiões. Como resultado, normalmente, um banho de sangue. E a rotina nunca se altera. Nesses locais temos jovens e suas famílias desestruturadas e em crise, escolas incapazes de responder pela ausência de pais, aliás, esse nem é seu papel. Desemprego, alcoolismo, etc. Temos, ainda, tráfico de drogas e de armas, que resultam em outros crimes. Um círculo vicioso está formado e necessita ser enfrentado com seriedade pelos órgãos governamentais, que precisam compreender a insegurança em toda essa complexidade. Uma proposta de solução não pode contar apenas com as organizações policiais, deve envolver diferentes setores estatais, capazes de entender a violência em sua pluridimensão.

Necessário pensar ainda em outro foco gerador de violência, que é o crime praticado pelo Estado, por exemplo, quando descumpra a legislação, não aplicando a Lei de Execução Penal, desrespeitando o Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando de combater a corrupção, a tortura e as execuções praticadas pelos próprios agentes, os quais deveriam garantir a segurança da população.

Do acima exposto, conforme Barreira (2010, p. 107), podemos relacionar desigualdade social e violência, porém não podemos fazer a mesma relação para pobreza e violência. E exemplos que justificam essa assertiva existem não só no Brasil, mas ao redor do mundo.

Em nosso País a injustiça social, tamanha são as desigualdades existentes, é fator preponderante e elemento responsável por fornecer motivos para explicar a

insegurança pública em razão da alta criminalidade e violência. Tal explicação se baseia, por exemplo, na presença da ideologia consumista, em que uma classe consumidora, expressiva em quantidade, não possui capacidade de fato para consumir, pois não tem ao menos as condições financeiras para suportar dignamente a própria sobrevivência. Em relação a esse tema, Costa e Balestreri (2010) fazem um paralelo dos valores inseridos inconscientemente no coletivo. A religião seria o consumismo, os shopping centers equivaleriam aos templos e às igrejas, e os deuses são os produtos à disposição. “A idolatria do mundo contemporâneo é profundamente relacionada ao consumismo tecnológico” (COSTA; BALESTRERI, 2010, p. 57).

O jovem sem condições financeiras e com formação ética-moral deficiente, bombardeado a todo momento pelo sistema, recebendo a informação de que viver significa ter, comprar, adquirir, possuir; esse sujeito, à sua maneira, ou seja, através da prática criminosa, custe o que custar, conseguirá o bem material almejado para sanar sua necessidade.

Além do exposto até o momento e com base no estudo de Costa e Balestreri (2010, p. 57-58), podemos afirmar que a violência e a criminalidade são potencializadas pela ausência de adultos na condição de educadores preocupados com a formação e a construção de juízo moral. Isso significa praticamente uma máquina geradora de violência em nossa sociedade.

4 · ALTERNATIVAS QUE PODEM SER TRABALHADAS NA TENTATIVA DE DIMINUIR OS PROBLEMAS DA VIOLÊNCIA, CRIMINALIDADE E INSEGURANÇA

As políticas de segurança pública no Brasil são praticamente inexistentes, quase todos os projetos na área fracassaram, por diferentes motivos. Entretanto, não podemos mais arranjar desculpas, necessitamos de trabalho, duro, sério e responsável para buscar minimizar os efeitos maléficos causados pela violência e pela criminalidade.

As medidas precisam ser colocadas em prática uma por vez, a exemplo do que faz um dependente químico que primeiro tenta vencer as primeiras 24 horas. No caso da segurança pública, além de um passo após o outro, é necessário entender que algumas iniciativas simultâneas são necessárias para que cada passo seja possível e cumpra com seus objetivos. É necessária a transformação de algumas estruturas sociais brasileiras porque, enquanto nosso País for como é hoje, qualquer iniciativa na segurança será apenas um paliativo, sem valor.

4.1 · A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Com base no ensinamento de Porto (2013, p. 284), estabelecemos que o ponto de partida é pensamento em longo prazo, portanto será necessário tempo e, além disso, ações articuladas envolvendo as esferas federal, estadual e municipal. A criação das políticas públicas para a área de segurança deve ser coordenada.

Socorrendo-nos em Abreu (2010, p. 120), essa ideia de articulação fica evidente. A população está cansada de não receber a contrapartida pelo pagamento de impostos, a falta de segurança pública é um reflexo disso. A fim de fornecer uma resposta satisfatória aos anseios populares, os órgãos oficiais do Estado precisam articular e

planejar suas ações, trabalhar como um sistema de fato. Não se quer segurança de um órgão A porque é melhor que B, o que se busca é a garantia do direito, direito fundamental à segurança pública, e isso apenas ocorrerá quando houver o estabelecimento de estratégias de atuação conjunta dos diversos órgãos existentes, pensando e planejando ações em conjunto, de maneira integrada. O fim é um só: preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Capra (1996 *apud* SILVA, 2012) nos oferece uma das afirmações mais notáveis acerca do tema em estudo: “Quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes”.

Nesse sentido também:

Eu tenho a impressão de que o Brasil precisa de um choque de gestão na área do Judiciário. A sociedade reclama punições num tempo socialmente adequado, daí a necessidade de termos uma justiça criminal realmente séria, seja para a defesa dos direitos das pessoas, direitos humanos, seja em razão da necessidade de uma justiça criminal eficaz, que imponha as penas devidas num tempo social e politicamente adequado, o que hoje é um problema no Brasil. Às vezes, acusados perigosos são libertados por conta da demora do processo criminal, do excesso de prazos na prisão provisória; a justiça não consegue decidir num tempo adequado. Parece-me que esse tema seria uma prioridade política, que nos envolve enquanto agentes do Judiciário, mas que envolve também outros setores. Quando o assunto é justiça criminal, não nos referimos apenas ao juiz criminal, estamos falando do promotor, do delegado. Necessitamos trabalho em conjunto. (MENDES, 2012, p. 43).

Objetivando sanar esse problema de falta de integração, o trabalho a ser realizado, de acordo com Silva (2012, p. 77-78), deve ser baseado em três premissas básicas, três eixos que devem servir como norteadores: prevenção, repressão e correção. Nessa ordem.

Prevenção, como a primeira vertente, é a principal em razão da menor onerosidade ao Estado e à sociedade como um todo. Sua eficácia está diretamente relacionada com os resultados alcançados. Prevenção não só é fundamental como deve ser trabalhada por todos, tanto a prevenção mediata – formação moral do indivíduo, de responsabilidade da família, da escola, de instituições religiosas e afins – quanto a imediata – função desenvolvida pelos órgãos de segurança com atribuições repressivas, as polícias.

A correção seria trabalhada como última vertente, quando não há mais alternativa disponível capaz de tratar uma grave violação às regras de convivência. Os elementos não foram eficazes, houve ruptura na teia de prevenção. É o momento, então, da imposição legal através da persecução criminal. Ao infrator deve ser oferecida oportunidade de retomada ao convívio social, desde que existam as mínimas garantias de segurança para si e para a coletividade. Quando apenas um elemento está desajustado, todo o sistema fica comprometido, como se pode observar em relação ao sistema carcerário, elemento-chave para a segurança pública, mas que não está cumprindo, minimamente, com suas atribuições: permitir ao encarcerado um tratamento adequado que oportunize sua reinserção de maneira digna ao seio social.

De acordo com Bengochea *et al.* (2004, p. 121-122), a almejada atuação sistêmica deve ser embasada em cooperação intelectual, técnica e operacional entre os órgãos e as

instituições, cada qual fornecendo colaboração naquilo que de melhor possui, ou seja, interação e compartilhamento de ferramentas e conhecimentos a favor da comunidade.

Jany e Robinson (2012, p. 61) colaboram com a ideia de integração do sistema, informando que a segurança pública, responsável pela proteção e pelo fomento da democracia, “deve fazer essa amarração incluindo público, indústria, políticos e mídia, a fim de ser realmente eficiente para enfrentar os problemas do século 21”.

É necessária união de forças entre quem atua no setor de segurança e aqueles que estão fora. Será uma luta que exigirá vontade política capaz de acabar com a inércia existente e também força para enfrentar a corrupção, imiscuída em muitos setores de nossa sociedade, resultando num sentimento de impotência e impunidade. Entretanto, os objetivos são maiúsculos: tornar as cidades e ruas seguras para vivermos, trabalharmos e construirmos uma família, com garantia de direitos e cidadania para todos.

4.2 · A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍCIA CIDADÃ NO BRASIL

No tópico anterior trabalhamos a falta de articulação entre os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal e de segurança pública. Observamos o quanto essa desintegração na maneira de atuar é prejudicial para o adequado funcionamento do sistema e maléfica influência para a manutenção da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Se entre diferentes instituições existe esse desajuste, imaginemos o quão pior não é quando essa falta de sintonia ocorre entre os órgãos policiais, diretamente responsáveis pelo policiamento ostensivo e investigativo, que lidam com prevenção e parte da repressão.

Estamos falando da falta de colaboração entre as polícias. Para Bengochea *et al.* (2004, p. 128), as polícias estão diretamente relacionadas aos problemas que vivenciamos atualmente na segurança pública, uma vez que no conceito popular a polícia é o fim do processo criminal, ou seja, a maioria das pessoas acredita que quando o policial prende um infrator à lei, esse crime estará eliminado da sociedade. Essa ideia está muito equivocada. O policial é o ponto inicial da persecução criminal, ele prende. Depois leva para a delegacia, daí para o Ministério Público e então para análise judicial, quando o juiz proferirá a sentença sobre o crime. Pode ser que a prisão realizada seja revogada. Esse é o modelo que não tem funcionado a contento.

Modificações são necessárias, e uma das muitas propostas a serem trabalhadas nos é apresentada por Soares (2006, p. 63) e envolve a desconstitucionalização da polícia, ou seja, retirar do texto constitucional as atribuições previstas, transferindo essas responsabilidades para os estados-membros, a fim de que estabeleçam que tipo de polícia queiram ter. Nosso País é grande demais, as realidades em cada região são muito distintas para se enquadrarem num modelo único.

Essa proposta objetiva, em última instância, uma unificação dos órgãos policiais, deixando o obscurantismo do passado e procurando atender aos interesses da cidadania. A polícia deixará de fazer parte do problema para ser solução.

Conforme Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 140), nas últimas três décadas o Brasil sofreu importantes mudanças. Na questão econômica e social houve

modificações profundas, e os órgãos policiais não acompanharam essa evolução, sinalizando que suas próprias existências estão em risco, apesar da responsabilidade atribuída: a manutenção da democracia.

As polícias militares e civis são hoje polícias urbanas incompletas, meia polícia cada uma. Se unificadas, numa só polícia, deveriam ser preparadas para uma verdadeira atuação policial, num modelo diferente do que temos vigente, quando a polícia não faz mais prevenção, atua apenas atendendo ocorrências. Soares (2006, p. 63) propõe que sejam órgãos pequenos, municipais ou regionais, e trabalhando de forma completa, ou seja, na prevenção de forma ostensiva e na investigação, em favor de seu cliente que é único – a sociedade.

Para Bengochea *et al.* (2004, p. 119), o tema da formação e da qualificação profissional é um processo que exige modernização nos conteúdos aplicados no currículo. É uma atividade multidisciplinar e complexa, e essa variedade deve ser observada no processo de formação e qualificação. O objetivo primeiro seria a prevenção da violência e da criminalidade, com a devida compreensão de sua função pública nessa nova forma de atuação, observando as previsões do Estado Democrático de Direito.

O agente precisa tanto de treinamento adequado para utilização das ferramentas operacionais, arma de fogo e algemas, por exemplo, quanto de conhecimento claro sobre formas de abordagens e atuação em protestos e manifestações. A mensagem de Porto (2013, p. 293) nos ensina que o policial deve estar preparado para todos os cenários de atuação, deve ser considerado um gestor do conflito, responsável por devolver a paz, defendendo o cidadão, cumprindo e fazendo cumprir as leis, dentro das premissas democráticas e respeitando os direitos humanos. Especialmente porque o policial uniformizado na rua, em cada esquina, é a máxima representação da presença do Estado. Não existe outro símbolo que mais identifique a presença estatal e a proximidade com o cidadão do que o agente policial fardado.

Na visão de Soares (2006, p. 136), as intervenções devem ser multissetoriais, modificando mecanismos internos na instituição, alterando sua forma de gestão e permitindo a participação da comunidade no processo. A relação da polícia com a sociedade pode ser valiosíssima, relação baseada no respeito, na confiança e na cooperação, preservando os valores democráticos da dignidade humana e da vida.

Conforme nos ensinam Costa e Balestreri (2010, p. 65), essa formação e capacitação seria a educação de nossa polícia, já que o policial necessitará ser um educador no sentido da prevenção, então nada mais justo do que educar, também, esse educador, o qual, em última análise, será um responsável pela transformação social na comunidade em que atuar.

Além da qualificação, Barroso (2012, p. 79) chama atenção à importância que se deve dar ao maior capital existente na instituição policial: o capital humano. De nada resolve ter as melhores ferramentas operacionais, uma ótima qualificação, se o elemento humano, que colocará tudo em prática, não estiver bem. Portanto, a educação deve ser trabalhada de forma global, fornecendo ao policial as devidas condições, físicas, psicológicas e materiais, para enfrentar os desafios diários na prestação do serviço de segurança pública.

Esse novo modelo de polícia que está sendo proposto, na visão de Silva (2008, p. 72), pode se concretizar através do policiamento comunitário. Uma polícia próxima

da comunidade, trabalhando em favor dessa gente, tendo como parâmetros a prevenção e a solução de conflitos, servindo ao cidadão para desconstruir a ideia de medo que este tem do policial. Numa atuação norteada pelos princípios de direitos humanos, com construção de canais para participação social e elaboração de políticas públicas, a partir do diálogo com o Estado e suas instituições.

O objetivo é construir nova cultura para a segurança pública brasileira. Firme, enérgica, entretanto promotora da cidadania e dos direitos humanos.

4.3 · A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

Segundo Costa e Balestreri (2010, p. 27), a expansão da formação em segurança pública por meio de cursos universitários em nível de graduação, especialização, mestrado e doutorado só tem a colaborar para o debate e a construção de uma vida mais harmoniosa em sociedade. É por intermédio desses cursos que o conhecimento se produz e os problemas começam a ser tratados por meio da ciência, deixando assim os “achismos” de lado.

O papel da universidade, com a participação da sociedade, é trazer ao debate questões associadas às informações sobre direitos civis e à relação com a segurança pública. O envolvimento da sociedade com a polícia. Nota-se uma discussão inter-setorial envolvendo, no mínimo, três atores: sociedade, universidade e segurança pública. A universidade tem papel central, pois seria responsável por estimular o diálogo, baseado em reflexões críticas e aprofundadas. Um dos objetivos desse diálogo é transmitir a todos que os problemas envolvendo a segurança pública não são exclusividade da polícia, muito pelo contrário, são responsabilidade de todos, com expressão no texto constitucional, e dessa maneira devem ser tratados. Uma visão que precisa ser alargada.

O problema da segurança é uma coisa tão séria que tem que ser discutida na sociedade como um todo, e eu não admito que o Estado transfira a responsabilidade para a sociedade, mas também não admito que a sociedade se omita diante desse quadro de segurança pública. (BARREIRA, 2010, p. 108).

Costa e Balestreri (2010, p. 44) chamam atenção acerca da contribuição das instituições de ensino superior, pois somente através de educação é que podemos pensar em atingirmos condições reais de cidadania, com garantia de direitos humanos e justiça social. É impensável uma sociedade sem educação ser pautada por atitudes que envolvam respeito, confiança e proteção de direitos do cidadão.

Necessário falar sobre a escola, normalmente o primeiro espaço de socialização depois da família. Conforme lição de Souza (2015, p. 3), somos levados a pensar sobre os problemas de violência que envolvem esses espaços escolares que deveriam ser de construção de conhecimentos. É cena cotidiana a presença de ocorrências de violência e criminalidade nos arredores dos estabelecimentos de ensino, principalmente se forem instituições públicas. São casos dos mais variados, desde agressões e ameaças, passando por discriminação racial, tráfico de drogas, porte de armas, furtos e roubos. No local em que deveria predominar a paz para o melhor desenvolvimento das atividades educacionais, por vezes, alunos e professores consideram adequada a presença da polícia e não se dão conta de que, para a manutenção da

disciplina, os mestres perdem toda sua capacidade de desempenhar o papel a que se prestam: o de educadores de forma integral.

A participação popular não pode ser vista apenas através das instituições de ensino. Castro (2008, p. 80) nos apresenta a relevância do Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, em seu art. 40, § 4º, inciso I, que dispõe sobre a realização de audiências públicas, que devem ser garantidas pelos municípios para que existam debates com a participação popular, por meio de associações dos vários segmentos da comunidade.

Outra forma de resposta à violência está sendo desenvolvida nas comunidades, especialmente comunidades pobres, em periferias e favelas de nossas cidades. O ensinamento de Ramos (2007, p. 77) nos remete a projetos e programas focados em atividades culturais e artísticas. São ações envolvendo jovens, em sua maioria, trabalhando com cinema, teatro, dança, música, grafite e esportes variados como forma de oferecer alternativas que não o tráfico de drogas. Não raro, são os próprios jovens os responsáveis pela organização desses projetos envolvendo a comunidade onde vivem. Momentos em que desenvolvem atividades com as quais se identificam e buscam reconhecimento positivo.

Em relação ao tema da segurança pública, o movimento nesse sentido é recente e a participação ainda é pequena, mas é um caminho sem volta para o enfrentamento da violência na busca por segurança e justiça. No pensamento de Dias e Moura (2014, p. 18), é fundamental que os diferentes segmentos sociais, entre movimentos sociais, entidades de classes, grupos religiosos, sindicatos, lideranças comunitárias, enfim, se apropriem dessa questão que envolve a segurança pública e a violência e tomem a frente na organização do debate em busca das melhores saídas, de forma que seja efetivado pelo Estado, numa perspectiva democrática, esse bem coletivo que é o direito à segurança.

4.4 · REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL, CAMINHOS PARA A REFORMA

A reestruturação do sistema prisional envolve ações que visam à qualificação de agentes penitenciários, para que como representantes do Estado cumpram e façam cumprir a legislação pertinente ao sistema e o respeito aos direitos dos presos, incluindo aí oportunidade para sua capacitação profissional e posterior reinserção no meio social.

É de conhecimento público que o Brasil é um dos líderes no *ranking* das sociedades que mais encarceram no mundo, o que criou uma superpopulação carcerária conforme a colaboração de Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 131). Essa superpopulação carcerária se encontra na origem imediata de não poucos problemas. Para Soares (2006, p. 95), a superpopulação carcerária, que cresceu ao ponto atual por vários motivos, é uma bomba-relógio prestes a explodir. Um dos motivos que propicia uma massa carcerária desse tamanho é a arquitetura prisional, com penitenciárias muito grandes. Segundo Macaulay (2005, p. 169), em estudo das Nações Unidas existe recomendação para que as penitenciárias sejam pequenas, com no máximo 500 detentos, o que facilita o controle sobre os apenados, em todos os sentidos: gestão, vigilância e acompanhamento da situação jurídica do detento.

Lajóia (2012, p. 72-73) oferece a via das penas alternativas como uma medida para diminuir o problema da superlotação no sistema carcerário, mesmo sabendo que não resolveria todos os problemas. Esse tipo de medida, segundo suas pesquisas, favorece a recuperação daquele que infringiu a lei. É bem verdade que tal medida não poderá ser aplicada irrestritamente, pelo contrário, pois só é possível para determinados tipos de crimes que não envolvam violência grave, e voltada para violações de menor potencial ofensivo.

Lajóia (2012, p. 73) continua, ensinando que devemos nos questionar quanto ao custo do sistema penitenciário atual e que isso deve ser um debate que necessita ser trazido a público, para que a sociedade defina quais tipos de crimes devem ser punidos e quais soluções devem ser dadas a esses casos. A saída não parece outra: é necessário que se envolvam educação e oportunidades de emprego. Conforme o autor, a situação vivida atualmente é reflexo de escolhas de exclusão social; na sua visão, a sociedade precisa escolher o social em vez da repressão penal em larga escala. Afirma ele: “para quem não tem nada a perder, o crime é tudo a ganhar”.

O Brasil necessita decidir sobre qual sistema de justiça penal adotar, ajustar o foco da justiça criminal para os crimes realmente mais graves, em especial aos praticados contra a vida e a integridade física das pessoas. Escolhendo o caminho de minimizar o encarceramento, possivelmente num curto período haveria redução da superpopulação, sem reflexos no aumento do número de crimes. Rolim (2003, p. 21) sintetiza: “As sociedades podem escolher, por várias razões, se desejam ter um alto ou baixo número de presos”.

Rolim (2003, p. 23-24) segue oferecendo sugestões no sentido de reduzir a superlotação nas penitenciárias: uma opção diz respeito a considerar como tempo para remição o período de estudo. Atualmente, apenas o período trabalhado é contado para angariar esse benefício. Seria uma forma de estimular os apenados aos estudos, além do claro sentido ressocializador. Em médio prazo resultariam na diminuição da população carcerária.

Outra frente a ser trabalhada está relacionada com a profissionalização dos agentes penitenciários, através de um plano de carreira com salários dignos e formação e capacitação adequadas. Seria uma maneira de aperfeiçoar o trabalho, conforme sugere Soares (2006, p. 67). Para Adorno (1991, p. 73), a formação ocorre diretamente vinculada à violência, num regime de trabalho desgastante, que contribui para o descontrole emocional, refletindo na perpetuação do ciclo de violência, em que o agente penitenciário tem posição de destaque.

O objetivo almejado é a ressocialização dos apenados, e a ideia de disciplina deve estar relacionada a esse serviço, estimulando a responsabilidade e a compreensão de valores. Valores esses que devem orientar programas de educação prisional, num ambiente típico de ensino-aprendizagem, no devido processo pedagógico.

Algumas medidas dizem respeito ao cumprimento efetivo da Lei de Execução Penal e, como um primeiro movimento, Soares (2006, p. 95) refere à atenção que deve ser dada à separação dos presos de acordo com o tipo de crime praticado, diferentemente da mistura que ocorre hoje. É visível o descumprimento, por parte dos estados-membros, da legislação promulgada em 1984, o que reflete em desdobramentos dramáticos. Caso já houvesse cumprimento, o contexto seria outro: penitenciárias pequenas com lotação e com condições de salubridade adequadas. Além disso, a situação jurídica individual seria acompanhada, e trabalho e educação seriam ofertados.

Souza (2015, p. 4) reforça a proposta de ensino e qualificação profissional durante o período de encarceramento, medida que ocuparia o tempo ocioso, além de preencher a deficiência cultural, uma vez que o contingente de presos é formado por jovens, em sua maioria, com baixa escolarização.

Nessa linha estão as orientações de Silva (2008, p. 74-75), considerando o preso como sujeito de direitos humanos, tendo o direito de cumprir sua pena de maneira digna, assim como é estabelecido na Lei de Execução Penal. A esperada recuperação do encarcerado apenas será possível quando se pensar em acesso à educação e a oportunidades de trabalho.

Na inteligência de Aborn (2012, p. 46), programas que desestimulem a reincidência são extremamente importantes, especialmente pelo custo gerado pela reincidência em desfavor da sociedade.

Por fim, a colaboração de Adorno (1991, p. 75) prevê que um passo importante na direção da mudança seja o conhecimento do problema e de sua grandeza. Esse diagnóstico, hoje, é ignorado pelas autoridades competentes, muito em razão dos interesses em jogo que pressionam e influenciam de acordo com a conjuntura do momento.

É um desafio à política brasileira. É uma luta contra ideologias acerca da natureza da massa carcerária, da criminalidade, do papel do Estado como espaço possível de controle. Trata-se aqui de descortinar à opinião pública os fundamentos ideológicos que sustentam, sobretudo, o arcabouço legal. Na medida em que a questão penitenciária não se encerra nos estreitos limites do sistema penitenciário, há que se intervir na complexa e problemática divisão do trabalho entre agências policiais, os tribunais judiciais e as agências prisionais. (ADORNO, 1991, p. 77).

Ainda com amparo em Adorno (1991, p. 77), compreendemos que a transformação necessária no sistema prisional precisa estar baseada em respeito aos direitos, à integridade física, moral e psicológica e à dignidade daqueles que, embora agressores da sociedade, estejam sob a guarda e tutela do Poder Público, ao qual cabe zelar pela vida e não patrocinar o perigo, a insegurança e a morte. Necessita-se de uma política de recursos humanos que possibilite a seleção, o treinamento e o aperfeiçoamento dos trabalhadores, aliando competência técnica com compromissos políticos.

Como pensa Soares (2006, p. 96), é preciso encarar esse desafio e enfrentar o problema do sistema penitenciário brasileiro de uma vez por todas, sem mais adiamentos por parte do Estado. Há que se fazer cumprir a Lei de Execução Penal e aos poucos introduzir as mudanças necessárias para reformatar o sistema.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou ressaltar diversos desafios em relação ao tema da segurança pública, exercitando reflexões para a compreensão desta temática, pensando nos desdobramentos e efeitos dos fenômenos envolvidos no que vem sendo chamado de problema da violência urbana e da segurança pública.

Ressalta-se que não era intenção propor qualquer utópica solução para as complexas questões envolvendo crime e algumas de suas causas sociais, polícia, justiça e sistema penitenciário, pois o tema é muito abrangente e complexo, podendo ser desenvolvido por meio de diferentes vertentes e não se soluciona por um único caminho.

Foi possível fazer algumas constatações, que após o estudo se tornaram mais cristalinas e podem ser consideradas como causas impeditivas de avanços na direção de consertar alguns problemas existentes. Embora o crime nunca deixe de existir, pois ele é inerente à vida em sociedade, deve-se trabalhar sempre para diminuí-lo. Isso é possível!

Presumivelmente, o principal entrave à segurança pública seja o fato do desconhecimento de que tantos elementos funcionais estejam fortemente relacionados, representando interesse para o sistema em seu conjunto. Como exemplos podemos citar a educação, a família, as drogas, a atuação policial e o sistema prisional, entre outros, sobre os quais não se verificam projetos consistentes relacionados ao tema da segurança pública.

A atividade estatal voltada para a prevenção criminal reflete a falência de outras políticas governamentais. Essa ineficiência decorre do descuido com os órgãos policiais envolvidos no combate à criminalidade; da inobservância de normas afetas ao sistema carcerário; do descaso e do ineficiente atendimento à família carente e à escola pública; do descuido com o atendimento à saúde das populações mais pobres, a política de emprego e a distribuição de renda e patrimônio; e, talvez o mais importante, da falta de política educacional no sentido mais amplo.

As instituições governamentais, responsáveis por cada um desses setores, são criações humanas, fundadas para resolver alguns problemas, de preferência, a favor de todos. Isso significa dizer o seguinte: se essas instituições deixaram de funcionar, deixaram de resolver problemas para os quais foram criadas e se tornaram parte dos problemas, ou se o tipo de solução que oferecem não interessa a todos, não é justa, então temos que modificá-las, substituí-las por outras que representem os anseios sociais e estejam de acordo com o arcabouço legal vigente. É o que ocorre hoje com as polícias, as penitenciárias, as entidades socioeducativas, a política criminal e a política de drogas. Não funcionam, não dão a resposta esperada pela sociedade. Dessa forma, temos que mudá-las.

Nesse sentido, a efetivação do direito à segurança pública depende de uma junção de políticas públicas que satisfaçam vários direitos fundamentais sociais – educação, saúde, emprego e a igualdade material, por exemplo –, pois estão interligados com a questão da violência.

Numa realidade tão adversa em relação à segurança do cidadão brasileiro, o desafio que se coloca aqui é revisar a maneira de pensar e de fazer segurança pública, pautando-se na garantia das necessidades de segurança do cidadão enquanto bem coletivo. Defende-se, como prioridade, que os governos instaurem um processo de mudanças dessa política, reexaminando os princípios, o quadro teórico, como também o campo de intervenção e a prática de segurança pública.

Existe uma convicção de que a segurança pública brasileira não pode ser dissociada da questão social, assim como não pode deixar de ser vista como responsabilidade de todos, conforme estabelecido na Carta Magna. Segundo esse entendimento, além do estabelecimento de parcerias entre segurança pública e políticas sociais, os governos não podem descuidar da integração entre os órgãos do sistema

de segurança e justiça, bem como da necessária articulação entre as esferas dos poderes públicos federal, estadual e municipal.

Na segurança pública, medidas isoladas não funcionam, porque os problemas são complexos e têm várias conexões envolvendo diversos aspectos da vida social, econômica e cultural. Além disso, mudar radicalmente as polícias, o sistema penitenciário e o sistema socioeducativo não é tarefa simples, nem rápida. Não há soluções mágicas nem resultados imediatos. São indispensáveis reformas das instituições, políticas sociais novas e uma gestão completamente diferente da atual.

Políticas públicas têm sido uma das maiores pragas nacionais. Especialmente na área de segurança. É preciso reconstruir as polícias e o sistema penitenciário, de alto a baixo, o sistema de justiça criminal como um todo. É indispensável e urgente começar de novo em matéria de segurança pública. É necessário substituir o modelo institucional que herdamos da ditadura por novos formatos, e as velhas medidas pontuais e dispersas, por uma política integrada e sistêmica de segurança pública. Desvincular-se de suas históricas estruturas autoritárias e violentas e deixar que o cidadão usufrua de amplos direitos, com liberdade, participação e acesso à justiça, tal como previsto na Constituição Federal de 1988.

Em conformidade com o art. 144 da Carta Constitucional vigente, a necessidade de segurança de todos os cidadãos deve ser contemplada através de política pública. A esses cidadãos o Estado também deve garantir que possam viver com dignidade, liberdade de ir e vir, garantia da integridade física, psíquica e moral através de todos os mecanismos que estiverem ao alcance.

Prevenção é tão ou mais importante que punição, a segurança pública deve ultrapassar o modelo repressivo e buscar a efetivação por meio de outras políticas públicas. O Estado não deve insistir em considerar a questão do crime e da criminalidade pelo ponto de vista da legislação penal e da ampliação de vagas no sistema prisional.

O grande trunfo para o desenvolvimento é o acesso democrático a uma educação de qualidade. É consenso nos meios empresariais e acadêmicos, do planeta inteiro, que não é possível haver desenvolvimento sem educação. Também nisso a segurança pública é fundamental: não se pode educar sob o império do medo. Pode-se até escolarizar a população, mas não educá-la. Educação pressupõe liberdade para criticar, para dizer não, para empreender, para criar, para ousar, para construir valores solidários, para ser diferente, para questionar outras formas de pensar. A ditadura do crime não admite nada disso.

Precisamos de reformas profundas. Não temos mais tempo. Possível é. Quem diz que não é ou tem preguiça de pensar, ou não conhece a realidade do problema, que não é pequeno, ou está interessado em manter as coisas como estão, por conveniências corporativistas.

Em razão de todo o exposto, vale deixar um último questionamento: a omissão estatal em relação à segurança, fazendo com que as coisas estejam como estão hoje – e já há um bom tempo – não seria a forma deliberada de o Estado estar na segurança? Ou seja, sua presença é através da omissão deliberada, assim mesmo como está, tal como ocorre com nosso sistema de educação!

REFERÊNCIAS

- ABORN, Richard. Redução da reincidência do crime na sociedade americana. *Cadernos FGV Projetos – Segurança Pública em Foco*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 18, p. 44-53, jan. 2012.
- ABREU, Sérgio Roberto de. Policiamento em comunidades de risco social. In: COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla (org.). *Segurança pública no Brasil: um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010. p. 109-126.
- ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, São Paulo, p. 65-78, mar./abr./maio 1991.
- BARREIRA, César. Processo civilizador, democracia e cidadania. In: COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla (org.). *Segurança pública no Brasil: um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010. p. 91-108.
- BARROSO, Juliana. A questão educacional: formação, capacitação e desenvolvimento profissional. *Cadernos FGV Projetos – Segurança Pública em Foco*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 18, p. 74-79, jan. 2012.
- BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; ABREU, Sérgio Roberto de. A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 119-131, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Levantamento dos presos provisórios do País e plano de ação dos Tribunais. *Portal CNJ*, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dospresos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 5 maio 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 maio 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto das Cidades. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25 maio 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Plano Nacional de Segurança Pública 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- CASTRO, Gustavo A. Paolinelli de. Direito à segurança pública no estado democrático de direito: uma releitura à luz da teoria discursiva. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 70-84, jul./dez. 2008.
- COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla (org.). *Segurança pública no Brasil: um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DIAS, Lúcia Lemos. A política de segurança pública entre o monopólio legítimo da força e os direitos humanos: a experiência da Paraíba no pós 1988. *L'altro Diritto*, Firenze, anno 2011. Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/lemos/index.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.
- DIAS, Lúcia Lemos. A segurança pública sob a ótica dos direitos humanos. In: DIAS, Lúcia Lemos; MOURA, Paulo Vieira de (org.). *Educando para uma segurança pública democrática*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 35-50.
- DIAS, Lúcia Lemos; MOURA, Paulo Vieira de (org.). *Educando para uma segurança pública democrática*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração de direitos do bom povo da Virgínia. 1776. Disponível em: http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20DIREITOS%20DO%20BOM%20POVO%20DA%20VIRG%C3%8DNIA%20-%201776.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 10, 2016. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=2229>. Acesso em: 31 ago. 2018.
- FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.
- JANY, Eduardo; ROBINSON, Joseph M. Maximizando a eficácia da segurança pública. *Cadernos FGV Projetos – Segurança Pública em Foco*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 18, p. 54-61, jan. 2012.
- LAJÓIA, Cristiano. A importância da correta execução penal para a segurança pública. *Cadernos FGV Projetos – Segurança Pública em Foco*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 18, p. 68-73, jan. 2012.
- LANFRANCHI, Valdênia A. Paulino. Segurança pública no Brasil e o controle das atividades policiais In: DIAS, Lúcia Lemos; MOURA, Paulo Vieira de (org.). *Educando para uma segurança pública democrática*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 77-90.
- LIMA, Renato Sérgio; SINHORETTO, Jacqueline; BUENO, Samira. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 123-144, jan./abr. 2015.
- MACAULAY, Fiona. Parcerias entre estado e sociedade civil para promover a segurança do cidadão no Brasil. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 146-173, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100007&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 5 maio 2019.
- MACHADO, Marcello Lavenère. *História de um massacre*: Casa de Detenção de São Paulo. São Paulo: Cortez: Ordem dos Advogados do Brasil; Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1993.
- MARCHI, William Ricardo de Almeida. *A segurança pública como direito fundamental e a reorganização da polícia civil paulista*. 2010. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, Osasco, 2010. Disponível em: http://www.unifieo.br/files/William_Ricardo.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

MELO, Antonio Jorge Ferreira. Polícia e policiamento no Reino de Momo: a governança da segurança no carnaval de Salvador. In: COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla (org.). *Segurança pública no Brasil: um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010. p. 127-143.

MENDES, Gilmar. Sistema prisional brasileiro e a reintegração do preso na sociedade. *Cadernos FGV Projetos – Segurança Pública em Foco*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 18, p. 38-43, jan. 2012.

MOURA, Paulo Vieira de. Os planos de segurança pública e a construção de uma política nacional: anotações. In: DIAS, Lúcia Lemos; MOURA, Paulo Vieira de (org.). *Educando para uma segurança pública democrática*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 51-64.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

PORTO, Maria Stela Grossi. Pensando segurança pública no Brasil: desafios para a pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 275-297, jul./dez. 2013.

RAMOS, Silvia. Direito à segurança, um desafio para o Brasil In: INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Pensando uma agenda para o Brasil: desafios e perspectivas*. Brasília: INESC, 2007. p. 69-85.

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia, limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 12, p. 1-35, 2003. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/marcosrolim/rolim_prisao_e_ideologia.pdf. Acesso em: 1º out. 2018.

SILVA, Joacir Avelino. A (in)segurança pública no Brasil. *Revista Segurança Pública e Cidadania*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 67-77, jul./dez. 2008.

SILVA, Jorge da. Questões atuais em segurança pública. In: COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla (org.). *Segurança pública no Brasil: um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010. p. 69-90.

SILVA, Rui Antônio da. A segurança pública à luz da teoria geral dos sistemas. *Revista Segurança Pública e Cidadania*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 65-89, jan./jun. 2012.

SOARES, Luiz Eduardo. A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 26 jul. 2018.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

SOUZA, Adelson Joaquim de. Direito Fundamental à Segurança Pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XVIII, n. 133, fev. 2015. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15754. Acesso em: 27 maio 2018.

HOMESCHOOLING (ENSINO DOMICILIAR) X DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Um direito dos pais?

Mona Lisa Duarte Aziz¹

Sumário: 1 Introdução. 2. Jurisprudência. 2.1 Suprema Corte dos Estados Unidos. 2.2 Tribunais Europeus. 2.3 Recurso Extraordinário n. 888.815 do Supremo Tribunal Federal. 3 *Homeschooling*: um direito dos pais? (entendimento doutrinário). 4 Titularidade de direitos fundamentais em caso de menoridade e autonomia do menor. 5 Identificação do conflito normativo e método de resolução. 5.1 Liberdade religiosa x dever de escolarização. 5.2 Frequência escolar obrigatória e princípio da proporcionalidade. 5.3 A fórmula do peso de Alexy e a variável da fiabilidade. 6 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

A problemática em foco diz respeito à pretensão dos pais ou responsáveis de escolher o meio de proporcionar a educação aos filhos e, no caso específico, optar pelo *homeschooling*, que nada mais é do que o ensino prestado no ambiente domiciliar, diretamente e/ou através de tutores, professores particulares ou especialistas contratados. E, conseqüentemente, a impossibilidade do Estado de obrigá-los a matricular os filhos na rede regular de ensino, seja pública ou privada, e de impor sanções em decorrência do não cumprimento dessa obrigação.

Conflitos entre direitos de liberdade e ensino estatal obrigatório não são recentes. Ainda no início do século passado, a Suprema Corte americana se pronunciou sobre casos emblemáticos cujos julgamentos foram favoráveis aos direitos de liberdade dos pais. Todavia, consoante se demonstrará no tópico a seguir, tais decisões não abordaram a constitucionalidade do *homeschooling* e trataram de hipóteses específicas. Em especial, o paradigmático *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), no qual fora reconhecido o direito de famílias da comunidade Amish de não matricular os filhos no ensino secundário (*high school*)² por motivações religiosas de cunho comunitário, mostrou-se excepcional e de difícil repetição na prática.

Na Europa, a despeito de o ensino domiciliar ser permitido em vários países, em alguns inclusive previsto no âmbito de suas Constituições,³ nos casos submetidos

1 Procuradora da República em Pernambuco. Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas 2018/2019, especialidade Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 No Brasil, atualmente corresponde ao ensino médio (antes chamado de segundo grau).

3 Como, por exemplo, previsto no artigo 76 da Constituição da Dinamarca (disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21412-21413-1-PB.htm; acesso em: 2 fev. 2019) e no artigo 16 da Constituição da Finlândia (disponível em: www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf; acesso em: 2 fev. 2019).

às Cortes Constitucionais de países onde o ensino domiciliar não é admitido, as decisões foram no sentido de dar prevalência ao direito fundamental à educação, enquanto direito subjetivo do menor e dever a ser prestado pelo Estado, para não autorizar o *homeschooling*. No final de 2018, foi a vez de o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro apreciar a (in)constitucionalidade do ensino domiciliar. Embora a decisão tenha sido mais tímida e deixado aberta a possibilidade de a matéria vir a ser regulamentada através de lei, na oportunidade, a maioria dos ministros reconheceu a constitucionalidade da legislação infraconstitucional, que exige a matrícula obrigatória de crianças e adolescentes no ensino básico.⁴

Em relação à doutrina, tem-se, de um lado, os autores contrários ao *homeschooling*, que conferem prioridade ao direito fundamental à educação em suas dimensões individual e social; e, do outro, os seus defensores, os quais procuram respaldar a autorização para o ensino domiciliar nos direitos e deveres decorrentes das responsabilidades parentais, para além das liberdades de religião, consciência e credo e de ensino dos pais. Nesse sentido, far-se-á sucinta análise acerca do exercício de direitos fundamentais enquanto titularizados por menores, com especial atenção para a autonomia reconhecida às crianças e aos adolescentes pela legislação internacional nos últimos anos.

Finalmente, serão identificadas as normas em colisão e utilizado o método da ponderação de Robert Alexy para fins de resolução do conflito normativo com todos os seus elementos, nomeadamente o princípio da proporcionalidade e a fórmula do peso. Nessa perspectiva, pretende-se descortinar se há e qual a intensidade da intervenção nas liberdades religiosa e de ensino dos pais, bem assim em que medida o direito fundamental à educação dos menores será afetado, caso seja desaplicada a regra da escolarização obrigatória e autorizado o ensino domiciliar.

2 · JURISPRUDÊNCIA

2.1 · SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

A matéria que ora se pretende debater já foi apreciada em Tribunais e Cortes Constitucionais de vários países. Inicia-se a análise pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que possui julgados que versam sobre a liberdade de escolha dos pais na educação dos filhos desde o início do século passado.⁵

A despeito do seu pioneirismo em julgar o tema, a Suprema Corte americana nunca se manifestou especificamente sobre a constitucionalidade do *homeschooling*, mas sobre

4 De acordo com a Lei n. 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação no Brasil, a educação básica é formada pela educação infantil, pelo ensino fundamental e pelo ensino médio (art. 21). O ensino básico em Portugal, com início aos seis anos, vai do 1º ao 9º ano e não abrange o ensino secundário (PORTUGAL, 2007, p. 9).

5 De acordo com Cássio Casagrande (2017): “A primeira vez que os juízes constitucionais americanos se pronunciaram sobre a matéria foi no julgamento *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923)”. No referido julgado, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Nebraska, que proibiu que o ensino em escolas privadas fosse ministrado em outra língua que não o inglês, por violar o devido processo legal substantivo sob o viés da proteção do direito individual de contratar, de criar os filhos e de adquirir conhecimento (CASAGRANDE, 2017).

hipóteses concretas em que, de fato, prevaleceu a liberdade de escolha dos pais, porém se atentando às especificidades dos casos para justificar o afastamento das normas estatais.

Com efeito, em um desses casos – *Pierce, Governor of Oregon et. al v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 286 U.S. 510 (1925) – a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Oregon, que obrigava a matrícula das crianças naquele estado, entre oito e dezesseis anos, exclusivamente em escolas públicas.⁶ A corte entendeu que o ato legislativo impugnado representava uma interferência irrazoável na liberdade dos pais e responsáveis de dirigir a educação de suas crianças, além de violar o direito de propriedade e de livre iniciativa das instituições de ensino privado.⁷ Todavia, conforme observa Cássio Casagrande (2017), não foi posta em julgamento a compulsoriedade da matrícula no ensino primário, uma vez que a lei do Oregon previa expressamente o *homeschooling*, tanto o ministrado diretamente pelos pais quanto o por tutores (CASAGRANDE, 2017).

Sem dúvida o caso mais emblemático julgado pela Suprema Corte americana na matéria foi *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), por meio do qual três famílias da comunidade Amish brigaram pelo direito de não matricular os filhos no ensino secundário (*high school*) em razão das crenças religiosas da comunidade. A Suprema Corte concluiu que o ensino secundário obrigatório estaria em conflito com o modo de vida simples que é parte integrante daquela específica comunidade. No voto, formulado pelo *justice* Warren Burger, a corte consignou que não é qualquer crença religiosa que está albergada pela cláusula de liberdade da 1ª Emenda, mas tão somente aquela que se evidencia em práticas objetivas, sem incluir a mera elaboração de padrões individuais.⁸

Sobre a referida decisão, faz-se mister observar os seguintes pontos: (I) a decisão não adentrou na questão da compulsoriedade do ensino primário ou fundamental;⁹ (II) o julgamento aparentemente nega a possibilidade de os pais recusarem o ensino formal regulado pelo Estado por motivos outros que não religiosos; (III) considerou a Suprema Corte que mesmo alegações de objeção religiosa devem ser examinadas caso a caso.

2.2 · TRIBUNAIS EUROPEUS

Em 2003, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha realizou a ponderação entre os direitos de liberdade dos pais e a obrigação do Estado na prestação

6 Segundo consta do parecer do então procurador-geral da República Rodrigo Janot, nos autos do Recurso Extraordinário n. 888.815, julgado pelo STF em 12.9.2018, essa lei objetivava “[...] obrigar a assimilação dos migrantes na sociedade norte-americana” (BRASIL, 2018, p. 27-28).

7 Resumo da decisão disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/#534>. Acesso em: 30 jan. 2019.

8 Confira-se: “*A way of life, however virtuous and admirable, may not be interposed as a barrier to reasonable state regulation of education if it is based on purely secular considerations. [...] Beliefs which are philosophical and personal, rather than religious, do not rise to the demands of the religion clause. U.S.C.A. Const. Amends. 1, 14.*” (*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, de 15.5.1972, p. 1526; disponível em: <https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/yoder.pdf>; acesso em: 31 jan. 2019).

9 O ensino fundamental no Brasil tem duração de nove anos e inicia-se aos seis anos de idade (art. 32 da Lei n. 9.394/1996). Em Portugal, corresponde ao ensino básico (1º ao 9º ano).

do ensino e, como resultado, não autorizou a isenção da frequência escolar obrigatória.¹⁰ A ação fora ajuizada pela família Konrad, pertencente a uma comunidade cristã, que pretendia educar os filhos em casa por entender que o ensino escolar não estava de acordo com suas crenças religiosas. A corte alemã ressaltou que a prestação da educação não se limita à aquisição do conhecimento, mas também e sobretudo se destina a educar cidadãos responsáveis para participação de uma sociedade democrática e plural. Objetivos esses que, conforme a decisão, não seriam eficazmente atingidos através da educação domiciliar, ainda que sob a supervisão do Estado.

No julgamento, foi consignado, ademais, que as intervenções nos direitos fundamentais dos pais são também proporcionais, uma vez que vão ao encontro do interesse geral da sociedade em evitar o surgimento de sociedades paralelas, separadas por convicções religiosas ou filosóficas. Finalmente, considerou o Tribunal Constitucional que a interferência na liberdade religiosa é razoável, porquanto os pais mantêm a possibilidade de educar os filhos fora do horário escolar, e o sistema de ensino é obrigado a respeitar as suas crenças e dissensões religiosas.¹¹

Dessa decisão, os Konrad recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que declarou inadmissível a ação¹² e concluiu que o estabelecimento do ensino primário obrigatório não viola o artigo 2 do Protocolo n. 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual a ninguém deve ser negado o direito à educação, enquanto o Estado, ao assumir o exercício de qualquer dessas funções, deve assegurar que a prestação do ensino respeite as convicções religiosas e filosóficas dos pais.¹³

De acordo com a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, a segunda parte desse artigo deve ser lida em conformidade com a primeira, de modo que o direito dos pais de terem respeitadas suas convicções religiosas e filosóficas encontra limite justamente naquilo que não conflitar com o direito fundamental à educação dos filhos.¹⁴ No caso específico, entendeu a corte que a frequência escolar compulsó-

10 Decisão 1 BvR 436 (2003), de 29.4.2003. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20030429_1bvr043603.html. Acesso em: 29 jan. 2019.

11 Resumo do caso pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento da Application n. 35504/03 by Fritz Konrad and Others against Germany, de 11.9.2006, p. 3-4. Disponível em: https://hslsda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

12 Resumo do caso pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento da Application no. 35504/03 by Fritz Konrad and Others against Germany, de 11.9.2006, p. 6 e ss. Disponível em: https://hslsda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

13 Tradução livre: “No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions”. O TEDH possui um guia sobre a aplicação desse artigo, no qual consta um capítulo específico sobre o respeito aos direitos dos pais. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_ENG.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

14 Nos termos da referida decisão: “It is on to this fundamental right that is grafted the right of parents to respect for their religious and philosophical convictions (see B.N. and S.N. v. Sweden, cited above). Therefore, respect is only due to convictions on the part of the parents which do not conflict with the child’s right to education, the whole of Article 2 of Protocol N° 1 being dominated by its first sentence

ria não viola a liberdade religiosa, tampouco o direito de educar os filhos, uma vez que tais liberdades restam asseguradas através do direito de escolher a instituição de ensino na qual essas crianças vão estudar e do direito de recusa a frequentar as aulas de religião, que não podem ser obrigatórias.

Por outro lado, registrou que os Estados membros da comunidade europeia possuem margem de discricionariedade para organizar seus respectivos sistemas educacionais, tratando-se, destarte, de matéria afeta ao direito interno de cada país.¹⁵

Por fim, o TEDH também afastou a alegação de discriminação formulada pela família em razão da autorização, na Alemanha, para o *homeschooling* em hipóteses específicas, tais como: impossibilidade física de a criança frequentar a escola e pais que não possuem morada fixa por motivos profissionais. De acordo com a decisão, trata-se de situações distintas que justificam o tratamento diferenciado, às quais não se equipara a situação dos requerentes, que pleitearam o direito ao ensino domiciliar por questões religiosas.¹⁶

Outro tribunal constitucional europeu que apreciou a matéria foi o espanhol. De acordo com a Sentencia 113 (2010), o *homeschooling* é incompatível com a Constituição espanhola, uma vez que a liberdade de ensino consagrada constitucionalmente permite que os pais ensinem os filhos fora do ambiente escolar, porém, em hipótese alguma, autoriza a escolarização à margem de instituições oficiais públicas ou privadas.¹⁷ O tribunal também analisou o caso à luz do princípio da proporcionalidade e chegou à conclusão de que a afetação à liberdade de ensino e de formação religiosa/moral dos pais é proporcional, porquanto encontra justificativa na satisfação de outros princípios e direitos constitucionais, quais sejam,

(see Campbell and Cosans v. the United Kingdom, 25 February 1982, § 36, Series A n.º 48). This means that parents may not refuse a child's right to education on the basis of their convictions." (Application n. 35504/03 by Fritz Konrad and Others against Germany, de 11.9.2006, p. 6; disponível em: https://hslsda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf; acesso em: 30 jan. 2019).

15 Na comunidade europeia, não há consenso acerca do tratamento conferido à matéria pelos países-membros. Em resumo, por María José Valero Estarella (2014, p. 279-280): "No les descubro nada nuevo si les digo que en Europa, como cabe esperar en un continente en el que conviven muy diversas sensibilidades en materia de educación, el panorama legislativo en materia de homeschooling es muy variado. Mientras que en Irlanda, Finlandia o Dinamarca la educación en casa está prevista de un modo u otro en sus respectivas constituciones, en Alemania no sólo no está permitida sino que se persigue activamente a los padres que optan por ella. En otros países como Bélgica, Portugal, Francia, Italia, Austria y Reino Unido, se admite legalmente la educación en casa sometida a ciertos controles, al contrario de lo que ocurre en Grecia, dos de los Cantones Suizos, Países Bajos, Bulgaria, Rumanía o Croacia, en los que la ley no reconoce la educación al margen del sistema escolar".

16 Confira-se: "Such exemptions were granted by the school supervisory authorities because the limited feasibility of school attendance would have caused undue hardship for those children. Those exemptions were hence granted for merely practical reasons, whereas the applicants sought to obtain an exemption for religious purposes. Therefore, the Court finds that the above distinction justifies a difference of treatment". (Application n. 35504/03 by Fritz Konrad and Others against Germany, de 11.9.2006, p. 9; disponível em: https://hslsda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf; acesso em: 30 jan. 2019).

17 Sentencia 133/2010, de 2 de dezembro, Recurso de amparo 7509-2005. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6772>. Acesso em: 30 jan. 2019.

“pleno desenvolvimento da pessoa humana, respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdade fundamentais”.¹⁸

2.3 · RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 888.815 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 12 de setembro de 2018, por maioria, ao apreciar o tema 822 da repercussão geral,¹⁹ negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) n. 888.815, vencido o ministro Luís Roberto Barroso (relator) e, em parte, o ministro Edson Fachin.²⁰

Através do RE, uma família do Estado do Rio Grande do Sul requereu ao STF o reconhecimento do direito ao ensino domiciliar, que fora negado nas instâncias inferiores. O ministro relator entendeu que o *homeschooling* é constitucional, razão pela qual, consoante os fundamentos adotados em seu voto, seria permitido aos pais ou responsáveis escolherem o método pelo qual os filhos receberão a educação formal, o que não impede a legislação infraconstitucional de regular o seu funcionamento. Na sequência do voto, registrou que é a regulamentação legal que vai conciliar o direito dos pais de dirigir a educação dos filhos e o dever do Estado de contribuir para o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente. Enquanto não sobrevém legislação para regulamentar a matéria, o ministro Roberto Barroso deu provimento ao RE e fixou as condições pelas quais o ensino domiciliar poderia ser prestado, que seriam, basicamente, vinculação a uma instituição de ensino oficial, submissão das crianças a avaliações periódicas e fiscalização por órgãos públicos como o Ministério Público.²¹

O ministro Edson Fachin acolheu a tese da constitucionalidade da opção pelo *homeschooling* e somente divergiu do relator em relação à possibilidade de

18 Tradução livre do Artigo 27.2 da Constituição espanhola: “*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”. Disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

19 Previsto na Constituição Federal brasileira (art. 102, § 3º, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004), o instituto da repercussão geral foi regulamentado pelo Código de Processo Civil, que, no § 5º do art. 1.035, dispõe: “Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

20 RE n. 888.815-RS. Relator: Min. Roberto Barroso. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12 de setembro de 2018. Tribunal Pleno, publicação no *DJ* n. 55, 21 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340148604&ext=.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

21 Confira-se o trecho extraído do resumo do voto do ministro constante da página eletrônica do tribunal: “[...] os pais devem notificar as Secretarias Municipais de Educação sobre a opção pelo ensino domiciliar; as crianças devem ser submetidas a avaliações periódicas; os dados podem ser compartilhados com outras autoridades, como Ministério Público; e se for comprovada a deficiência na formação acadêmica, os pais serão notificados e, caso não haja melhoria no rendimento da criança ou do adolescente, os órgãos públicos competentes determinarem a matrícula nos estabelecimentos regulares”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389073>. Acesso em: 30 jan. 2019.

implementar o ensino domiciliar antes de editada lei para disciplinar a matéria. Nesse sentido, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para que o legislador fosse instado a sanar a mora e editar a lei no prazo máximo de um ano.

Contrariamente, a maioria do colegiado entendeu que a legislação infraconstitucional, que obriga a matrícula na rede regular de ensino,²² está condizente com os mandamentos constitucionais que preveem o direito fundamental à educação. Dois ministros – Luiz Fux e Ricardo Lewandowski – foram mais além e reconheceram a inconstitucionalidade do *homeschooling*, uma vez que, entre outros fundamentos, não cumpriria eficazmente os objetivos de socialização do indivíduo e preparação para o exercício da cidadania. Os demais, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes (redator do acórdão), julgaram que o ensino domiciliar é uma possibilidade e que somente através de lei poderá ser autorizado, caso assim venha a entender o Parlamento, fórum adequado e exclusivo para debater e decidir sobre a questão.²³

3 · HOMESCHOOLING: UM DIREITO DOS PAIS? (ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO)

A doutrina contrária ao *homeschooling* confere prevalência ao direito à educação, enquanto direito subjetivo dos menores, em relação a eventual direito ou liberdade de escolha dos pais e entende não caber a estes a decisão de afastar os filhos do ensino regulado pelo Estado. Primeiro porque, em regra, como não se trata de especialistas no assunto, tão somente o fato de quererem o melhor para suas crianças não confere aos pais necessariamente aptidão para decidirem sobre o método de educação mais adequado a ser oferecido a elas.

Nesse sentido, aduz Virgílio Afonso da Silva (2018), em artigo no qual comenta o voto vencido do ministro do STF Luís Roberto Barroso, relator do RE n. 888.815, supramencionado:²⁴ “Permitir educação doméstica segue essa mesma lógica: dar poder total de decisão a quem não tem nenhuma formação para saber o que, em termos educacionais e pedagógicos, é de fato melhor para crianças”.

Esse mesmo autor rechaça de forma veemente o argumento adotado no voto do ministro Roberto Barroso de que regulamentar o controle por parte do Estado seria suficiente para garantir a qualidade da prestação desse método de ensino. Isso porque, assevera, se até mesmo os pais sem formação específica alguma podem ser os educadores, nenhum tipo de fiscalização funcionaria. Acrescenta, ademais, que autorizar o ensino domiciliar significa conferir aos pais autonomia educacional para decidirem que métodos de ensino e visões de mundo serão transmitidos para

22 Os dispositivos são os seguintes: art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) – Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” (Redação dada pela Lei n. 12.796, de 2013); e art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

23 Resumo do julgamento disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>. Acesso em: 30 jan. 2019.

24 Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340148604&ext=.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020. Para maior aprofundamento sobre a jurisprudência, remete-se ao *Item 2*.

essas crianças, sem que seja possível avaliar tais escolhas simplesmente por meio de provas, enquanto uma das funções da escola é oferecer aos alunos uma educação com visões alternativas e de bases científicas.²⁵

Em reforço a essa perspectiva, autores contrários ao ensino domiciliar enfatizam, na linha do preconizado pelos tribunais, que a questão do convívio da criança com a diversidade e do contato com o pluralismo de ideias não é algo com que os pais possam transigir. De acordo com Eliana Pires Rocha (2018), não obstante detenham primazia em relação a intervenções de terceiros na criação e educação dos filhos, enquanto por eles responsáveis e seus representantes legais, isso não autoriza os pais a se isentarem do cumprimento de obrigações e deveres sociais e legais, em razão do mero fato de não quererem que seus filhos tenham contato com concepções e ideologias outras que não aquelas que considerem corretas e sãgam.²⁶

Finalmente, defendem que a responsabilidade continue a ser compartilhada pelas famílias e pelo Estado,²⁷ sem que haja alternatividade ou exclusividade na condução da educação dos filhos, na medida em que ambas as instâncias possuem interesse no pleno desenvolvimento e na integração social das crianças.²⁸

25 Nas palavras do autor: “De outro lado, o ministro relator parece não atentar para o fato de que essa proposta de controle é incompatível com seus próprios pontos de partida. Se a educação doméstica tem como suposta finalidade dar autonomia educacional a mães e pais, para decidirem não apenas onde suas crianças vão aprender, mas também por quais métodos e a partir de quais visões de mundo, então não há como avaliar essas escolhas por meio de provas, para então considerar algumas como certas, outras como erradas. A educação doméstica não é apenas uma escolha pelo prédio no qual as aulas ocorrerão (casa em vez de escola), ela é uma escolha por conteúdos, por ideias, por visões de mundo. Assim, quem acredita que a Terra é plana e está no centro do universo teria que ter a liberdade de ensinar suas crianças dessa forma. Não há outra saída. Que a Terra não é plana, sabe-se há alguns milênios. Que ela não está no centro do universo, sabe-se há alguns séculos. Ainda assim, pais e mães sempre poderão defender o terraplanismo ou o geocentrismo em casa.” (SILVA, 2018).

26 Ao analisar o tema na perspectiva democrática da educação, acentuou a procuradora da República no Brasil em artigo de sua lavra: “Sem dúvida, as figuras materna e paterna contam com uma forte discricionariedade para educar seus descendentes. Existe uma obrigação parental que lhe dá essa primazia, inclusive para que terceiros não interfiram no seu poder familiar. Mas tal preferência não dispensa o cumprimento de deveres e obrigações sociais e legais, tampouco dá o direito de isolar as crianças do contato com outras formas de vida ainda que contrárias ao modelo familiar.” (ROCHA, 2018).

27 Nas Constituições brasileira e portuguesa existem previsões expressas nesse sentido:

Constituição brasileira: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Constituição portuguesa, alínea c do n. 2 do artigo 67º: “Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família: Cooperar com os pais na educação dos filhos; [...]”.

28 Nesse sentido, os comentários da professora brasileira da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) Maria Celina Bodin de Moraes: “[...] mais do que instrução, a escola proporciona à criança

Do outro lado do conflito, os defensores do ensino domiciliar advogam a autonomia dos pais na escolha da forma de instrução dos filhos com supedâneo, basicamente, no poder familiar,²⁹ na liberdade de ensino (art. 206, II, da Constituição Federal brasileira – CF; artigo 43º da Constituição da República Portuguesa – CRP); no direito ao livre planejamento familiar (art. 226, § 7º, da CF); e no dever que têm os pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” (art. 229 da CF; artigo 36º, n. 5, da CRP). Para além disso, apoiam-se em diplomas internacionais que dão prioridade aos pais na condução da educação dos filhos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica.³⁰

Nos Estados Unidos, há ainda quem tenha defendido o *homeschooling* com base num suposto “direito de saída” (*right to exit*) dos pais que não concordem com os paradigmas do ensino escolar e não desejem submeter suas crianças ao projeto público educacional.³¹

Pode-se constatar, destarte, que os autores contrários ao *homeschooling* priorizam o direito fundamental à educação em suas dimensões subjetiva e objetiva. Em relação ao primeiro aspecto, esclareça-se que se trata de um direito de titularidade dos menores e, portanto, sujeitos ativos da relação jurídico-subjetiva estabelecida; na dimensão objetiva, para além de deveres de proteção por parte do Estado,³² traz a lume a

e ao adolescente habilidades fundamentais decorrentes do convívio com os coetâneos, bem como o conhecimento das regras sociais, a formação da cidadania e a imersão em ambientes ventilados, com problemas e soluções individuais e sociais diferenciados, ao mesmo tempo em que, confia-se, a educação permanece sendo o objetivo primordial da família. As duas instâncias atuam, portanto, em conjunto, e não alternativamente.” (MORAES, 2017, p. 2).

29 A expressão “pátrio poder”, que remetia exclusivamente à figura paterna, foi substituída no Código Civil brasileiro (CCB) de 2002 por “poder familiar”, a fim de deixar claro que a condução da criação e da manutenção dos filhos compete indistintamente ao pai e à mãe (art. 1.634 do CCB). Em Portugal, a legislação civil foi alterada (artigo 1878º do Código Civil português) para incorporar a expressão “responsabilidades parentais”, utilizada pela Convenção sobre os Direitos das Crianças (promulgada no Brasil pelo Decreto n. 99.710, de 21 de setembro de 1990, também ratificada por Portugal em 21.9.1990; disponível em: https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf; acesso em: 31 jan. 2019) e pela Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n. 7/2014).

30 A saber, artigo 26.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”; e artigo 12.4 do Pacto de São José da Costa Rica: “Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

31 “*The homeschooling community, or at least the best organized part of it, seeks quite explicitly to exit this intergenerational social compact, by which one generation funds the education of the next in the interest of building a strong civil society. Their legal advocates and the occasional lower court have articulated the contours of a constitutional right to home schooling, under the First Amendment’s free exercise clause, or both. Whatever the textual backing, the logic and rhetoric is that of exit: Parents should have the right to exit this core feature of the social contract and core function of the state in civil society.*” (WEST, 2014, p. 901).

32 Em razão da limitação temática, o presente estudo não se deterá nas implicações decorrentes da distinção entre direitos de liberdade, os quais funcionam classicamente como direitos de defesa, ou seja, direito de não sofrer embaraços do Estado e eventualmente de particulares em seu gozo (ações negativas), e direitos sociais, que conferem direitos a prestações estatais, fáticas e normativas (ações positivas). Adotar-se-á a concepção segundo a qual as normas de direitos fundamentais

íntima ligação entre os direitos fundamentais e os fins e valores preconizados pela Constituição, que devem ser observados e cumpridos por todos os seus cidadãos.³³

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina favorável ao ensino domiciliar desloca o foco do debate do direito fundamental das crianças para a liberdade de opção dos pais e se fundamenta em normas referentes aos direitos e deveres parentais, a fim de respaldar o direito dos pais de promover diretamente a educação dos filhos, para além do direito de escolher a instituição de ensino na qual esses vão estudar.³⁴

4 · TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CASO DE MENORIDADE E AUTONOMIA DO MENOR

Inicialmente, deve-se pontuar que, em matéria de direitos fundamentais, não é possível transpor pura e simplesmente a distinção do direito civil entre capacidade de gozo e capacidade de exercício. Consoante as lições de Jorge de Miranda e Rui Medeiros (2010, p. 209), a capacidade de gozo de direitos fundamentais implica capacidade de exercício, uma vez que, nas palavras dos autores, “[...] os direitos fundamentais são estabelecidos em face de certas qualidades prefixadas pelas normas constitucionais e, portanto, atribuídos a todos que as possuem”.³⁵ Esse entendimento é corroborado por J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 424/425) ao ressaltar que é bastante problemática a disjunção entre titularidade e capacidade de exercício quando se trata de direitos dessa natureza, porquanto pode ser utilizada sob o pretexto de incidir tão somente sobre a capacidade de exercício, sem supostamente afetar a titularidade do direito, para o fim de respaldar, na verdade, restrições inconstitucionais e indevidas de direitos, liberdades ou garantias fundamentais.

compreendem um complexo de posições jurídicas, tanto de natureza negativa como positiva. Para maior desenvolvimento, ver Alexy (2015, p. 193 a 233 e 433 e ss.). Em sentido semelhante, José de Melo Alexandrino concorda com a proposição em termos estruturais, porém não para fins de definição do regime jurídico aplicável: “Em termos da respectiva estrutura jurídica (sem prejuízo do caráter complexo de algumas dessas dimensões subjectivas), é possível verificar como é reduzido o número de casos de (posições de) direitos fundamentais de natureza análoga de estrutura meramente defensiva e menos ainda de *liberdades*, ou seja, de pretensões cujo objecto seja a alternativa de acção ou a plena latitude de escolha dos comportamentos (*Belibigkeit des Verhaltenskönnen*): diríamos mesmo que, em termos quantitativos, essa possibilidade constitui excepção e não a regra. Em segundo lugar, confirma-se a existência entre os direitos fundamentais de natureza análoga de todos os tipos estruturais, mesmo de direitos a acções positivas em sentido estrito (ou seja, de direitos a prestações materiais).” (ALEXANDRINO, 2006, p. 274, grifo do autor).

- 33 Nesse sentido: “Já a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária).” (SARLET, 2014, p. 541).
- 34 Nesse sentido, a posição do ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro Franciulli Netto: “Impende realçar que o importante é o respeito à liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência?” (FRANCIULLI NETTO, 2007, p. 236).
- 35 Em sentido diverso: “Os titulares dos direitos fundamentais, por seu turno, são os seus sujeitos ativos, ‘os titulares do poder de agir’, os sujeitos das relações jurídicas oriundas das normas dos direitos fundamentais, e, além disso, entendemos principalmente, que os titulares são os detentores da possibilidade de exercício dos direitos fundamentais.” (NUNES, 2007, p. 42).

Desse modo, não há que se falar, no caso de liberdades e direitos fundamentais titularizados por menores, em qualquer tipo de limite ou restrição em seu exercício por incapacidade de agir, uma vez que a Constituição não estabeleceu, e de acordo com J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 331), “nem poderia estabelecer” limites mínimos de idade para condicionar o seu exercício tal como ocorre no âmbito dos direitos civis.³⁶

Em relação ao reconhecimento da autonomia dos menores para o exercício de direitos fundamentais, registre-se a guinada que sobreveio com a Convenção sobre os Direitos das Crianças, aprovada pela Assembleia Geral da ONU de 20 de novembro de 1989. A partir de então, foram reconhecidos direitos de liberdade à criança,³⁷ que passou a ser tratada como sujeito de direitos com capacidade de exercício, diversamente do que dispunham os diplomas internacionais anteriores,³⁸ os quais tradicionalmente atribuíam aos menores tão somente direitos relacionados com a sua proteção, destinados ao Estado e normalmente dependentes de atuação dos pais.³⁹ Especificamente sobre o direito à educação, a Convenção de 1989, ao prever a responsabilidade primordial dos pais em sua condução, determina que os interesses superiores da criança constituam a preocupação básica.⁴⁰

Assim, embora não exista definição clara sobre como resolver eventuais conflitos de interesses entre pais e filhos no tocante ao exercício de direitos fundamentais,

36 Os autores registram, por outro lado, uma hipótese em que a capacidade de gozo e exercício de direitos fundamentais poderia fazer sentido para chegarem à conclusão exposta no texto acima como regra geral. Confira-se: “Poderia, porventura, pensar-se que a distinção teria interesse nos casos em que certos direitos fundamentais dependem de outros ou nos casos em que exigem uma certa idade para poderem ser exercidos (cfr. Art. 49º). A Constituição não estabelece nem poderia estabelecer, de resto, limites rígidos de idade como acontece no campo do direito civil.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 331).

37 A saber, direito à liberdade de expressão e opinião (art. 13); de pensamento, consciência e religião (art. 14); liberdade de associação e reunião (art. 15) e liberdade de informação (Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 99.710, de 21 de setembro de 1990, também ratificada por Portugal em 21.9.1990; disponível em: https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf; acesso em: 31 jan. 2019).

38 A criança é objeto de proteção especial pela comunidade internacional desde longa data. A primeira declaração sobre direitos da criança foi aprovada pelas Nações Unidas em 1924 (Declaração dos Direitos da Criança da Sociedade das Nações Unidas), a qual ficou conhecida posteriormente como Convenção de Genebra; depois foi aprovada a 1ª Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU em 20 de novembro de 1959. Embora esses documentos não tenham atribuído o *status* de sujeito de direitos à criança, o que somente viria a ocorrer com a Convenção de 1989, ambos representaram importantes marcos na defesa e proteção de seus direitos.

39 Entendimento compartilhado na tese de Soraia Marlene Leite Gonçalves, segundo a qual: “A Convenção personificou um importante marco a favor do reconhecimento da autonomia da criança, uma vez que passou a atribuir-lhe a possibilidade de assumir, por si mesma, o exercício dos seus direitos subjetivos, contrariamente ao que sucedia até aí, onde lhe eram reconhecidos apenas direitos de proteção que só ao Estado e aos adultos cabia definir e ativar.” (GONÇALVES, 2016, p. 62).

40 Confira-se o artigo 18 da referida Convenção: “1. Os Estados partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança. Os pais e, quando for o caso, os representantes legais têm a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica.” (Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 99.710, de 21 de setembro de 1990, também ratificada por Portugal em 21.9.1990).

resta evidente que o menor possui autonomia para exercer direitos e liberdades em seu próprio nome e independentemente da vontade de seus pais, desde que, obviamente, possua capacidade de expressar sua vontade e maturidade para tanto.⁴¹ E, quando isso não for possível, deve-se ter em mente que são os interesses dos menores, e não os dos pais ou responsáveis, que devem guiar a forma e o modo de exercício desses direitos fundamentais.⁴²

Nessa perspectiva, os direitos e obrigações relacionados à responsabilidade parental devem ser lidos em consonância com a autonomia reconhecida ao menor, sendo certo que, como a própria expressão indica, trata-se de um instituto que implica muito mais deveres em relação aos filhos do que prerrogativas, as quais, ressalte-se, encontram limites naquilo que for definido como o melhor interesse da criança.⁴³

5 · IDENTIFICAÇÃO DO CONFLITO NORMATIVO E MÉTODO DE RESOLUÇÃO

5.1 · LIBERDADE RELIGIOSA X DEVER DE ESCOLARIZAÇÃO

Inicialmente, deve-se identificar as normas em eventual colisão, a fim de perquirir se de fato existe um conflito normativo e se esse tipo de conflito enseja resolução mediante ponderação, uma vez tratar-se de método subsidiário.⁴⁴ Verifica-se da

41 Sobre o assunto, ponderam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Por outro lado, a ponderação a efectuar no caso de conflito de direitos pode merecer respostas diversas consoante as idades (direitos ao exercício de certos direitos como liberdade de aprender e direito de educação dos pais). Mas é duvidoso que nesses casos se trate apenas de incapacidade de exercício.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 331-332). Em relação à prática de atos médicos, da legislação portuguesa colhem-se vários exemplos de leis que reconhecem a autonomia do menor, tais como: Lei n. 21/2014, de 16 de abril, que dispõe sobre investigação científica, em seu artigo 7º exige que, no caso de menores de dezesseis anos, o consentimento dos representantes legais para o estudo clínico “reflita a vontade presumível do menor”; o artigo 8º, n. 4, da Lei n. 12/1993, de 22 de abril, com as alterações da Lei n. 22/2007, de 19 de junho, dispõe que “[a] dádiva e colheita de órgãos, tecidos e células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes”.

42 Esse é o pensamento dos professores brasileiros da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Maria Celina Bodin de Moraes e Eduardo Nunes de Souza, que trazem a lume o conceito de poder jurídico, no qual não se pretende adentrar neste momento: “Dentre o amplo espectro de deveres inseridos no conteúdo do poder familiar está o dever de prover a devida educação aos filhos, conforme preveem o art. 229 da Constituição e o art. 1.634 do Código Civil. Causa estranheza, portanto, que qualquer controvérsia relativa ao tema da educação dos filhos seja abordada prioritariamente pelo prisma de uma suposta liberdade do titular do poder jurídico – ou, ao menos, de uma liberdade funcionalmente voltada ao interesse desse titular, em lógica completamente alheia à configuração da situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico.” (MORAES; SOUZA, 2017, p. 6-7).

43 Nessa direção: “*En el plano jurídico, como consecuencia de la generalización del criterio del favor minoris como el más importante principio inspirador y rector de cualquier normativa que afecte a la juventud y la infancia, el menor ha pasado de ser percibido como un mero sujeto pasivo sometido a padres, tutores o guardadores, a ser considerado primordialmente como protagonista de su propia vida y titular de una pluralidad de derechos fundamentales cuyo adecuado desarrollo integral compete a una pluralidad de sujetos, incluidos los poderes públicos.*” (ESTARELLA, 2014, p. 277-278).

44 Sobre a aplicação da ponderação como método subsidiário e a utilização de outras normas de resolução a depender do tipo de conflito normativo, isto é, *lex superior e lex posterior* (conflito

jurisprudência analisada que a liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF; art. 41º da CRP) é sempre invocada pelos pais, ademais da liberdade de ensino (art. 206, II, da CF; artigo 43º.1 da CRP),⁴⁵ como justificativa para a pretensão do *homeschooling* e, assim, tentarem se isentar da obrigação de matricular os filhos menores na escola. No caso do Direito brasileiro, as normas que preveem a escolarização obrigatória estão previstas no art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) – Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – e no art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.⁴⁶

De partida, afasta-se a falsa premissa de que, por se tratar de choque entre princípios e regras,⁴⁷ o conflito seria resolvido em favor dos princípios da liberdade de religião e de ensino, uma vez que esses teriam um peso maior. Com efeito, de acordo com Pedro Moniz Lopes (2018, p. 276-277), todas as normas são dotadas do atributo da derrotabilidade, que “resulta diretamente da própria estrutura normativa geral (*i.é.* regras e princípios)”, ou seja, são aplicáveis *prima facie*, porquanto, uma vez verificadas determinadas circunstâncias, que podem ser fáticas ou jurídicas, a norma poderá ser afastada. Assim, à luz da derrotabilidade, nenhuma norma atribui uma posição jurídica definitiva.⁴⁸

Ademais, no caso de que se cuida, as regras que estabelecem a matrícula obrigatória no ensino formal derivam diretamente das normas constitucionais que preveem o direito fundamental à educação e do correlato dever do Estado de prestação do ensino.⁴⁹ Assim, não há que se falar em hierarquia entre as normas porque as

do tipo *total-total*); *lex specialis* (conflito *total-parcial*), ponderação (conflito *parcial-parcial*), consulte-se Duarte (2010, p. 51-62).

45 A análise do conflito com a liberdade de ensino será feita no item seguinte.

46 Em Portugal, não se encontram dispositivos semelhantes, uma vez que o *homeschooling* é autorizado e regulamentado por uma legislação esparsa (Decreto-Lei n. 553/1980, de 21 de novembro, *c/c* Despacho n. 19 944/2002, de 10 de setembro).

47 Sobre a distinção entre regras e princípios, Pedro Moniz Lopes (2017, p. 471-490) discorda do critério de diferenciação proposto por Alexy, segundo o qual princípios se aplicam por ponderação, enquanto as regras por subsunção (ALEXY, 2008, p. 15, 2015, p. 86 e ss.). Após análise crítica desse e de outros critérios, Pedro Lopes (2017, p. 471-490) assume que o critério de distinção mais sólido é o da (in)determinabilidade da conduta hipotética, ou seja, se a norma apresentar em sua previsão uma conduta específica, será uma regra, do contrário, tratar-se-á de um princípio.

48 No mesmo raciocínio, o autor continua: “Por outro lado, deve-se entender que as regras gozam de uma determinada resistência à derrota e, inclusivamente, de uma precedência aplicativa *prima facie* em relação a princípios conflitantes, o que significa que não basta afirmar que um princípio, tem, *in casu*, mais peso que uma regra conflitante para que a última seja preterida em função do primeiro.” (LOPES, 2018, p. 276-277).

49 Como, por exemplo, no caso da Constituição brasileira:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 59, de 2009); [...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

liberdades religiosa e de ensino estão previstas na Constituição, tampouco em especialidade, porque a regra que determina a matrícula obrigatória dos menores na escola regulamenta o dever também constitucional do Estado de prestar a educação. Esse tipo de conflito normativo somente é resolúvel por ponderação, uma vez que não existe para essa hipótese regra de prevalência aplicável (*lex superior, lex posterior* ou *lex specialis*), por isso é necessário avaliar concretamente qual a norma mais adequada para regular o caso e que deve prevalecer, portanto.⁵⁰

Por outro lado, faz-se mister esclarecer que não será qualquer tipo de objeção religiosa que terá o condão de respaldar a alegação de ofensa à liberdade de religião, consciência e credo. Constata-se, pois, em muitos casos, que sob a arguição de defesa da liberdade religiosa, esconde-se na verdade a mera discordância dos pais quanto a alguns aspectos da educação prestada – educação sexual ou de gênero, por exemplo – ou de conteúdos ministrados, inclusive de cunho científico, como comumente a teoria da evolução, no caso de pais que são adeptos do criacionismo.⁵¹

Tal circunstância, por óbvio, somente poderá ser avaliada no caso concreto, por isso é certo que se poderá falar em afetação à liberdade de religião acaso, de fato, seja demonstrada a contrariedade do ensino escolar em relação a valores essenciais comungados por determinada comunidade religiosa e não meramente com padrões individuais ou convicções pessoais, na linha do decidido pela Suprema Corte americana no paradigmático e já citado *Wisconsin v. Yoder*.⁵²

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de crianças ou adolescentes em idade de escolarização obrigatória pertencentes a uma comunidade religiosa cujos dogmas e valores estivessem em choque com a educação prestada pelo Estado. Nesse caso, tratar-se-ia de um conflito do tipo *parcial-parcial*, que ocorre quando duas normas, que possuem âmbitos de aplicação distintos e, portanto, não conflitam em regra,

§ 3º Compete ao Poder Público reencensar os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.”

- 50 Nesse sentido, as lições de David Duarte, segundo o qual se trata de um tipo de conflito verificável em concreto: “As *the former distinction between abstract and concrete normative conflicts already suggested, normative conflicts that are only solvable by balancing are, in what concerns the legal hypotheses, those coming from a partial – partial connection. For these conflicts there is no norm of conflicts available (in fact, no norm of that kind is conceivable): it is a concrete conflict and it is not possible to define, abstractly in advance, what would be the chosen norm.*” (DUARTE, 2010, p. 57).
- 51 Um exemplo pode ser visto em consulta à p. 4 da petição inicial do Recurso Extraordinário n. 888.815, do STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632>. Acesso em: 24 jan. 2019. Também no relato das circunstâncias do caso alemão submetido ao TEDH fica evidente a discordância dos pais em relação ao tipo de educação e conteúdos ministrados (Application n. 35504/03 by Fritz Konrad and Others against Germany, de 11.9.2006, p. 1; disponível em: https://hslsda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf; acesso em: 30 jan. 2019).
- 52 Nesse mesmo sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República no RE n. 888.815 (BRASIL, 2018, p. 29), ao comentar o mencionado julgamento da Suprema Corte: “[...] A decisão unânime foi no sentido de que não é qualquer crença que se favorece da cláusula de liberdade religiosa da Primeira Emenda, mas aquelas que se evidenciam em práticas religiosas objetivas, sem incluir a mera elaboração de padrões individuais”. Para maior detalhamento sobre a jurisprudência, remete-se ao *Item 2*.

em determinadas condições incidem sobre os mesmos sujeitos em idêntica situação hipotética – são as chamadas interseções – e geram a incompatibilidade normativa.⁵³

A incompatibilidade normativa pode ser entre os operadores deônticos (OD), que são os comandos de conduta prescritos nas normas, isto é, “permissão,” “proibição” ou “imposição”, ou entre as estatuições, que são os seus efeitos ou consequências, os quais dependem do preenchimento de todas as condições da previsão normativa para ocorrerem.⁵⁴ Na hipótese em foco, os operadores deônticos seriam contraditórios: enquanto a liberdade de religião e crença permitiria às crianças e aos adolescentes não frequentarem a escola em razão da crença religiosa (OD permissivo), a norma derivada do direito fundamental à educação, que prevê o dever de educação por parte do Estado, proíbe esses mesmos menores em idade escolar de não frequentarem a escola (OD proibitivo).⁵⁵

Desse modo, atendidos os pressupostos referidos acima, a única possibilidade de o conflito ser resolvido em favor da liberdade religiosa seria acaso restasse comprovado que a frequência escolar atingiria de maneira inconciliável a liberdade religiosa da família, e não meramente dos pais, porém e sobretudo que os interesses de seus filhos seriam diretamente afetados enquanto integrantes da comunidade religiosa. Estar-se-ia, nesse caso, diante de questões identitárias de cunho mais profundo, em que a ida dos menores à escola entraria em confronto com o meio e o estilo de vida adotados por toda a família no seio da comunidade em que vivem e de cujos valores compartilham.

Abstraída essa hipótese de difícil ocorrência na prática,⁵⁶ entende-se que a frequência obrigatória à escola em regra não atinge o núcleo essencial do direito à liberdade de religião e crença do menor, titular do direito em causa, a despeito de eventualmente vir a contrariar convicções e opções pessoais de seus pais, ainda que baseadas em questões de índole religiosa.⁵⁷

53 Para maior desenvolvimento sobre os critérios de identificação e tipos de conflitos normativos, ver Elhag; Breuker; Brouwer (1999, p. 35-46).

54 ELHAG; BREUKER; BROUWER, 1999, p. 36 e ss.

55 A presença do operador deôntico, inclusive, distingue normas constitutivas, que apenas conferem poderes ou criam competências e não conflitam entre si, das regulativas, aquelas que preveem condutas, como as que definem direitos fundamentais e são suscetíveis ao conflito. Nesse sentido: “Quite differently, exercising competence presupposes NC but also instantiates other norms, those which prescribe if, when, or how a given exercise of competence is permitted, prohibited, or obligatory. [...] NC are structurally deprived of deontic operators (P, Ph, or O), thus rendering them immune to violation.” (LOPES, 2017a, p. 2 e 4).

56 Essa excepcionalidade esteve presente no *leading case* Wisconsin v. Yoder, em que a Suprema Corte, para reconhecer a famílias da comunidade Amish o direito de não matricular os filhos no ensino médio ou secundário (*high school*), levou em consideração o fato de se tratar de uma comunidade autossuficiente da sociedade americana, cujas crenças religiosas se inter-relacionam com o seu próprio modo de vida (Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, de 15.5.1972, p. 1528; disponível em: <https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/yoder.pdf>; acesso em: 31 jan. 2019).

57 Ao encontro desse entendimento: “Nessa direção, percebe-se que o reconhecimento é, sim, essencial à construção da identidade humana, mas que as balizas de tal reconhecimento não podem ser as do simples convívio familiar. Transposto para a temática do ensino domiciliar, tal raciocínio conduz à conclusão de que o *homeschooling* poderia ter como fundamento a pretensão da preservação de uma identidade comunitária, mas que dificilmente os parâmetros ético-culturais da família do educando, isoladamente considerados, serviriam a fundamentar essa prática se a educação formal

5.2 · FREQUÊNCIA ESCOLAR OBRIGATÓRIA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

5.2.1 · ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE

Na sequência, pende analisar o grau de ofensa à liberdade de ensino dos pais ou responsáveis pelas crianças provocado pelo dever de matricular os filhos na rede regular de ensino. Prevista, em geral, de forma bastante aberta e genérica nas constituições,⁵⁸ a liberdade de ensino é comumente associada à liberdade de cátedra.⁵⁹ Todavia, além da liberdade de ministrar aulas sem submissão a qualquer tipo de ideologia ou orientação de cunho filosófico, político etc., dirigida por óbvio aos docentes, é certo que abrange também a liberdade de escolha dos pais na condução da educação dos filhos.⁶⁰

Estabelecido, destarte, no plano deontológico o conflito do tipo *parcial-parcial* e sem que haja, por via de consequência, norma de prevalência aplicável, recorre-se ao método da ponderação de direitos para resolver o conflito normativo. Inicialmente, há de se verificar se a medida que estabelece a frequência obrigatória à escola é adequada, necessária e, finalmente, proporcional em sentido estrito.

De acordo com Alexy (2015, p. 116-120 e 588 e ss.), os princípios constituem mandamentos de otimização e que, portanto, exigem realização na maior medida possível. Adequação e necessidade, como subprincípios da proporcionalidade, expressam esse mandamento relativamente às possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização das possibilidades jurídicas e exige ponderação. Assim, antes de partir para essa fase (método da ponderação), a medida deve passar pelos crivos da adequação e da necessidade, a fim de evitar lesões desnecessárias a direitos fundamentais.⁶¹

oferecida pelo Estado não contrarie a identidade da comunidade de valores na qual determinada família esteja inserida.” (MORAES; SOUZA, 2017, p. 25).

58 Por exemplo:

CF: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; [...]”

CRP, artigo 43º, nº 1: “É garantida a liberdade de aprender e ensinar.”

Constituição espanhola, artigo 27.1: “*Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*” (disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf; acesso em: 30 jan. 2019).

59 Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos, ao comentar o art. 206 da CF, discorre: “[...] aqui está a liberdade de cátedra, direito subjetivo do professor ensinar aos seus alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, contudo, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente.” (BULOS, 2014, p. 1583).

60 Confira-se: “A liberdade de aprender e de ensinar (nº 1) em conexão com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (nº 4) aponta para um *direito à liberdade de ensino*, o qual, por sua vez, é densificado por uma série de direitos: (1) *liberdade dos pais* na escolha de educação dos filhos; [...]”. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 628, grifos do original).

61 Acerca do princípio da proporcionalidade em todas as suas acepções, consulte-se Alexy (2015, p. 116-120 e 588 e ss.); e de forma resumida, porém não menos completa, Alexy (2014).

Para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade e em seguida da fórmula do peso, considere-se P_1 = liberdade dos pais (de ensino e/ou religiosa) e P_2 = direito fundamental à educação. A análise será feita considerando que do primeiro lado do conflito está igualmente um único princípio. A uma porque, consoante explicitado no ponto anterior, a violação à liberdade religiosa é bastante rara; a duas porque, principalmente tendo em vista as finalidades para as quais são invocados os direitos de liberdade no caso da pretensão do *homeschooling*, não se identifica diferença substancial entre liberdade de religião, consciência e credo e liberdade de ensino que justifique a acumulação de princípios na fórmula.⁶²

Em relação à adequação, entende-se que a medida que obriga a matrícula dos menores na escola é apta para promover P_2 , pois tanto assegura o direito individual da criança à prestação do ensino e à aquisição do conhecimento quanto cumpre os fins de convívio do indivíduo com a diversidade e o pluralismo de ideias e formação para o exercício da cidadania, na exata medida em que previstos constitucionalmente.⁶³

A necessidade, por sua vez, implica que, entre dois meios igualmente adequados, a opção seja pelo menos restritivo ou invasivo (ALEXY, 2015, p. 590). No conflito em foco, a medida cuja intervenção seria menos intensa em relação a P_1 é a alternativa da autorização do *homeschooling* sob fiscalização do Estado. Para definir se essa medida seria igualmente adequada para promover P_2 , deve-se ter em mente, de partida, que a transmissão do conhecimento não é o único objetivo da prestação do ensino, que tem por finalidade também a socialização da criança e o pleno desenvolvimento de sua personalidade para participação de uma sociedade democrática. Nesse sentido, entende-se que o ensino domiciliar, ainda que sob controle estatal e submetido a avaliações periódicas, não é suficiente para alcançar esses últimos objetivos, o que somente se atinge eficazmente com o convívio social e heterogêneo de forma diária e rotineira e não meramente ocasional, como poderia eventualmente

62 Desse modo, entende-se que não será o caso de utilizar a fórmula estendida de Alexy, uma vez que, de acordo com o autor alemão: “*Los principios acumulados no pueden ser substancialmente redundantes. Sus objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes. También tiene validez la regla según la cual la heterogeneidad es una condición de la acumulación aditiva. Esta regla se aplica a veces con facilidad. De este modo, por ejemplo, es posible identificar (sic) fácilmente a la libertad general de acción como un contenido que ya aparece en los derechos fundamentales especiales.*” (ALEXY, 2008, p. 41).

63 A saber:

CF: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; [...].”

CRP, artigo 73º, nº 2: “O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.”

vir a ocorrer no caso do ensino domiciliar. Conclui-se, destarte, que a frequência obrigatória à escola é uma medida necessária, consoante entenderam os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol.⁶⁴

5.3 · A FÓRMULA DO PESO DE ALEXY E A VARIÁVEL DA FIABILIDADE

De acordo com a primeira lei de Alexy (lei da ponderação), “quanto maior o grau de interferência ou não satisfação de um princípio, tanto maior deve ser o grau de importância do princípio contrário” (ALEXY, 2008, p. 15, tradução livre). Significa, em resumo, que o último passo da ponderação é definir se a importância do princípio contrário justifica a restrição ou não satisfação do princípio colidente, o que se mede pelos efeitos que a omissão ou não da execução dessa intervenção produziria no primeiro.

Nesses termos, em sua estrutura original, a fórmula proposta pelo autor alemão tem por objetivo medir o peso concreto de um princípio em relação ao outro através de dois elementos, quais sejam, o grau de intensidade da intervenção em cada um dos princípios e os respectivos pesos abstratos. No plano abstrato, os princípios, por via de regra, possuem o mesmo peso, salvo algumas exceções, como o direito à vida, cujo peso é superior aos direitos de liberdade em geral.⁶⁵ O que não significa, por outro lado, que seja absoluto, pois qualquer princípio poderá vir a ceder em determinadas circunstâncias.⁶⁶

64 O Tribunal Constitucional espanhol foi enfático em relação à necessidade da frequência obrigatória à escola, à luz do princípio da proporcionalidade: “*Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.*” (Sentencia 133/2010, de 2 de dezembro, Recurso de amparo 7509-2005, p. 122; disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6772>; acesso em: 30 jan. 2019). Para um maior detalhamento sobre a jurisprudência internacional, vide *Item 2*.

65 Para fins de estruturação da fórmula, esclarece Alexy: “*Si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación. Como consecuencia, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones.*” (ALEXY, 2008, p. 23).

66 Nesse sentido, as lições de José de Melo Alexandrino, ao se referir à legislação portuguesa que descriminalizou o aborto em condições específicas: “A garantia da vida humana, no artigo 24º, nº 1, está enunciada num princípio e, como tal, esse princípio tem de conviver com outros princípios constitucionais (a começar pelo do direito ao desenvolvimento da personalidade e o correspondente princípio da liberdade), razão pela qual, dentro de certos limites, não se pode excluir que o legislador tenha alguma margem de opção sobre as formas de protecção da vida humana e de outros valores constitucionais também em causa. Por outro lado, uma vez que a Constituição não impõe directamente a criminalização de condutas, também a decisão sobre o que é ou não é crime acabou por ser remetida ao legislador ordinário, na condição de este não deixar os bens e interesses constitucionais abaixo de um patamar de protecção, pois nesse caso incorreria em *défice de proteção.*” (ALEXANDRINO, 2017, p. 272, grifo do original).

A segunda lei de Alexy foi chamada de epistêmica, porquanto está relacionada ao grau de conhecimento ou convicção acerca da realização ou não satisfação das premissas empíricas dos princípios em colisão. De acordo com a lei epistêmica, “[q]uanto maior o grau de intervenção em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que fundamentam essa intervenção” (ALEXY, 2008, p. 38, tradução livre). Em sua versão completa, destarte, a fórmula do peso contém mais um elemento, qual seja, o grau de segurança ou de fiabilidade das premissas empíricas.⁶⁷ Enquanto as intensidades das intervenções (I_1/I_2) e os pesos abstratos (P_1/P_2) são medidos pelas cifras 1 (leve), 2 (médio) e 4 (grave) (escala triádica), ao grau de segurança ou de fiabilidade das premissas empíricas (F_1/F_2) se aplicam as seguintes variáveis: 1 (certeza), $\frac{1}{2}$ (plausível) e $\frac{1}{4}$ (não evidentemente falso) (ALEXY, 2008, p. 30 e ss.).

Para fins de resolver o conflito direitos de liberdade dos pais (P_1) x regra da escolarização obrigatória (P_2), tem-se a seguinte equação:
$$P_1/P_2 = \frac{I_1 \times P_1 \times F_1}{I_2 \times P_2 \times F_2}$$

O passo seguinte é atribuir valores a cada uma das variáveis. Quanto aos pesos em abstrato, considere-se que os princípios em colisão possuem pesos equivalentes, entendendo-se que não se trata de hipótese que fuja à regra geral referida linhas acima de que entre direitos fundamentais não há hierarquia.

Em relação ao grau de intensidade da intervenção, não há como se admitir que a intervenção na liberdade de ensino e/ou religiosa seja grave, pois é mitigada, conforme reconhecido pelas Cortes Constitucionais europeias que julgaram a matéria, com o respaldo do TEDH, em razão de três circunstâncias essenciais: (I) possibilidade de escolha da instituição mais adequada às convicções religiosas, pedagógicas e morais, entre outras, dos pais, no caso da rede privada de ensino; (II) facultatividade de frequência às disciplinas de cunho religioso na rede pública, em face da laicidade do Estado;⁶⁸ (III) possibilidade de transmitir conhecimentos aos filhos fora do horário escolar.⁶⁹

67 Numa terceira versão, chamada de fórmula do peso refinada, Alexy incluiu, ao lado das premissas empíricas, as premissas normativas na chamada “equação da fiabilidade”, o que significou a adição de princípios formais em reforço aos princípios substanciais: “*the model that simply adds formal principles into the weight formula as reinforcements of substantive principles*” (ALEXY, 2014). Em resposta às principais críticas à fórmula do peso, Pedro Lopes discorre sobre a importância da integração de princípios formais, “nomeadamente o princípio da democracia”, para fins de balizar a ponderação realizada no âmbito da jurisdição constitucional (LOPES, 2018, p. 280 e ss.).

68 A laicidade do Estado brasileiro foi ratificada no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República no Brasil, que pretendia fosse reconhecida a impossibilidade de se ministrar ensino religioso nas escolas públicas com vinculação a uma religião específica e fosse vedada a contratação pelo Poder Público de professores na condição de representantes de confissões religiosas. O pedido foi julgado improcedente por maioria, porém o STF entendeu, nos termos do voto do redator do acórdão, o ministro Alexandre de Moraes, que a oferta de ensino religioso de conteúdo confessional com *frequência facultativa*, ainda que como disciplina dentro do horário normal das aulas, não viola a laicidade do Estado e, ao mesmo tempo, protege a liberdade de crença (ADI n. 4.439, de 27 de setembro de 2017, processo n. 9932145-90.2010.1.00.0000; disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>; acesso em: 30 jan. 2019).

69 Nesse sentido, o entendimento manifestado pelo TEDH ao apreciar *Konrad v. Germany*: “*Moreover, the German courts pointed to the fact that the applicant parents were free to educate their children after school and at weekends. Therefore, the parents’ right to education in conformity*

Assim, entende-se que o grau de intervenção em P_1 seja no máximo moderado (2), a depender ainda das circunstâncias do caso concreto; enquanto em P_2 a intensidade da intervenção é grave (4), uma vez que, acaso omitida a intervenção no primeiro, a regra da escolarização obrigatória será totalmente desaplicada e o direito fundamental à educação não se realizará em sua plenitude, considerando todas as finalidades que visa atingir, em especial, a socialização da criança.

Por último, no tocante ao grau de fiabilidade, o resultado continua a pender desfavoravelmente em relação a P_1 . Com efeito, se o fundamento principal da pretensão do *homeschooling* é o primado do respeito às convicções religiosas, filosóficas, morais, entre outras, dos pais, até que ponto se tem convicção de que atenderá os interesses da criança enquanto titular do direito fundamental à educação e com vontade e autonomia próprias? Nesse caso, considerando as incertezas do ensino prestado no ambiente domiciliar e a dificuldade de realização de controles externos, ainda que regulamentados pelo Estado, estipula-se um grau de fiabilidade, no melhor dos cenários, igual a $\frac{1}{2}$ (plausível) para P_1 . Diversamente, P_2 representa o modelo vigente há séculos⁷⁰ e reconhecidamente a medida eficaz para atingir todos os objetivos da prestação do ensino, nomeadamente, desenvolvimento pleno da personalidade da criança, formação para cidadania e contato com o pluralismo de ideias.

E não se diga, por outro lado, que as deficiências do ensino público em países com problemas sociais crônicos como o Brasil seriam motivo suficiente para conferir um baixo grau de fiabilidade à regra da escolarização obrigatória. Trata-se, pois, de problemas contingenciais e orçamentários, que não afetam a prestação do ensino escolar em sua essência e, portanto, podem e devem ser remediados com investimentos e maior dotação de recursos. Ademais, tal argumento não se aplica à rede privada de ensino, na qual normalmente estudam os filhos dos pretendentes ao *homeschooling*, uma vez que se caracteriza como uma pretensão praticamente exclusiva de famílias abastadas, pois demanda disponibilidade de tempo e/ou financeira, seja para ensinar as crianças diretamente, seja para contratar profissionais

with their religious convictions is not restricted in a disproportionate manner. Compulsory primary-school attendance does not deprive the applicant parents of their right to 'exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions' (see, mutatis mutandis, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, cited above, § 54, and Efstratiou v. Greece, 18 December 1996, § 32, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI)." (Application n. 35504/03 by Fritz Konrad and Others against Germany, de 11.9.2006, p. 7-8; disponível em: https://hsllda.org/content/hs/international/germany/konrad_decision.pdf; acesso em: 30 jan. 2019). Para maior detalhamento sobre a jurisprudência internacional, consultar o *Item 2*.

70 Sobre a história do ensino obrigatório, refere-se Cássio Casagrande: "Embora a educação compulsória tenha sido filosoficamente defendida por Platão em 'A República' – como necessária ao exercício da virtude cívica – ela somente foi implementada de fato como política pública com a ascensão do protestantismo, pois para Martinho Lutero a alfabetização era indispensável para que cada um pudesse ler a Bíblia por conta própria. Por esta razão, a Prússia foi o primeiro estado europeu moderno a adotar leis neste sentido, durante o Reinado de Frederico o Grande, em 1765. Foi exatamente esta mesma dimensão curial que os puritanos atribuíam à leitura e à capacidade de interpretação dos textos que levou às primeiras leis sobre educação compulsória nos EUA, que as adotaram muito antes de vários estados europeus (inclusive a Inglaterra). Ainda no tempo da colônia, em meados do século XVII, os colonos de Plymouth, Massachusetts, foram os primeiros a exigir a instituição de escolas elementares e a frequência escolar obrigatória." (CASAGRANDE, 2017).

especializados para desempenharem essa função. Desse modo, considera-se que o grau de fiabilidade de P_2 equivale a 1 (certeza).

Colocando-se as variáveis numéricas na fórmula, à exceção dos pesos em abstrato que se anularam por serem equivalentes, e, ainda, considerando a hipótese de intervenção moderada em P_1 , tem-se: $P_1/P_2 = \frac{2(I_1) \times \frac{1}{2} (F_1)}{4(I_2) \times 1(F_2)} = 0,25$.

Como o resultado foi inferior a 1, prevalece P_2 , fosse superior a 1, o conflito seria resolvido em favor de P_1 . Quando é igual a 1, segundo Alexy, há empate, e nesse caso deve prevalecer a norma estabelecida pelo legislador (ALEXY, 2008, p. 38-40), critério que ainda assim favoreceria P_2 .

Observe-se, destarte, o papel determinante dos interesses dos menores para a resolução do conflito normativo, seja para fins de medir a importância de P_2 , uma vez que omitida a intervenção em P_1 serão os direitos das crianças diretamente atingidos, enquanto titulares do direito fundamental à educação, seja em relação ao grau de segurança das premissas empíricas, porquanto a fiabilidade de P_1 resta em grande parte comprometida ao ter como pressuposto a defesa de crenças e convicções que são próprias dos pais e não necessariamente dos filhos.

6 · CONCLUSÃO

O principal argumento dos pretendentes ao *homeschooling* é o direito de oferecer aos filhos uma educação de acordo com suas próprias convicções e visões do mundo. Nesse sentido, de qual maneira restará observado o objetivo de convívio da criança e do adolescente com a diversidade e o pluralismo de ideias, previsto, em regra, nas constituições democráticas no capítulo dedicado ao direito fundamental à educação?

Dessa forma, entende-se que o cerne do conflito é a busca do melhor interesse dos menores, enquanto titulares do direito fundamental à educação e, também, da liberdade de aprender. Com efeito, é em nome e no interesse deles que são estruturados todos os direitos e obrigações dos genitores na criação e na assistência aos filhos, seja pela legislação doméstica, seja pela internacional, razão pela qual o regime jurídico parental não pode respaldar uma pretensão que atende aos interesses dos pais, porém sem que se saiba até que ponto contempla os interesses das crianças.

Não obstante os pais detenham prioridade em relação a intervenções de terceiros no tocante à criação e à educação de seus filhos, tal prerrogativa não confere àqueles legitimidade para decidir sobre o ensino a ser prestado a essas crianças à margem daquele preconizado pelo Estado. A uma porque não são os titulares do direito fundamental à educação; a duas porque não há um grau plausível de segurança para asseverar que os interesses dos menores restarão suficientemente atendidos através de um método de ensino escolhido com base única e exclusivamente em perspectiva, crenças e convicções que são próprias dos pais e não dos verdadeiros titulares do direito fundamental em causa.

Por outro lado, não se está a afirmar que os pais devam ficar alijados a um plano inferior no tocante à condução da educação de seus filhos, muito pelo contrário! O que se defende é que essa responsabilidade seja compartilhada pelas famílias em conjunto com o Estado, tal como previsto de forma tão enfática nas constituições. Isso porque

permanecem os pais com a liberdade de transmitir conhecimentos aos filhos fora do ambiente e horário escolar, para além da possibilidade de escolher uma instituição que mais se ajuste ou atenda a suas convicções religiosas, pedagógicas, morais etc.

Nesse sentido, foi demonstrada a excepcionalidade da violação à liberdade religiosa, a qual não pode ter como parâmetro exclusivamente os pais, mas a família e, principalmente, os filhos, tampouco se basear em meras discordâncias em relação a conteúdos ministrados e métodos de ensino utilizados. Somente quando estiverem em jogo questões identitárias de maior profundidade é que a objeção religiosa poderá ser aceita para o fim de escusar a frequência à escola, desde que seja comprovado, no caso concreto, que os menores terão acesso à prestação do ensino, de preferência no ambiente comunitário, e assim serão resguardados os seus interesses.

Excluída essa hipótese de difícil verificação na prática, consoante demonstrado, o conflito normativo entre os direitos de liberdade dos pais – liberdade religiosa e de ensino – e a regra da escolarização obrigatória, enquanto dever decorrente do direito fundamental à educação, é resolvido favoravelmente a esta última com margem de folga, através da aplicação da fórmula do peso de Alexy. Isso porque os interesses dos menores tanto têm implicação na gravidade da intervenção no direito à educação quanto comprometem a segurança das premissas fáticas em que se baseia o *homeschooling*, focadas primordialmente nos interesses dos pais.

Os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol, mesmo sem utilizar expressamente a fórmula matemática de Alexy, chegaram a resultado semelhante ao ponderarem em favor do direito fundamental à educação e entenderem que o modelo de educação conduzido pela família em casa não cumpre eficazmente os objetivos de socialização do indivíduo e formação do cidadão para participação de uma sociedade democrática e plural.

Por outro lado, a decisão tomada pela Corte Constitucional brasileira, apesar de partir de premissas semelhantes para reconhecer a constitucionalidade do modelo escolar de frequência obrigatória, deixou aberto o caminho para a legislação infraconstitucional vir a autorizar o *homeschooling*.⁷¹ Essa decisão é bastante preocupante, porquanto se trata de um país de bases sociais e econômicas extremamente desiguais, em que a adoção de um modelo de ensino exclusivista e com as deficiências apontadas, especialmente em relação à socialização dos menores e ao contato com a diversidade e o pluralismo de ideias, pode representar mais um fator de exclusão e alijamento social. Inquietações dessa natureza, ressalte-se, constituíram um dos fundamentos adotados pelo Tribunal Federal Constitucional alemão para manter a proibição do *homeschooling* no país, consoante visto no desenvolvimento deste estudo.

71 Antes mesmo da decisão do STF já tramitavam projetos de lei no Congresso Nacional para regulamentar o ensino domiciliar no Brasil, a exemplo do Projeto de Lei do Senado n. 490/2017, dentre outros apresentados na Câmara dos Deputados desde o ano de 2012, sem que nenhum deles tenha sido levado adiante até o momento. A proposição mais recente foi uma emenda à Medida Provisória n. 934/2020, que estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação durante a pandemia de Covid-19, e também permanece em tramitação. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?portal=Atividade+Legislativa&q=ensino+domiciliar&p=1>. Acesso em: 10 ago. 2020.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006. v. II.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *Lições de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. v. I.
- ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 12, n. 3, p. 511-524, July 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>. Acesso em: 7 fev. 2019.
- ALEXY, Robert. La formula del peso. Tradução de Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 13-42. Disponível em: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. reimp. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 888.815*. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do Estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Relator: Min. Roberto Barroso. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632>. Acesso em: 25 jan. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASAGRANDE, Cássio. *Homeschooling no STF e a jurisprudência dos EUA – O caso Wisconsin v. Yoder e a controvérsia sobre liberdade de educação*. *Jota Info*, São Paulo, 28 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/homeschooling-no-stf-e-a-jurisprudencia-dos-eua-28112017>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- DUARTE, David. Drawing up the boundaries of normative conflicts that lead to balances. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.). *Legal reasoning: the methods of balancing*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010. p. 51-62. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326995493_Drawing_Up_the_Boundaries_of_Normative_Conflicts_that_Lead_to_Balances/download. Acesso em: 5 fev. 2019.
- ELHAG, Abdullatif A.O.; BREUKER, Joost A.P.J.; BROUWER, Bob W. On the formal analysis of normative conflicts. In: HERIK, H. Jaap van den *et al.* (eds.). *Legal knowledge based systems*. JURIX 1999, The Twelfth Conference. Nijmegen: GNI, 1999. p. 35-46.
- ESTARELLA, María José Valero. *Homeschooling en Europa*. In: MARTÍNEZ, Irene (org.). *Educación en familia: ampliando derechos educativos y de conciencia*. Madrid: Safekat, S.L., 2014. p. 273-295. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WWW/vid/528111682>. Acesso em: 2 fev. 2019.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos. Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família. *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TRF e no STJ*, Brasília, n. 49, p. 223-237, 2007. Disponível em: <https://>

- ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627. Acesso em: 30 jan. 2019.
- GONÇALVES, Soraia Marlene Leite. *A autonomia do menor: direitos e desafios*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47968/1/Soraia%20Marlene%20Leite%20Goncalves.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2018.
- LOPES, Pedro Moniz. Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional. In: LOPES, Pedro Moniz. *Estudos de teoria do direito*. Lisboa: AAFDL, 2018. v. I. p. 275-286.
- LOPES, Pedro Moniz. The nature of competence norms. In: SELLERS, M.; KIRSTE, S. (eds.). *Encyclopedia of the philosophy of law and social philosophy*. Dordrecht: Springer, 2017a. p. 1-7. Disponível em: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_223-1. Acesso em: 5 fev. 2019.
- LOPES, Pedro Moniz. The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles. *Ratio Juris*, Oxford, v. 30, n. 4, p. 471-490, dez. 2017.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: 2010. tomo I.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A liberdade segundo o STF e a liberdade constitucional: o exemplo do ensino domiciliar. *civilistica.com – revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-liberdade-segundo-o-stf/>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *civilistica.com – revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Bodin-de-Moraes-e-Souza-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PORTUGAL. Ministério da Educação. *Educação e formação em Portugal*. Lisboa: Ministério da Educação, 2007. Disponível em: [https://www.dgeec.mec.pt/np4/97/%7B\\$clientServletPath%7D/?newsId=147&fileName=educacao_formacao_portugal.pdf](https://www.dgeec.mec.pt/np4/97/%7B$clientServletPath%7D/?newsId=147&fileName=educacao_formacao_portugal.pdf). Acesso em: 25 fev. 2019.
- ROCHA, Eliana Pires. A educação “das famílias” versus a educação “democrática”. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/eliana-rocha-educacao-familias-versus-educacao-democratica>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2014. p. 533-548.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e a educação: a Terra é plana. *Jota Info*, São Paulo, 12 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-a-educacao-a-terra-e-plana-12092018>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- WEST, Robin. A tale of two rights. *Boston University Law Review*, Boston, v. 94, p. 893-912, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2378&context=facpub>. Acesso em: 1º fev. 2019.

O DISCURSO POR TRÁS DA AUTONOMIA DO UBER

Limites e possibilidades da economia do compartilhamento
sob o olhar da Justiça do Trabalho

Nathália Guimarães Ohofugi¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A relação de emprego em tempos de uberização. 3 Economia do compartilhamento: desafios impostos à Justiça do Trabalho e perspectivas para o futuro. 4 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho mudou radicalmente nos últimos quarenta anos, seja pelo tempo de circulação, seja pela produção de capital. Os contornos das relações de trabalho estão em constante reconfiguração no contexto das inovações tecnológicas. Diante disso, categorias jurídicas até então funcionais do Direito do Trabalho entram em um impasse e novas implicações juslaborais surgem.

Este artigo pretende explorar os limites e as possibilidades jurídicas do reconhecimento de vínculo empregatício para trabalhadores submetidos à economia do compartilhamento, com ênfase nos motoristas da plataforma Uber.

Buscam-se respostas para o seguinte questionamento: como a Justiça do Trabalho está lidando com as transformações tecnológicas e com o fenômeno da economia compartilhada? A partir das reflexões trilhadas, procura-se verificar quais são as direções de tutela trabalhista viáveis para a relação de trabalho entre motoristas e a Uber.

Cumpra observar que os serviços da economia do compartilhamento se tornaram uma das principais possibilidades de fonte de renda para uma parcela da população que, por muitas vezes, está em situação de desemprego ou com o orçamento comprometido, especialmente ao considerar o contexto de crise econômica do País.

Assim, sob uma perspectiva crítica justralhista, o presente artigo verifica se os motoristas de aplicativos devem receber amparo da Justiça do Trabalho. Por conseguinte, as novas práticas de flexibilização de direitos e a proteção social e jurídica dos trabalhadores serão os eixos de deslinde da pesquisa.

Examinam-se o desenvolvimento da economia compartilhada e o desdobramento do modelo de atuação da Uber. Paralelamente, procura-se compreender como as categorias-chaves do Direito de Trabalho se enquadram na prestação de trabalho realizada pelos motoristas de aplicativo.

1 Advogada. Bacharelada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

A análise problematiza a tendência interpretativa dos Tribunais do Trabalho, bem como revisa conceitos tradicionais do Direito do Trabalho e questiona sobre a necessidade de se criar novos arranjos institucionais.

Ademais, pretende-se verificar se os serviços da economia do compartilhamento estão de alguma forma desrespeitando, mantendo ou ampliando patamares civilizatórios para o trabalhador.

Com base nas conclusões obtidas, o estudo caminha para um momento final de provocações sobre o futuro do trabalho, reforçando o papel decisivo da regulação judicial trabalhista na garantia de um patamar civilizatório mínimo para os motoristas em relação de trabalho com a empresa Uber.

2 - A RELAÇÃO DE EMPREGO EM TEMPOS DE UBERIZAÇÃO

A era informacional é marcada pela expansão das novas tecnologias e formas de prestação de serviços, cujas relações de trabalho ganham contornos complexos, o que pode acarretar eventuais mitigações a direitos consagrados pelo Direito do Trabalho.

Essa conjuntura foi especialmente desencadeada com as mudanças da chamada terceira revolução tecnológica, a partir dos anos 1990. O período foi marcado pelas inovações promovidas pela internet, pela robotização, pela microeletrônica e pelos setores de inteligência artificial.

O contexto de inovações foi acompanhado da ampliação do setor de serviços – sobretudo no campo da informalidade –, da perda do protagonismo sindical, do aumento do desemprego estrutural e da ampliação da precarização da classe trabalhadora.

Esse conjunto de metamorfoses alterou de forma significativa a relação capital-trabalho, desenhando uma nova morfologia do trabalho no século XXI. As dinâmicas laborais foram reestruturadas à medida que profissões e postos de trabalho foram extintos, seguindo uma tendência mundial de eliminar tudo o que fosse incompatível com as necessidades e expectativas da sociedade moderna.

A volatilidade e a efemeridade da atual “lógica de curto prazo” se aplicaram não só aos produtos, como também aos trabalhadores. A consequência do novo sistema foi a valorização do capital em detrimento dos direitos trabalhistas. Criou-se uma tendência mundial de flexibilização e precarização do trabalho devido à internacionalização da economia.

Sob esse panorama, foram desenvolvidas categorias de trabalho até então desconhecidas, marcadas por precarização e instabilidade, muitas vezes regidas por contratos temporários, sem estabilidade, sem registro e com baixos salários.

A onda de flexibilização de direitos trabalhistas, anteriormente adquiridos no apogeu das lutas sociais, na fase alta do modelo fordista, deflagrou uma desregulamentação em nível global. Como consequência, o setor informal cresceu rapidamente, bem como os contratos precarizados e a terceirização.

Assim, o Direito do Trabalho depara com o paradoxo e o desafio de lidar com o avanço tecnológico, seus riscos e possibilidades, e a intensificação da precarização que dele decorre.

Sob esse cenário é que surge a economia do compartilhamento, que ganhou maior visibilidade a partir de 2010 com a ascensão das *startups* no Vale do Silício. Apesar

de controvérsias quanto ao real significado, entende-se a economia do compartilhamento como “uma onda de novos negócios que utilizam a internet para conectar consumidores com provedores de serviços para trocas no mundo físico, como alugueis imobiliários de curta duração, viagem de carro ou tarefas domésticas” (SLEE, 2017).

No Brasil, o movimento se inaugurou em 2014, inserido em um contexto de crise econômica nacional, acompanhado do crescimento do movimento por reformas de orientação neoliberal e de desregulamentação do Estado.

Originalmente, o objetivo da economia do compartilhamento era possibilitar uma lógica de consumo consciente por meio da cooperação de indivíduos autônomos, com a finalidade de relativizar a propriedade privada e assegurar o aproveitamento eficiente de bens.

No entanto, atualmente as empresas da economia do compartilhamento se distanciam de sua ideia original e constituem um poderoso modelo econômico multimilionário, gigantes corporativos com alguns dos maiores faturamentos mundiais.

A economia do compartilhamento foi a grande propulsora do trabalho sob demanda via aplicativos, um modelo inédito de gerenciamento de mão de obra que se baseia na tecnologia de informação e comunicação. Os novos serviços foram acompanhados de incentivos econômicos e diminuição de preços em comparação aos mercados tradicionais.

Seu funcionamento é realizado por meio das chamadas “empresas-plataformas”, que interligam prestadores de serviços (autônomos) aos consumidores (usuários) e utilizam as plataformas virtuais como suporte. Além do emprego de tecnologia de última geração e a apresentação de uma plataforma simples, rápida e segura, um ponto fundamental de êxito das empresas-plataformas é a prática de um *empresendedorismo evasivo*, capaz de esquivar a sujeição das empresas à regulação dos mercados e aos instrumentos normativos.

O maior expoente da economia do compartilhamento é a empresa Uber, que representa um paradigma no que tange à reconfiguração produtiva de trabalho sob demanda. Hoje, a empresa está presente em mais de 600 cidades em 63 países e conta com cerca de 75 milhões de usuários e 3 milhões de motoristas. No ano de 2018, atingiu a marca de 10 bilhões de viagens realizadas.²

A Uber é uma empresa de sucesso sem precedentes que revolucionou o mercado privado de mobilidade urbana e é também a plataforma mais conhecida e difundida da economia do compartilhamento. Em destaque estão sua atuação com estratégia agressiva de entrada nos mercados locais e a oferta de preços mais baixos e atrativos.

A empresa se autodefine como uma plataforma tecnológica que, utilizando um aplicativo, promove o encontro de motoristas e usuários interessados em compartilhar o uso de veículos subutilizados por seus proprietários.

Essa lógica, utilizada por outras empresas da economia do compartilhamento, é conhecida como *uberização*, um novo padrão de organização do trabalho a partir da utilização das tecnologias disruptivas.

2 Todos os dados referentes à Uber a partir desse parágrafo foram retirados do site oficial da empresa. Disponível em: <http://twixar.me/jT2n>. Acesso em: 19 mar. 2019.

O fenômeno da uberização promove a ideia de que o prestador de serviços é um microempresário e a empresa é uma mera intermediadora. A partir desse discurso, as empresas se eximem de responsabilização, seja na esfera social, consumerista, ambiental ou trabalhista.

Ludmila Costhek Abílio (2017) entende que a uberização não surgiu com a economia digital, mas que suas bases de formação estão no mundo do trabalho há décadas. Os mecanismos de transferências de riscos e custos para trabalhadores autônomos não são uma novidade das empresas-aplicativos; elas apenas desenvolveram um sistema de gerenciamento de *softwares* e plataformas *on-line* para realizar a tarefa.

A partir desse cenário, seria a Uber mera ferramenta tecnológica ou empresa de transporte individual que emprega indivíduos? O sistema jurídico vigente apresenta o suporte normativo capaz de abranger as atuais e futuras inovações gerenciais das empresas de trabalho sob demanda via aplicativo?

O conflito regulatório é frequente em vários setores da economia do compartilhamento, especialmente no que concerne à concorrência entre seus representantes e os agentes da economia tradicional (RIBEIRO, 2016).

Na esfera trabalhista, o debate gira em torno da natureza jurídica do vínculo existente entre os motoristas e a Uber, se correspondente a uma relação empregatícia ou a uma prestação de serviço por um trabalhador autônomo.

A configuração da relação empregatícia, realizada mediante o reconhecimento dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação), constantes nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho,³ mostra-se sempre de difícil enquadramento em se tratando da prestação de serviços por trabalhadores de aplicativo.

Isso em razão do próprio funcionamento da plataforma, que atua por meio de controles por programação, ou seja, sem intervenção humana. Os motoristas somente têm contato com o aplicativo, tornando a figura do empregado intangível.

Essas formas atípicas de trabalho se estabelecem com “contratos de adesão”, em que a empresa se apresenta como intermediadora e o trabalhador como um autônomo, ou seja, partes independentes que decidem cooperar. Dessa forma, apesar de o vínculo guardar diversos elementos caracterizadores de emprego, estão travestidos por meio de institutos tecnológicos que os relativizam.

Sobre o tema, observa José Carlos Baboin:

A caracterização da relação jurídica entre a Uber e os motoristas independe de qualquer contrato assinado entre eles ou mesmo da autodefinição promovida pela empresa. O contrato de trabalho é um contrato-realidade, auferível no caso concreto mediante análise dos elementos existentes no vínculo entre as partes. (BABOIN, 2017, p. 336).

Assim, são muitos os questionamentos que sondam o cenário da economia do compartilhamento. Os motoristas de aplicativos se encontram atualmente em um

3 “Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

limbo, um estado de indefinição no meio jurídico-normativo, uma vez que não possuem um contrato de emprego, apesar de trabalharem como empregados fossem.

Até o presente momento, a jurisprudência não consolidou um entendimento sobre a matéria, e, por consequência, existem decisões judiciais controvertidas, ora reconhecendo o vínculo de emprego desses trabalhadores, ora o afastando.

Apesar de diversos Tribunais Regionais do Trabalho do País apresentarem um impasse, verifica-se que a tendência decisória que está se desenhando na Justiça do Trabalho é pela não existência do contrato de emprego. Nota-se, especialmente, uma grande dificuldade para reconhecer o elemento da subordinação.

Os magistrados com frequência sustentam que não é possível verificar o exercício do poder diretivo da Uber, uma vez que o motorista tem autonomia e flexibilidade em sua jornada de trabalho e os riscos inerentes à atividade econômica são arcados por ele próprio.

Por outro lado, diversas características da atuação da empresa demonstram o contrário. O estabelecimento unilateral do preço pelo serviço prestado, o condicionamento dos motoristas às avaliações feitas pelos usuários, a aplicação de penalidades e mesmo o desligamento da plataforma e os próprios comandos disfarçados de sugestões para o melhoramento do serviço configuram formas modernas utilizadas pela Uber de externar subordinação.

Por oportuno, pertinente citar o entendimento de Ana Frazão sobre a decisão judicial de 2016 do *Employment Tribunal* do Reino Unido, que reconheceu que os motoristas da plataforma Uber não são autônomos e constituem vínculo de relação de emprego subordinado com a empresa:

Para chegar à conclusão pela existência do vínculo de trabalho (*dependent work relationship*), o Tribunal, preliminarmente, analisou com cuidado o negócio da Uber, diante do argumento da empresa de que apenas presta serviços de tecnologia. Já no início de sua fundamentação, o Tribunal adverte que qualquer organização (i) que gerencie uma empresa em cujo “coração” está a função de transportar pessoas em veículos motorizados, (ii) que opere em parte por meio de companhia que procura se desviar das responsabilidades “reguladas” aplicáveis aos transportadores privados – ou seja, os PHV – *Private Hire Vehicle operators* – mas (iii) que exija dos motoristas e passageiros que concordem, por meio de contrato, que ela não provê o serviço de transporte e (iv) recorra, em seus documentos e cláusulas contratuais, a ficções, linguagem torcida (*twisted language*) e novas terminologias (*brand new terminology*) merece certo grau de ceticismo. (FRAZÃO, 2016, p. 1).

O reconhecimento do vínculo empregatício no contexto da economia do compartilhamento é um fenômeno jurídico que enfrenta muitos óbices para se efetivar. Embora a subordinação seja um conceito dinâmico, que admite múltiplas interpretações e alcances, ainda encontra resistência de aplicação na exploração de mão de obra humana via aplicativos ligados a plataformas *on-line* (MUCELIN; RIEMENSCHNEIDER, 2019).

Como consequência, milhares de trabalhadores submetidos às empresas-plataformas de transporte individual encontram-se desprotegidos e sujeitos à flexibilização de seus direitos, uma vez que ainda não foi estabelecida uma tutela jurídica que os resguarde. Como compatibilizar as inovações tecnológicas com o princípio protetivo trabalhista sem opor obstáculos à modernização dos mercados?

Das engrenagens aos algoritmos, o capitalismo se movimenta de uma forma cíclica e se reinventa à medida que encontra novas formas de exploração do labor humano. Assim, pode-se afirmar que o trabalho realizado em plataformas digitais trata, na realidade, de uma reorganização dos meios de produção.

No entanto, o fenômeno do trabalho via aplicativo vem acompanhado da informalidade e da precariedade. Uma vez que as empresas se apresentaram como meras intermediadoras entre usuários e clientes, a relação empregatícia é descartada, dando ensejo a exploração, sobrejornadas e insegurança quanto à continuidade do trabalho. Notória, desse modo, a contradição entre o “uso das tecnologias do século XXI com as condições de trabalho do século XXI” (ANTUNES; BRAGA, 2009, p. 10).

Sobre o tema, Ricardo Antunes explica:

Ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional-digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do novo proletariado da era digital, cujos trabalhos, mais ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novos impulsos com as TICs (tecnologias de informação e comunicação), que conectam pelos celulares as mais distintas modalidades de trabalho. Portanto, em vez do fim do trabalho na era digital, estamos vivenciando o crescimento exponencial do novo proletariado de serviços, uma variante global que se pode denominar escravidão digital. Em pleno século XXI. (ANTUNES, 2018, p. 30).

No contexto da uberização, o trabalhador entra com os meios de produção, além de arcar com os custos e os riscos da atividade. A suposta ausência da jornada de trabalho é uma ilusão; trabalha-se cada vez mais. A exploração do trabalho na contemporaneidade é o encontro produtivo entre a precarização e o desenvolvimento tecnológico.

A Uber não impõe limite de jornada, não assegura a observância de intervalos de descanso intra e interjornada, tampouco respeita os regramentos específicos do labor em horário noturno e do repouso semanal remunerado. Não há indicação de período de férias, décimo terceiro salário ou aviso-prévio. Em outras palavras, não se verifica qualquer indício de segurança juslaboral aos motoristas.

Percebe-se que classificar erroneamente motoristas como autônomos contratados de forma independente tem como consequência eximir tais empresas de obrigações que estão preconizadas na Constituição Federal de 1988.

É inegável que a inovação digital está resenhando os setores impiedosamente. A velocidade das mudanças está constantemente testando limites de um paradigma de um modelo de gestão do trabalho que caminha para se tornar obsoleto.

Nesse sentido, questiona-se: os contratos “uberizados” e “flexíveis” serão pré-requisitos para o avanço dessas novas formas de trabalho? A empresa moderna será aquela “sem jornadas pré-determinadas, sem espaço laboral definido, sem remuneração fixa, sem direitos, nem mesmo organização sindical?” (ANTUNES, 2018, p. 20).

Conjeturar respostas sobre as dimensões do mundo do trabalho e seus desdobramentos é refletir criticamente se a nova classe trabalhadora será a classe dos trabalhadores informais assalariados sem registro, à margem da legislação trabalhista, ou se haverá alguma ruptura promovida pelo Direito do Trabalho capaz de driblar a informalidade, a terceirização e a flexibilidade que tendem a acompanhar a expansão tecnológica.

3 · ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: DESAFIOS IMPOSTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

Atualmente, os sistemas jurídicos apoiam-se em uma base de pressupostos necessários para que a tutela protetiva seja conferida, entretanto se limitando a resguardar somente aos empregados que se enquadrem nessa delimitação.

Com a evolução do processo produtivo, entende-se que os elementos caracterizadores da relação empregatícia se modificam, mas a lesão aos direitos continua sendo a mesma. Em um sistema de fluxos e refluxos do Direito do Trabalho, é imperioso o estabelecimento de um parâmetro de proteção que vá além da figura do trabalhador empregado.

À medida que os avanços tecnológicos se multiplicam, é certo que a demarcação dos territórios das clássicas instituições e categorias jurídicas se estreita. Existem aspectos controvertidos tanto em um plano de divergências interpretativas como no próprio estabelecimento de estruturas jurídicas para as novas relações de trabalho emergentes.

Do ponto de vista doutrinário, o conceito do vínculo empregatício e os critérios para sua aferição, da forma como vêm sendo costumeiramente estabelecidos, mostram-se insuficientes para assegurar tutela jurídica aos trabalhadores de plataformas digitais.

Para a doutrina e o ordenamento jurídico vigente, o trabalho exercido pelos motoristas de aplicativos encontra-se em uma zona grise em que os elementos fático-jurídicos da relação de emprego se apresentam de maneira não convencional, gerando dificuldades para sua configuração.

Além da ausência de uniformidade quanto à natureza do trabalho prestado pelos motoristas de Uber, verifica-se que é restrita a contribuição doutrinária sobre o tema. Assim, as teorias construídas pela doutrina necessitam revisitar (e porventura ampliar) as bases que sustentam a fundamentação da existência do vínculo empregatício, com o objetivo de propor uma definição ao trabalhador e à relação jurídica existente nas empresas-plataformas da economia do compartilhamento, bem como as possibilidades de sua tutela e regulação.

A jurisprudência caminha em sentido similar. Ao se basear em categorias jurídicas clássicas para a identificação da relação empregatícia, o processo interpretativo não se aperfeiçoa. Por consequência, a tendência jurisprudencial se estabelece pelo não reconhecimento da relação.

Não obstante, vislumbra-se que as decisões que não reconhecem o vínculo empregatício também não oferecem qualquer alternativa legal que assegure amparo jurídico à relação de trabalho dos motoristas de aplicativo.

Enquanto as empresas-plataformas diminuem os custos de produção eliminando o pagamento de encargos trabalhistas, os motoristas de aplicativos vivem um contexto de superexploração e redução sistemática de seus direitos.

Dessa forma, as respostas da jurisprudência e da doutrina quanto ao tema não se limitam a pacificar conflitos judiciais e trazer segurança jurídica. Atingem diretamente a vida de obreiros, sua renda, sua saúde e sua identidade social no trabalho.

O Direito do Trabalho não pode ser visto como um direito fabril. Sua evolução está atrelada à evolução tecnológica. Em decorrência disso, a realidade deve ser compreendida como parte constitutiva do próprio Direito.

A prática jurídica precisa reconhecer a dimensão social em que está inserida e preservar pilares de proteção e garantias mínimas de direitos de ordem material e imaterial que foram historicamente construídos.

Nesse contexto, José Carlos de Carvalho Baboin entende:

A evolução tecnológica não representa uma impossibilidade de proteção aos obreiros, mas, ao contrário, um imperativo para a aplicação do Direito Trabalhista [...] A evolução produtiva e tecnológica não pode ocorrer às custas da superexploração da mão de obra, sob pena de se tornar apenas mais um instrumento de segregação social. (BABOIN, 2017, p. 359).

Assim, os motoristas de aplicativos estão sujeitos a uma contínua tensão constitutiva de avanços, em uma perspectiva de modernização, e retrocessos, na seara trabalhista.

Mesmo que não seja possível prever como o Direito do Trabalho será operacionalizado para tratar do novo proletariado de serviços da era digital, vislumbram-se duas direções possíveis para a doutrina e para a jurisprudência.

O primeiro caminho refere-se ao elasticimento dos elementos fático-jurídicos, no sentido de expandi-los em termos de conceitos. Ao conceber que suas manifestações podem ocorrer de maneira mais fluida, permite-se uma configuração mais abrangente do vínculo de emprego, abarcando os motoristas de plataformas.

Trata-se da *ressignificação* dos elementos da relação de emprego, apresentando os pressupostos da subordinação, da pessoalidade da onerosidade e da não eventualidade sob um viés compatível com a nova sociedade pós-industrial e hipertecnológica.

Por consequência, a atividade interpretativa dos tribunais se submeterá a um processo de renovação, viabilizando aos motoristas a tutela jurídica que a relação empregatícia resguarda, conforme os parâmetros constitucionais.

Contudo, é cediço que mesmo que o Direito do Trabalho não siga por esse rumo, a ausência da configuração do vínculo empregatício não pode ser um impeditivo para a instituição de um patamar civilizatório mínimo de direitos em torno dos motoristas das empresas-plataformas.

Por essa razão, a segunda solução proposta caminha no sentido do desenvolvimento de alternativas legais que assegurem ampla proteção jurídica a esses trabalhadores. Desta feita, cabe ao ordenamento normativo criar mecanismos legais que abranjam a relação de trabalho dos motoristas de aplicativos ou a ajustem às figuras de trabalho preexistentes e que já são regulamentadas no Direito Trabalhista brasileiro.

Por esse ângulo, vale a reflexão de Guilherme Feliciano:

Não se está afirmando, por óbvio, que todo o arcabouço juslaboral existente – Constituição, leis, jurisprudência, doutrina, etc. – tenha perdido utilidade. Ao contrário, esse arcabouço é e continuará sendo o ponto de partida para todas as construções tuitivas em torno das estruturas jurídicas emergentes da gig economy. (FELICIANO; PASQUALETO, 2019, p. 13).

No âmbito brasileiro, para garantir a esses trabalhadores uma tutela jurídica, é preciso assegurar ao menos os direitos constitucionalizados, como o limite de

jornada (art. 7º, XIII) e o piso salarial mínimo, mesmo para aqueles que percebem remuneração variável (art. 7º, IV e VII).

Isso porque esses direitos constituem bases de referências de categorias fundamentais de proteção, que não podem ser mitigadas em nenhuma medida. Por esse motivo, o Texto Maior dispõe que deve haver igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (art. 7º, XXIV). Logo, não pode haver distinção entre as figuras quando se tratar de direitos fundamentais indisponíveis.

Para Gabriela Neves Delgado (2006a, p. 240) “a existência de um patamar mínimo de direitos trabalhistas é condição para a viabilidade do valor da dignidade no trabalho e para a afirmação social do sujeito que labora”.

A eficácia dos direitos fundamentais constitucionalizados é pressuposto para a realização do Estado Democrático de Direito, uma vez que efetivam o acesso do trabalhador à saúde, ao descanso, ao convívio familiar e a uma vida digna.

O trabalho como instrumento de inclusão e integração social é assegurado pela instituição de um patamar civilizatório de direitos, proporcionado por meio de sua constitucionalização e pelas intervenções do Estado e do Poder Judiciário.

Resta claro que a relação de trabalho à qual estão submetidos os motoristas de Uber constitui uma modalidade de contratação que acarreta grande comprometimento da subjetividade do trabalho, sentida tanto pela informalidade em que estão inseridos quanto pela falta de segurança em relação a sua renda ou ao próprio acesso à plataforma.

Gabriela Neves Delgado (2006b, p. 74) prossegue e afirma que a identidade social do indivíduo somente é assegurada se o seu labor for digno. Assim, depara-se com uma contradição: ao mesmo tempo que o trabalho possibilita a construção de identidade social, pode também destruir sua existência caso não existam condições mínimas para o seu exercício.

Reconhecer o trabalho como suporte no valor da dignidade significa estabelecer um padrão regulatório aos trabalhadores da economia do compartilhamento que observe os parâmetros constitucionais de proteção juslaboral.

Do ponto de vista jurídico, a regulação diz respeito a uma proteção trabalhista que assegure dignidade a um trabalhador que está sujeito a um contexto de flexibilização com a chegada de inovações digitais, que propõe a superação da crise econômica através do trabalho sob demanda via aplicativos.

Não se negam os inúmeros benefícios que os avanços tecnológicos proporcionaram à coletividade, de maneira a otimizar muitos setores da sociedade. Contudo, o que não pode ocorrer é, sob o véu da tecnologia, o capitalismo negociar direitos trabalhistas que são base da preservação de direitos fundamentais.

Assim, a Justiça do Trabalho, para além de cumprir com as funções tradicionais do Poder Judiciário, tem como diferencial a função particularizada de integrar um sistema institucional amplo de proteção jurídica que vise à desmercantilização da força do trabalho no contexto econômico social (DELGADO; DELGADO, 2014).

Ao compreender o Direito como disputa interpretativa, a interpretação conforme à Constituição precisa ser reforçada, independentemente da relação de trabalho desenvolvida.

Em uma sociedade civil que se baseia na valorização social do trabalho, na dignidade da pessoa humana e em outros princípios constitucionais, o Direito do Trabalho, como segmento especializado e de caráter protetivo, cumpre um papel decisivo ao assegurar direitos justralhistas que não sejam regidos por imperativos econômicos.

Em outras palavras, “somente o trabalho exercido em condições de dignidade constitui uma possibilidade real de ressaltar o seu caráter emancipatório, mesmo diante da contradição intrínseca da produção realizada nos moldes do sistema capitalista” (LEMONS, 2018).

O estabelecimento de um novo padrão de regulação justralhista para a atividade exercida pelos motoristas de Uber é um processo em construção, que lida com o contraponto entre o moderno e o tradicional, o avanço e o retrocesso.

Em síntese, empregar a força normativa da Constituição para densificar direitos e princípios fundamentais, em oposição às práticas abusivas do mercado mascaradas pela roupagem tecnológica, é essencial para estabelecer limites às relações de trabalho desenvolvidas na era da economia do compartilhamento.

4 · CONCLUSÃO

A era digital e os avanços tecnológicos ofereceram inegáveis melhorias ao otimizar e modernizar as mais diversas atividades. Em um contexto de crise econômica, proporcionaram possibilidades de inserção de trabalhadores no mercado de trabalho, auxiliando na diminuição dos índices crescentes de desemprego.

A economia do compartilhamento, ao propor um novo modelo de estruturação das relações socioeconômicas, desenvolveu serviços rápidos, baratos e eficientes. Em um curto período, as empresas-plataformas dominaram o mercado mundial, tornando-se verdadeiros gigantes corporativos. Baseadas em plataformas digitais e no controle via algoritmos, as empresas revolucionaram as relações de trabalho e o acesso aos clientes.

Entretanto, observa-se que, acompanhando as inovações tecnológicas, um contexto de precarização e flexibilização do trabalho também se instaurou. No cenário da economia do compartilhamento é possível verificar motoristas de aplicativos trabalhando por dezesseis horas seguidas.

Nesse diapasão, provoca-se o Poder Judiciário Trabalhista para verificar se o padrão de regulação justralhista pode ser aplicado, mesmo com adaptações, às relações de trabalho com a Uber.

Assim, questiona-se se para esses novos trabalhadores submetidos à economia do compartilhamento, especialmente os que operam por meio de aplicativos, é possível o estabelecimento de vínculo de emprego.

Em relação especificamente à relação de trabalho entre o motorista e a plataforma Uber, entende-se que a tendência ao manter a interpretação clássica dos pressupostos fático-jurídicos é pelo não reconhecimento do referido vínculo.

O elemento de maior dificuldade de ser identificado é o da subordinação, tendo em vista a ausência física de empregador, de um lugar de trabalho fixo e de comandos diretos.

Verifica-se que as decisões judiciais que negam o reconhecimento do vínculo empregatício entre os motoristas e a plataforma pelo simples fato de não se enquadrar

nos moldes da subordinação clássica também não oferecem nenhuma alternativa legal de tutela jurídica, ignorando os impactos sociais que isso resulta e deixando à margem de direitos fundamentais milhares de trabalhadores que dependem da Uber e de outros aplicativos de transporte para suas sobrevivências e de suas famílias.

A situação dessa nova classe de trabalhadores piora ao considerar as sobrejornadas a que são submetidos para assegurar o pagamento de um valor mínimo para suprir suas necessidades, que muitas vezes sequer é alcançado. Como consequência, encontram-se vários trabalhadores desprovidos de direitos cujo único alento é não compor mais os índices de desempregados do País.

Mesmo diante de um panorama incerto e da falta de sinalização sobre o modo como o Direito do Trabalho irá definir a relação de labor prestado pelos motoristas de Uber, é imperioso garantir que o trabalho continue sendo um instrumento apto a garantir dignidade e identidade ao indivíduo.

Diante desse cenário, conclui-se que a Justiça do Trabalho, como ramo especializado, tem como objetivo precípua assegurar uma tutela jurídica que resguarde uma proteção mínima de direitos sociais e trabalhistas, independentemente do paradigma ou do contexto histórico em que se vive.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, L. C. A “uberização” e as encruzilhadas do mundo do trabalho. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano XVII, n. 503, p. 20-27, 24 abr. 2017.

ABÍLIO, L. C. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. *Passa Palavra*, Rio de Janeiro, 19 fev. 2017. Disponível em: <http://twixar.me/wL2n>. Acesso em: 18 jun. 2019.

ALMEIDA, V.; MARTINS, M. Análise juslaboral da relação de trabalho entre motoristas por aplicativos e a empresa Uber: aspectos e consequências sociojurídicas. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 55-75, 2017.

ANTUNES, R. Desenhando a nova morfologia do trabalho no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 39-53, ago. 2014.

ANTUNES, R. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, R. *Os sentidos do trabalho – ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2003.

ANTUNES, R. Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho? In: ANTUNES, R.; BRAGA, R. *Infoproletários: a degradação do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 231-238.

ANTUNES, R.; BRAGA, R. *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, R.; DRUCK, G. A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra. *O Social em Questão*, Rio de Janeiro, ano XVIII, n. 34, p. 19-40, 2015.

BABOIN, J. C. C. Trabalhadores sob demanda: o caso “Uber”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 83, n. 1, p. 330-362, 2017.

CARELLI, R. L. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XXI. In: LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. R. (coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017. p. 130-146.

CECATO, M. A.; DA SILVA, J. A uberização da relação individual do trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. *Cadernos de Direito Actual*, João Pessoa, n. 7, Extraordinário, p. 257-271, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Departamento de Estudos Econômicos. *Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: a entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de taxis entre 2015 e 2016?* Brasília: CADE, 2018.

COOK, C. *et al.* The gender earnings gap in the gig economy: evidence from over a million rideshare drivers. *NBER Working Paper*, Cambridge, March 8th, 2019. Disponível em: <http://twixar.me/BW2n>. Acesso em: 21 maio 2019.

DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006a.

DELGADO, G. N. O trabalho enquanto suporte de valor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, p. 63-80, jul./dez. 2006b.

DELGADO, G. N.; DELGADO, M. G. Introdução: o papel da justiça do trabalho no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (coord.). *ABC da execução trabalhista: teoria e prática. Homenagem ao professor Carlos Augusto Junqueira Henrique*. São Paulo: LTr, 2014. p. 13-20.

DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DUTRA, R. Q. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 256-287, out./dez. 2012.

FATOS e dados sobre a Uber. *Uber*, [s. l.], 1º maio 2019. Disponível em: <http://twixar.me/QZ2n>.

FELICIANO, G. G.; PASQUALETO, O. Q. F. (Re)descobrimo o direito do trabalho. *Jota*, São Paulo, 6 maio 2019. Disponível em: <http://twixar.me/JW2n>. Acesso em: 4 jun. 2019.

FRAZÃO, A. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela ensina? *Jota*, São Paulo, 1º jan. 2016. Disponível em: <http://twixar.me/pW2n>.

FRAZÃO, A. (org.). *Constituição, empresa e mercado*. Brasília: Faculdade de Direito, UnB, 2017.

FRAZÃO, A. Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas. *Jota*, São Paulo, 14 jun. 2017. Disponível em: <http://twixar.me/BW2n>. Acesso em: 17 mar. 2019.

FUMAGALLI, A. A nova relação capital-trabalho ainda submersa na subjetividade. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano XVII, n. 503, p. 8-15, 24 abr. 2017.

LEMOS, M. C. A. M. *Dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno*. Brasília: UnB, 2018.

MACHADO, Leandro. Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores dos aplicativos. *BBC News*, São Paulo, 22 maio 2019. Disponível em: <http://twixar.me/rF2n>.

MAIOR, J. L. S. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://twixar.me/VW2n.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

MUCELIN, G.; RIEMENSCHNEIDER, P. Economia do compartilhamento: a lógica algorítmica das plataformas e a necessidade de proteção da pessoa nas altas relações de trabalho. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7. n. 1, p. 61-93, abr. 2019.

OLIVEIRA, P. O Uber e o mito da panaceia tecnológica. *Carta Capital*, São Paulo, 19 jul. 2015. Disponível em: <http://twixar.me/Th2n>.

PACHECO, C. *et al.* A consolidação do Uber como inovação disruptiva: uma abordagem sistêmica. Disponível em: https://cin.ufpe.br/~gdsv/archive/anpad/artigo_FINAL.pdf.

POCHMANN, M. Extensão e intensificação do trabalho. *Revista Fórum*, São Paulo, ano 49, n. 98, p. 16-18, maio 2011.

RIBEIRO, B. S. *Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber*. Brasília: UnB, 2016.

RODRIGUES, M. V. A. A “reforma” trabalhista e aplicativos de economia compartilhada: o retrocesso na compatibilização entre as inovações e o Direito do Trabalho. In: MENDES, G.; FILHO, I. G. S. M. (coord.). *2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Paixão, 2017. p. 75-96.

SILVA, A. *O motorista de Uber e a configuração da relação de emprego*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SLEE, T. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. Tradução por João Peres. In: BRENDA, T.; PERES, J. (ed.). São Paulo: Elefante, 2017. [não paginada].

SUNDARARAJAN, A. *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2016.

WOODCOCK, J. Contra o eufemismo reducionista, a luta por uma flexibilização justa. Tradução de Walter O. Schlupp. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano XVII, n. 503, p. 16-18, 24 abr. 2017.

BREVE NOTA SOBRE ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paulo Gustavo Gonet Branco¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Origem. 3 A marca impregnante da superficialidade. 4 Predomínio da acepção negativa da expressão. 5 Um traço comum entre as visões enaltecedoras e críticas do ativismo e o que as distingue na prática. 6 Ativismo e separação de poderes na Constituição de 1988. 7 À guisa de conclusão – O fator restritivo à jurisdição constitucional da liberdade de conformação do legislador democrático.

1 · INTRODUÇÃO

Ao lidar com a concretização de direitos fundamentais, não raro as jurisdições constitucionais recebem a qualificação de “ativistas”. O mais frequente é que a adjetivação se dê num contexto de inconformismo. Mas também entre integrantes de altos tribunais e mesmo em trabalhos acadêmicos se ouvem aplausos ao “ativismo” atribuído a uma deliberação judicial, especialmente quando viabiliza o exercício e uma mais ampla compreensão de um direito fundamental tido por negligenciado nos espaços políticos.

Como é dado suspeitar, a expressão “ativismo judicial” é empregada com sentidos diversos nesses casos. Os termos, entretanto, ingressaram, sobretudo neste milênio, de modo definitivo na nossa linguagem, tanto leiga como técnica. Observatórios universitários e grupos de pesquisas de pós-graduação – tanto em faculdades de Direito como de Ciências Políticas – se dedicam ao exame da sua extensão e dos seus efeitos para a normalidade do sistema democrático. Analistas de diários e semanários da imprensa não recuam diante da força retórica que a conjugação das duas palavras exerce sobre quem as encontra referidas a uma decisão específica ou a uma tendência de algum tribunal. No parlamento e no Executivo, o ativismo judicial serve, da mesma forma, para discursos de ocasião ou para designar situações indicadas como dignas de mobilizar forças políticas partidárias. Mesmo no Judiciário, quem quiser se dedicar a rápida pesquisa, haverá de se deparar com acórdãos que fustigam decisões recorridas por serem ativistas, como outros tantos que justificam posições à conta de representarem um ativismo reclamado pela sociedade.

Percebe-se que não há uniformidade na atribuição de sentido a essa locução que ganhou extraordinário alento retórico no cotidiano jurisdicional, político e acadêmico. É sempre conveniente, portanto, buscar um ponto de partida para a análise das decisões tidas como ativistas numa tentativa de conceituar esse fenômeno. É de prudência recomendável também que quem se lance a essa tarefa não espere facilidades.

1 Doutor em Direito (UnB). Membro do Ministério Público Federal. Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União à época da publicação deste livro.

2 · ORIGEM

É comum apontar que a expressão tem a sua origem nos Estados Unidos. Teria sido cunhada por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., num artigo para leigos, estampada numa revista de variedades, *Fortune*, edição de janeiro de 1947, entre propagandas de whisky e de loção pós-barba, sem intenções científicas nem de crítica especializada. Não deixa, igualmente, de ser curioso que a expressão, nos Estados Unidos, irrompa vitoriosa no vocabulário uma década depois de considerável período de intensa e ácida interferência da Suprema Corte sobre escolhas políticas do Congresso Nacional.² Até então, não se havia descoberto a fórmula lapidar que a revista de variedades apresentou, já numa fase muito menos conflituosa entre os poderes políticos e o Judiciário.

Schlesinger descreveu as antipatias que os juízes da Suprema Corte nutriam entre eles próprios. O critério básico de animosidade estaria na identificação de cada um dos *Justices* no grupo dos campeões da autocontenção ou na turma dos ativistas judiciais. As denominações empregadas não buscavam embasamento em pesquisas analíticas requintadas. Não deixa de ser significativo, de toda sorte, que as características vinculadas ao modo de decidir de um e de outro grupo ainda sejam atuais – tanto no que se lhes assoma como intuitivo como no que ressentem da falta de necessário enraizamento metodológico.

Os polos foram estremados por Schlesinger segundo a concepção que os animava quanto à tarefa do Judiciário numa democracia.³ O grupo dos ativistas acreditava que a Suprema Corte deveria desenvolver “um papel afirmativo na promoção do bem-estar social”, empregando o poder de julgar “em prol da sua concepção de bem social”. A Corte seria “um instrumento para alcançar os resultados sociais que [os juízes] achavam ser os desejados”, até porque, afinal, direito e política seriam inseparáveis. Além disso, “os artifícios do raciocínio jurídico, a ambiguidade dos precedentes, a indefinição da doutrina, tudo leva a que, na maior parte dos casos, a diferença de opiniões dos juízes seja invariavelmente tida como razoável, no contexto do tecido lógico do Direito”. Schlesinger arremata o modo de ver dos ativistas, resumindo que, para eles, “a Corte não pode escapar da política; que use, então, o seu poder político para propósitos sociais saudáveis”.

O grupo dos partidários da autocontenção abre para os poderes políticos uma margem ampla para avaliações e deliberações em torno do bem comum e de fins sociais, que torna legítimas soluções com as quais os juízes, eles próprios, possam não vir a concordar. O papel da Corte seria o de “permitir que outros ramos do Poder Público obtenham os resultados que o povo deseja, quer isso leve a uma melhoria da sua situação ou a uma piora”. O papel do Judiciário seria limitado. Partem do

2 Refiro-me à era *Lochner*, que se estendeu de 1905 até a superação do precedente, conhecido com o mesmo nome, no caso *West Coast Hotel*, de 1937. Basicamente, a Suprema Corte, no período, abateu sistematicamente a legislação social levada ao seu conhecimento, em nome da autonomia de contratar, que estaria entrincheirada na cláusula constitucional do devido processo legal substantivo. A propósito, essa mesma cláusula é tida como entronizada, no Brasil, pelo constituinte de 1988, no art. 5o, LIV, da Constituição.

3 As citações do artigo são colhidas de Keenan Kmiec. “The Origin and Current Meaning of ‘Judicial Activism’”. *California Law Review*, 2004, n.5, pp. 1446-1449.

pressuposto de que as leis têm um sentido objetivo e que não seria apropriado dele se apartar para favorecer os interesses de qualquer grupo social. Para eles, as leis “não são vasos vazios”. Além disso, segundo os defensores da autocontenção, “se o legislativo cometer erros, cabe a ele os remediar; qualquer outra intervenção emascularia a democracia, por encorajar o Legislativo a agir irresponsavelmente, escoltado numa expectativa de que os tribunais virão podar os seus excessos”.⁴

Bastam esses trechos para que identifiquemos prontamente a atualidade das perspectivas que movem as mesmas posições opostas que hoje se defrontam exatamente sobre o papel da jurisdição constitucional. Continuam a ser vistos como confrontantes o lado dos que vêem o papel da jurisdição constitucional de agente impulsionador da História, segundo uma pré-compreensão dos seus integrantes sobre o que é o melhor para a sociedade (e acaso para a humanidade), e o lado daqueles que preferem que decisões vitais para a sociedade sejam deixadas à representação política democrática.

Bastam também esses trechos para que se perceba que a análise está longe de ser suficiente para um enquadramento preciso de decisões numa ou noutra vertentes. Afinal, continua a não haver um critério exato de definição dos critérios que podem ser declinados para apontar uma decisão como ativista ou como democraticamente deferente aos poderes políticos. Se há algo inequívoco em toda essa descrição é justamente a ambiguidade dos termos empregados por Schlesinger. Seria, entretanto, excessivo esperar do artigo uma ordem de perquirição dessa altura. O que surpreende é que tantos anos passados continue a se presenciar tanta discussão arrancada de conceito mal definido por seus debatedores.

3 · A MARCA IMPREGNANTE DA SUPERFICIALIDADE

Ao que parece, a marca da superficialidade do artigo na revista de variedades terá impregnado o emprego dos termos ali reunidos pioneiramente com a mesma essência da equivocidade e trivialidade.

A expressão, porém, pela sua apenas aparente nitidez, ganhou público. Contam-se na casa das dezenas de milhares os artigos em revistas especializadas americanas e, em proporção menor, brasileiras, que se valem da expressão “ativismo judicial”, sem, tantas vezes, contudo, sequer lhe reconhecer o trato consideravelmente escorregadio.

As concepções díspares e desarticuladas do fenômeno levam doutrinadores americanos a negar tanto seriedade como utilidade às palavras conjugadas displacientemente na revista popular de 1947. Adverte-se que os que pretendem entender a discussão veem-se inclementemente desamparados do ponto de vista metodológico,

4 Kmiec (ob. cit., pp. 1448-1449) transcreve um diálogo que Schlesinger teria imaginado entre um *justice* da linha da autocontenção e um juiz ativista: “O juiz da autocontenção diz: o Legislativo editou a lei; ele que a revogue. A resposta do ativista é: dadas as circunstâncias políticas atuais, ele não vai rever a lei – pelo menos não vai antes que um dano, possivelmente irreparável, seja sofrido por pessoas indefesas; por isso, a Corte tem que agir. O juiz da autocontenção replica: você está fazendo justamente o que nós condenamos no passado do nosso Tribunal, está praticando usurpação judicial. O ativista torna à carga: nós não podemos confiar num eleitorado crescentemente conservador para proteger os desvalidos ou para garantir os direitos humanos básicos; estaríamos traindo o espírito e o propósito da Constituição se não interviéssemos”.

numa “babel desconexa”.⁵ Daí, o conselho para que se evite o emprego da expressão *ativismo judicial*, desdenhada por ser “irremissivelmente banal”, “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda”.⁶

Como quer que seja, o fato é que a expressão ganhou adesão geral e, fazendo jus ao seu polimorfismo, nem mesmo apresenta coloração ideológica firme, por isso que tanto se cogita de ativismo conservador como liberal, de direita ou de esquerda.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência iniciada com o caso *Lochner*, de 1905, em que a Suprema Corte impôs aos Poderes Legislativo e Judiciário a sua visão de que a Constituição americana assumira o modelo político-econômico do *laissez-faire*, é vista como exemplo característico de ativismo conservador.⁷

Por outro lado, o ativismo ganhou feitiço liberal, quando a Suprema Corte se lançou à pauta dos direitos civis, durante as presidências dos *Justices* Warren (1953-1969) e Burger (1969-1973).

Voltou, adiante, a ser conservadora, ao arbitrar as eleições de 2000, entre Bush e Gore.

Os descontentes com essas decisões não hesitam em dizê-las ativistas.

4 · PREDOMÍNIO DA ACEPÇÃO NEGATIVA DA EXPRESSÃO

Se o “ativismo judicial” não tem filiação ideológica no plano da tradicional oposição entre esquerda e direito, não menos verdade é que costuma ser verbalizado em tom de desaprovação crítica.⁸

É certo que, logo depois de introduzida no linguajar dos norte-americanos, a expressão apontava para um significado positivo. Keenan Kmiec relata que teria um equivalente, hoje, nos termos prestigiosos de “ativista dos direitos humanos”, muito mais do que, na ideia de “juiz que abusa da sua autoridade”, com a qual passou a ser predominantemente associada, nos Estados Unidos, já em meados dos anos 1950.⁹

No Brasil, prevalece o conteúdo depreciador da expressão, embora, com muita frequência, se encontrem autores e magistrados defendendo altivamente o que denominam de *ativismo judicial*. O que se percebe, sem muito esforço, é que, também entre nós, falta uma visão unificada do significado que cada participante do debate público relaciona à expressão.

5 Bradley Canon. “Judicial Activism”. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983, p. 239.

6 Craig Green. “An intellectual history of judicial activism”. *Emory Law Journey*, vol. 58, 2009, p. 198.

7 Esse momento, que durou até 1937 (caso *West Coast Hotel v. Parish*), assustou o observador francês, Édouard Lambert, que o descreveu com linhas estarecidas, no livro “*Le Gouvernement des Juges*”, de 1921, influente para que se assentasse franca repulsa da doutrina e dos órgãos políticos franceses ao controle jurisdicional das leis.

8 Dworkin, por exemplo, repudia o ativismo, que entende inconciliável com a sua concepção de direito como integridade, na medida em que traduziria um “pragmatismo virulento”, um meio de o juiz “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Ronald Dworkin. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

9 Kmiec, ob. cit., p. 1451-1452.

No plano dos que rejeitam a legitimidade do ativismo entre nós, ressalta-se Elival da Silva Ramos, que predica ao fenômeno a qualificação de “insidioso descaminho”¹⁰, expressão da “descaracterização da função típica do Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.¹¹

Já o emérito decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, defendeu o ativismo judicial, afirmando que a Corte o exerce por imposição implacável “da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República”. Mostra-se persuadido de que “o chamado *ativismo judicial* é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo”.¹²

O que parece ser uma radical contraposição de juízos, no campo valorativo, do fenômeno do ativismo judicial, não o é, na realidade. O que se flagra aqui é, antes, uma ilustração eloquente dos múltiplos usos da expressão nos discursos públicos.

Em ambas as manifestações, à primeira vista discordantes, nota-se uma característica comum. Nenhuma delas defende que o Judiciário possa desprezar a Constituição, à guisa de fazer justiça. Nenhuma prega um retorno ao solipsismo do “bom juiz Magnaud”.

O Ministro Celso de Mello defende, entretanto, que os instrumentos criados pela Constituição sejam utilizados para suprir omissões inconstitucionais, vendo nisso função que a Constituição de 1988 tornou própria do Judiciário. Se assim é, decisões dessa ordem não seriam intrusivas sobre funções típicas dos poderes políticos. Não expressariam, portanto, conduta censurável.

Eventual divergência, claro, poderá advir da compreensão dos intérpretes da Constituição sobre o que seria inerente ao poder de decisão da Suprema Corte.

5 · UM TRAÇO COMUM ENTRE AS VISÕES ENALTECEDORAS E CRÍTICAS DO ATIVISMO E O QUE AS DISTINGUE NA PRÁTICA

Se compararmos as duas vertentes que se referem à expressão *ativismo judicial*, será possível observar que a que o censura o faz porque a liga a exercício extravagante da competência do Judiciário. A corrente que o enaltece, por seu turno, não propugna que o Judiciário atue fora dos seus limites de competência; apenas entende que a Constituição deve ser interpretada com largueza, na hora de se definir a competência da jurisdição constitucional.

Ambas as perspectivas, portanto, repelem a atuação dos tribunais discordante dos limites constitucionais das suas atribuições. Diferenciam-se, na realidade, porque a que repudia o ativismo vê o fenômeno caracterizado com base numa compreensão mais estrita dos limites de atuação do Tribunal; a outra corrente chama de ativismo uma atuação dentro dos limites constitucionais de competência, quando compreendidos segundo interpretação mais elaborada da Constituição.

10 Elival da Silva Ramos. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313

11 Elival da Silva Ramos. *ob. cit.*, p. 129.

12 Anuário da Justiça de 2010. Consultor Jurídico, 2010, p. 77.

O problema está em demarcar as fronteiras das ações próprias do Judiciário.

Se se pretende criticar o ativismo no plano interno de uma ordem constitucional, é inevitável que se leve em conta o desenho de separação de poderes que a ordem particular traçou. Não parece produtivo, nesse plano mais positivo da análise, tomar como parâmetro crítico uma visão abstrata e a-histórica da separação dos poderes, muito menos uma perspectiva de relacionamento entre poderes tecida em outra latitude geográfica ou em outra dimensão cronológica.

A dimensão de separação de poderes que conduzirá a uma análise crítica de interesse prático do fenômeno do ativismo há de ser aquela ideada pelo constituinte. Se se quiser usar a expressão *ativismo judicial* entre nós com alguma consistência, o exame do desenho de independência dos poderes e de inter-relacionamento entre eles concebido em 1988 não pode ser negligenciado.

6 · ATIVISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O constituinte brasileiro de 1988 certamente não se viu dirigido pela obsessão de reproduzir, com fidelidade servil, o modelo que Locke ou Montesquieu tinham em seus espíritos quando dissertaram a respeito da separação de poderes. As atribuições de competência ao Judiciário nacional são únicas na história republicana brasileira, e não pretendem ser o espelho de algum equacionamento engendrado concretamente em algum outro país.

Assim, se a própria existência do controle jurisdicional de constitucionalidade é sentida nos EUA, em si mesma, como uma expressão antiga de ativismo – já que a Constituição de lá não prevê expressamente o mecanismo, nem tampouco declara a Suprema Corte guardiã da Carta –, no Brasil, o exercício do controle, em si mesmo, integra textualmente o domínio das atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode deixar de levar em conta, ainda, o caráter dirigente imprimido à ordem constitucional brasileira, referta de princípios e valores que demandam complementação e concretização legislativa e administrativa. Uma Constituição com essas características dá ensejo a frequentes instâncias de judicialização da política – que, em si mesma, não coincide com o fenômeno do ativismo judicial, mas contribui para torná-lo mais frequente, dando, por vezes, a casos duvidosos a aparência de justificáveis.

Essa *materialização* da Constituição, somada ainda à expressa competência conferida à jurisdição constitucional para resolver omissões inconstitucionais, lança o Tribunal em campo que tradicionalmente estava rigorosamente circunscrito à atuação dos Poderes dotados de legitimidade democrática-representativa.

Essa arquitetura particular de pontes e barreiras entre Poderes é direito positivo e segui-la não pode ser visto como acinte à separação de poderes. Não é dado, em consequência, enxergar no desempenho dessas novas tarefas confiadas ao Judiciário fenômeno a ser escarmentado com a designação negativa de *ativismo judicial*.

De toda forma, não há negar que a definição das competências do Judiciário pelo próprio Judiciário pode ensejar ímpetos associados ao ativismo. São, portanto, não poucas as armadilhas das aparências contra as quais o observador deve-se precaver ao se lançar no lodoso terreno das qualificações de ativistas atribuídas a julgados da jurisdição constitucional.

7 · À GUIZA DE CONCLUSÃO – O FATOR RESTRITIVO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR DEMOCRÁTICO

Não se pode, enfim, perder de vista que é inevitável que a jurisdição constitucional opere no plano legislativo, onde quer que seja instituída. Não mais ocorre seriamente a ninguém que se possa esperar do juiz que apenas “aplique” o direito, sem contribuir para a sua expansão de significado em algum grau. O problema central é outro; desloca-se para a medida dessa atividade criativa em cada momento e em cada circunstância. É nesse passo que se lança à vista do observador a problemática da tensão típica entre constitucionalismo e democracia representativa, com todas as suas perplexidades, que há décadas desafiam, com a voragem da proverbial Esfinge, os que acreditam poder esclarecê-las.

Se a solução para o enigma não se mostra no horizonte das ideias assentadas, ao menos é possível discernir, uma vez melhor compreendida a realidade subjacente ao fenômeno do ativismo judicial, situações em que, com mais clareza, se possa identificá-lo.

Em termo amplos, cabe a censura de ativismo quando a jurisdição constitucional se substitui, sem competência para tanto, a uma decisão que, no sistema de separação de poderes, é esperada que seja estabelecida pelos poderes dotados de representação democrática.

Cabe especialmente ao Legislativo a função precípua de formatar a ordem jurídica mediante escolhas que se compreendam nos marcos admitidos pela Constituição – atividade que, evidentemente, pressupõe a legitimidade do Legislativo para interpretar a Constituição. Sendo esse o quadro, haverá atuação desbordante da competência da jurisdição constitucional nos casos em que as instâncias políticas deliberarem, a partir de uma interpretação/concretização da Constituição passível de ser considerada pela cidadania informada como razoável, e, mesmo assim, vierem a esbarrar numa censura judicial.

Sabe-se que da interpretação/aplicação das normas constitucionais pode resultar, conforme as circunstâncias, soluções *discursivamente necessárias*, *discursivamente impossíveis* ou *discursivamente possíveis*.

Cabe, decerto, à jurisdição constitucional criticar as deliberações dos poderes políticos, especialmente as do legislador, quando se mostra certo o dever de agir ou de não agir e as instâncias políticas assumirem comportamento oposto.

Naqueles casos, contudo, em que a Constituição franqueia interpretação que acolhe razoavelmente a deliberação dos órgãos políticos, o princípio formal da democracia representativa impõe-se como limite à ação corretiva da jurisdição constitucional. Nessas ocasiões, há que se admitir o que Alexy denomina de “margem de ação epistêmica” em favor do legislador, “reconhecendo-lhe a competência para determinar, dentro de um certo contorno, o que está ordenado e proibido e o que é facultado, de acordo com os direitos fundamentais”.¹³

Decerto que essas balizas teóricas, traçadas para estreimar o ativismo da atuação funcionalmente adequada do juiz constitucional, não compõem um algoritmo

13 A propósito, Paulo G. Gonet Branco. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 183.

infalível para a crítica precisa de toda e qualquer decisão judicial. Descobrir quando uma solução é, efetivamente, apenas possível – e não necessária ou terminantemente proibida –, envolve, de seu turno, dificuldades não menos complexas no plano argumentativo. Ao menos, porém, a compreensão menos imprecisa das realidades jurídicas envolvidas no assunto auxilia a desmitificar certas narrativas epidérmicas ou mesmo enganadas sobre o ativismo judicial. Precisar-lhe sempre mais os contornos contribui para que críticas e elogios à atuação específica da jurisdição constitucional sejam mais consistentes e produtivos.

A DEFINIÇÃO DE PESSOA DE BOÉCIO VISTA ATRAVÉS DA SUMA TEOLÓGICA DE TOMÁS DE AQUINO

Uma raiz a ser resgatada na proteção contemporânea à dignidade da pessoa

Paulo Vasconcelos Jacobina¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A *Summa Theologiae* e seu método dialético. 3 O texto do artigo. 3.1 Considerações iniciais. 3.2 A hipótese controvertida. 3.3 Os argumentos objetores. 3.4 A resposta sintetizadora de Santo Tomás. 3.5 As respostas de Santo Tomás aos argumentos objetores iniciais. 4 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, no seu art. 1º, III, afirma que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil. Essa afirmação é notável, porque a nossa tendência, como juristas, é imaginar justamente o contrário: que o Estado brasileiro, a República por seu arcabouço jurídico e administrativo, seja o fundamento da dignidade da pessoa.

Este é exatamente o modo *positivista* de pensar: imaginar que é o direito quem garante a dignidade da pessoa, e não que a dignidade da pessoa é o fundamento do direito. Se é assim, a consequência inelutável seria a de admitir que o Estado poderia, licitamente, ampliar ou reduzir, não somente a proteção à dignidade da pessoa, mas a própria *noção* de pessoa; esta seria, assim, um construto jurídico a ser aplicado aos indivíduos humanos à medida que o direito criasse sua noção e reconhecesse sua extensão. É sobre este pressuposto que correm as discussões modernas sobre a eutanásia, sobre o chamado “direito ao suicídio” e, principalmente, sobre o “direito” ao aborto. Nos três casos, e especialmente neste último, há uma manipulação jurídica da extensão da concepção de pessoa e da proteção à sua dignidade, de modo a aplicá-la com mais ou menos intensidade a estes ou aqueles indivíduos, fragilizando a proteção à sua pessoalidade. E essa luta é feita a partir de dentro do ordenamento, como se essa proteção pudesse ser livremente dimensionada *a posteriori* pelos operadores e produtores do direito.

O artigo visa, porém, examinar a própria *origem* da noção de pessoa, na filosofia ocidental; resgatar a noção clássica de pessoa de Boécio,² sob o enfoque de Tomás de

1 Procurador Regional da República – PRR 1ª Região. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Salvador e em Teologia pela Faculdade Católica de Anápolis.

2 “*Liber de Persona et Duabus Naturis*”, ch. 3, como citado por Tomás de Aquino na Suma Teológica, questão 29, artigo 1.

Aquino, para demonstrar que essa dignidade não é manipulável pelo direito ou pelo próprio Estado, porque o antecede e fundamenta. É por isso que podemos discernir, por examinar pressupostos antecedentes, qual Estado se organiza com respeito às pessoas e qual se organiza para dominá-las.

Nosso debate passará por breves palavras de apresentação ao método de Santo Tomás, para enfrentar, em seguida, o artigo primeiro da questão 29 da primeira parte da Suma Teológica, no qual ele submete essa definição a um exame profundo e a uma crítica sistemática. Por fim, algumas palavras de conclusão sobre a solidez da noção de pessoa como fundamento do direito positivo, do próprio ordenamento jurídico e, por fim, como pressuposto de existência do Estado e sua ordenação ao bem comum.³

2 · A SUMMA THEOLOGIAE E SEU MÉTODO DIALÉTICO

Antes de entrar no texto da *Summa*, no entanto, é necessário fazer um pequeno resgate do seu *contexto* e da sua *metodologia*.

A Suma Teológica, de Tomás de Aquino, foi escrita por volta dos anos 1270. Tem, portanto, cerca de 750 anos. É de compreensão difícil para um leitor de hoje, ainda mais quando não se tem especialização na área. Tradicionalmente, ela era lida em latim, nos Seminários católicos, por aqueles que estavam em formação para o sacerdócio ordenado – para ser *padre*. Contudo, segundo se sabe, hoje ela é pouco lida até nesses ambientes; mas facilita muito o fato de existirem atualmente boas traduções para o português.

A Suma Teológica é composta de três partes: a parte “primeira”, a parte “segunda” (que, por seu turno, está dividida em “primeira parte da segunda parte” e “segunda parte da segunda parte”) e a parte “terceira”, que São Tomás de Aquino deixou incompleta e foi completada por discípulos seus.

Quanto aos seus interlocutores, São Tomás apresenta dois tipos: os *iniciados*, que estão buscando ampliar seus conhecimentos, e os *iniciantes* – exatamente o tipo de interlocução que faremos aqui. Ele diz, na verdade, no prólogo da Suma, que está se dirigindo aqui aos *principiantes*, não aos já avançados.⁴ O que é surpreendente, porque qualquer um que já tenha avançado um pouco nas páginas da Suma saberá quão complexas elas são para quem está começando a refletir sobre tais assuntos.

As partes, por seu turno, dividem-se em *questões*, e estas em *artigos*. O artigo tem uma estrutura fundamental: ele parte de uma hipótese controvertida, que introduz o tema de um modo problemático. Trata-se de buscar chegar aos fundamentos racionais daquela matéria, introduzindo exatamente a dúvida sobre a sua pertinência por meio de uma afirmação que nega esses fundamentos. No nosso caso, uma vez que a definição de “pessoa” de Boécio era de uso corrente, a hipótese controvertida tenta exatamente *questionar este consenso*, colocando em dúvida essa aceitação irrefletida. No caso deste artigo, a hipótese controvertida é: será que Boécio, ao definir *pessoa* como “*substância individual de natureza racional*”,

3 Art. 3º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4 “[...] por isto, é nossa intenção, na obra presente, ensinar as verdades da religião cristã de modo conveniente à instrução dos principiantes” (AQUINO, 2016, p. 25).

legou-nos uma definição adequada? Esta é a pergunta que Santo Tomás nos propõe na Primeira parte, questão 29, artigo 1, da sua Suma Teológica.⁵

A seguir, colecionam-se os argumentos que se posicionam no sentido dessa hipótese inicial; vale dizer, trata-se de atacar a posição tradicional em todas as suas fragilidades, trata-se de *ouvir com honestidade* aqueles que não aceitam o mero costume, o mero consenso, colecionando, sem medo, seus argumentos mais fortes. Por fim, para completar a fase de debates, ainda nesta primeira fase de questionamento, colecionam-se os argumentos *sed contra*, ou seja, aqueles argumentos normalmente advindos de uma autoridade como as Escrituras, um Padre da Igreja ou um Doutor antigo, que fundamentam a posição tradicional atacada pela hipótese controversa.

Santo Tomás apresenta, então, a *sua própria posição* sobre o assunto, de maneira serena e fundamentada, argumentando, raciocinando, expondo honestamente as razões do seu próprio modo de pensar. Ele quer nos apresentar seus *critérios*. E, num último momento, trata-se de revisitar, municiado agora destes sólidos critérios de pensamento, os argumentos problemáticos iniciais, resgatando neles o que trazem de verdadeiro, corrigindo aquilo em que se equivocam, integrando-os com os argumentos *sed contra* e a resposta pessoal de Tomás, de modo a construir, solidamente, *base de razão* para aquilo que, embora verdadeiro, antes era tradicionalismo, costume acrítico, aceitação irrefletida. Uma riqueza de método.⁶

Esse método é o contrário do dogmatismo; *não se trata de um jogo de cartas marcadas*. Não é raro encontrar um artigo em que os argumentos objetores resembram acolhidos, ou que o argumento *sed contra* seja refutado. Trata-se de buscar *fundamentar pela razão* aquilo que é aceito por costume, enriquecendo o pensar.

Assim, pode-se medir a coragem de introduzir a hipótese de que talvez esta definição tradicionalíssima e respeitadíssima de pessoa seja inadequada, apesar de aceita pacificamente na Academia e na Igreja. É a coragem de fragilizar, de questionar os próprios fundamentos daquilo que se tem como mais sólido nos consensos de então. Muito diferente da postura contemporânea, que pode ser tão *dogmática*: poucos professores acadêmicos, hoje, aceitariam promover um debate tão radical sobre os fundamentos não explícitos do seu próprio modo de pensar. Nesse sentido, os medievais eram *mais honestos*: os professores eram convidados a escrever estas Sumas para tornar *explícitos* todos os fundamentos do seu modo de pensar.⁷ Hoje,

5 AQUINO, 2016, p. 224. Ou, no modo clássico de citar a Suma Teológica, STh, I^a, 29, 1. Todos os trechos a seguir são retirados desse artigo.

6 Villey elogia esse método de Tomás, dizendo: “O jurista vai se sentir em casa. Pois a razão desta riqueza é o jogo dialético: fazer o exame mais completo possível de todos os pontos de vista sobre a coisa. Ouvir ambas as partes. *Audiat et Altera Pars!*” (2014, p. 179).

7 É ainda Villey que, comentando o método de Santo Tomás, nos diz: “Os artigos da Suma são instigantes. [...] Afora alguns casos excepcionais, ele não tem o objetivo de defender nenhuma tese anunciada de antemão. Seu ritmo é outro. Em primeiro lugar, introduzir a *dúvida*, provocada pela coexistência das ‘objeções’ contraditórias, depois encontrar um caminho que sirva para sair do labirinto. O rio não para de avolumar-se com opiniões novas e vai desembocar num feixe de respostas multiformes [...] ou num leque de sentidos de uma palavra. Não há conclusão simples. Uma *questão* não tolera ser resumida. O estatuto da razão humana é a procura, não a quietude de uma ciência acabada” (*idem*, p. 177. Grifos no original).

não é que *não haja* uma filosofia, ou mesmo uma teologia, por trás das grandes linhas de pensamento nas academias; é que esses fundamentos estão ocultos e, embora ocultos, são pressupostos. Muitas vezes, o seu questionamento é tomado como ofensa pessoal e causa de exclusão, de *eliminação acadêmica* dos eventuais opositores.⁸ Aquele que não se examina, que não se expõe nos fundamentos mais básicos das suas posições, às vezes ainda se sente autorizado a agredir quem honestamente professa seu credo, escondendo-se no mote “o Estado é laico”. Sim, o Estado é laico, mas tanto dos deuses *declarados* quanto dos *ocultados*.⁹

3 · O TEXTO DO ARTIGO

3.1 · CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção de *pessoa*, recebida do filósofo Boécio a partir da meditação cristã a respeito da Santíssima Trindade, continua a ser um valioso instrumento de compreensão, não somente teológica, mas filosófica, psicológica e até mesmo política na contemporaneidade. Nesse artigo, Santo Tomás propõe uma reflexão muito didática e profunda sobre essa noção.

3.2 · A HIPÓTESE CONTROVERTIDA

A hipótese controvertida, para iniciar o debate, é exatamente a de que esta definição (pessoa é uma *substância individual de natureza racional*) é *inadequada*. Acompanhar o debate proposto será enriquecedor, porque Santo Tomás esclarece didaticamente cada elemento da definição, tão rica de sutilezas filosóficas desconhecidas para nós. É interessante notar que não há um argumento *sed contra*. A definição deve sustentar-se sozinha, contra os cinco argumentos adversos, ou cair. Deve-se acompanhar com atenção, porque cada conceito envolvido aqui nos torna um pouco mais ricos intelectualmente.

8 Falando da inferioridade do método acadêmico contemporâneo sobre o método de Santo Tomás, Villey diz o seguinte: “*Monolitismo, este é o inimigo*. Em vez de cantar o progressismo, o ‘criativismo’ em literatura, seria menos trapalhona a política cultural que, por acaso, tivesse em mira livrar-nos dos *ismos*, marcas dos excessos e da pobreza de nossos sistemas. E, entre eles, nos pontos dos quais eu teria de tratar: *clericalismo*, *monarquismo*, *estatismo*, *igualitarismo*, *socialismo* – em filosofia, *niilismo* e *dogmatismo* – e ‘*tomismo*’. Destruir estas ideias ocas é um dos serviços que a leitura de Tomás de Aquino poderia prestar ao século XX”. (Idem: 180. Itálicos no original).

9 Falando da filosofia grega, Gilson (2002, p. 19) diz o seguinte: “Ao falar de Tales de Mileto, Aristóteles diz que, de acordo com aquele filósofo, o primeiro princípio, elemento ou substância, de que nascem todas as coisas, e ao qual todas as coisas devem regressar, é a água. Ao que acrescenta, noutro texto, que, de acordo com o mesmo Tales, ‘todas as coisas estão cheias de deuses’. Como podem estas duas afirmações distintas conciliar-se filosoficamente?”, para acrescentar, adiante, que “a definição de um deus grego deverá ser então: um deus, para qualquer ser vivo, é qualquer outro ser vivo que ele reconhece como influenciando sua vida” (idem, p. 25). Ora, se aplicássemos esta noção de que um deus é qualquer força ativa capaz de influenciar decisivamente a vida dos seres humanos, teríamos que confessar que a pulsão sexual é o deus de Freud, como a evolução por seleção natural é o deus dos neodarwinistas, ou a economia é o deus de Marx, e assim por diante. Essas questões foram discutidas em maior extensão no texto “O paradoxo do ateísmo e a palavra Deus” (v. JACOBINA, 2015, p. 31).

3.3 · OS ARGUMENTOS OBJETOES

Chegamos ao momento em que os argumentos mais fortes no sentido da hipótese controversada serão colecionados; vale dizer, os argumentos, neste caso, que querem denunciar como inadequada a definição de Boécio para *persona*.

O primeiro argumento objetor visa atingir o elemento da *individualidade* na definição boeciana. O argumento afirma que *persona*, como definida por Boécio, é sempre um ser *singular*, e não é possível definir um singular;¹⁰ toda definição tem natureza *universal*. Logo, conclui o argumento, a definição é inadequada.

O segundo argumento centra suas baterias contra a noção de *substância* presente na definição boeciana. De fato, filosoficamente, há dois sentidos para o termo “*substância*” (compreendida como *aquilo que se sustenta em si mesmo*); o sentido *ontológico* e o sentido *lógico*. Ontologicamente, o termo *substância* designa as *coisas*, tal como existem no mundo, em sua concretude individual. Assim, a minha cadelinha “Pipoca” é uma *substância*, como eu sou uma *substância* e aquela maçã é uma *substância*. Classicamente, as coisas realmente subsistentes são chamadas de *substâncias primeiras*, porque a filosofia clássica sempre entendeu que as coisas existem *antes em si mesmas do que em nossas mentes*. O conceito que apreende a essência das coisas, aquilo que *as define universalmente*, é chamado de *substância segunda*. Assim, Pipoca, minha cadelinha, é uma *substância primeira*, mas os cães, como animais do gênero *canis* e da espécie *canis lupus familiaris*, são *substância segunda*. A partir dessa distinção, o argumento questiona a utilização da noção de *substância* nesta definição de “*persona*”. Boécio utiliza aqui o termo *substância* no sentido de *substância primeira* ou no sentido de *substância segunda*?

Se o termo é utilizado no sentido de *substância primeira*, prossegue o argumento, seria redundante acrescentar *individual*, porque a *substância primeira* é *individual por definição*. E se for no sentido de *substância segunda*, então há contradição, porque a *substância segunda nunca é individual*, mas se constitui sempre numa *espécie* ou num *gênero*. Disso tudo, o argumento conclui que a definição é *inadequada*.

O terceiro argumento também parte de uma distinção entre aquilo que se refere à *lógica*, de um lado, e à realidade *extramental*, do outro. As *espécies*, por exemplo, existem na realidade do mundo; a *noção* de *espécie*, porém, existe apenas no campo da *lógica*; não se refere diretamente às coisas, senão ao modo pelo qual nós

10 “Não há definição, rigorosamente falando, a não ser do universal. O singular, como tal, não pode ser definido: *omne individuum ineffabile*. Isso se deve a que a individualidade depende das condições *materiais*, que têm uma indeterminação fundamental” (GARDEIL, 2007, p. 88). Isso adiciona mais uma dificuldade à questão da definição de *persona*: embora a *matéria* seja *princípio de individuação*, nem todos os seres pessoais são rigorosamente *materiais*; portanto, a *individuação*, nos seres *materiais*, se dá pela *matéria*, mas não assim nos anjos, em Deus ou mesmo nas modernas *personas jurídicas*. No entanto, o ente é sempre *uno*, e é desse *transcendental do ser* (o uno, a unidade) que a definição de Boécio trata, e não da *individuação* dos seres *materiais*. No caso dos seres *materiais*, “o indivíduo, sendo *individual*, não pode ser definido, pois sua essência é aquela que compartilha com outros indivíduos da mesma espécie. Aquilo que faz o indivíduo único e diferente de outros indivíduos de sua espécie serve mais para designação do que para significação”. (JOSEPH, 2011, p. 108). A objeção, portanto, explora uma *ambiguidade* da noção de *individuação* para chegar a uma conclusão errônea, que Santo Tomás enfrentará logo adiante.

as conhecemos. É um *nome intencional*¹¹ porque não se refere às coisas como reais, mas ao conhecimento que temos delas, por abstração – às suas formas assimiladas por nós, *intencionalmente*, quer dizer, referidas àquilo que existe realmente. Assim, partindo da ideia de que as definições intencionam o *próprio ser das coisas*, e não o modo pelo qual as conhecemos, o argumento afirma que os nomes intencionais *não devem entrar nas definições das coisas*. Assim, é correto definir o ser humano como *animal racional*, mas não estaria certo defini-lo como *uma espécie de animal*, porque o nome *espécie* não se refere às coisas, mas a *noções de classificação*, e, portanto, a modos de conhecer. A partir desse raciocínio, o argumento reafirma que *indivíduo* também é um *nome intencional*; logo, não deveria compor a definição de *pessoa*, considerando que a definição de pessoa se refere a um *ser* – uma substância de natureza racional – e não a uma mera *categoria do conhecimento*. Deste arrazoado, o argumento conclui que a definição de Boécio é inadequada.

O quarto argumento parte da definição aristotélica de *natureza*. Para o Filósofo, *natureza* designa o *princípio intrínseco de movimento e repouso*, naquilo em que tal princípio existe essencialmente, e não acidentalmente. Exemplificar pode facilitar nossa compreensão: é da natureza da água ser molhada e molhar; essencialmente, a água é molhada e molha. Mas se o meu cãozinho acabou de ser lavado pela chuva, e, sacudindo-se, molha minha roupa, isto não significa que seja da natureza do cão molhar os outros, porque isso tudo ocorreu *acidentalmente*, por causa da água da chuva, não por causa de alguma característica úmida presente *essencialmente* no cão. Latir e morder, contudo, são indiscutivelmente da natureza do cão. Se é assim, prossegue o argumento, a noção de natureza envolve a ideia de *mudar* e ser *mudado*. Se, portanto, a noção de *natureza* está incluída na noção de *pessoa* (lembrando a definição de Boécio, de pessoa como “substância individual de natureza racional”), então esta noção *não poderia ser aplicada a seres imutáveis*, como Deus e os próprios anjos – que, no entanto, são seres indiscutivelmente *personais*. Assim, o argumento conclui que esta definição é inadequada, e, em vez de trazer a palavra “natureza”, ela devia trazer a palavra “essência”.

O último argumento objetor cita o caso específico da *alma humana após a morte*. Ela é, diz o argumento, uma *substância*, e não um mero acidente. Ademais, é um *indivíduo* – é a alma, digamos, de João, e não de Pedro. E indiscutivelmente *mantém suas capacidades racionais*. Logo, atende a todos os requisitos da noção de “pessoa” de Boécio; mas *não é uma pessoa*. Assim, o argumento conclui que esta definição é *inadequada*.

São estes, pois, os argumentos que atacam a definição boeciana.

3.4 · A RESPOSTA SINTETIZADORA DE SANTO TOMÁS

Vimos, ao introduzir o debate deste artigo, a hipótese inicial de que a noção de “pessoa” que herdamos de Boécio seria *inadequada* e os cinco argumentos objetores utilizados para atacá-la, especialmente a partir das definições clássicas dos elementos

11 De acordo com Wuellner (2012, p. 63), o termo *intenção*, na lógica clássica, tem dois sentidos: “a. *Mental representation or cognitive likeness of something*. b. *The object or being that is represented in knowledge; the objective concept, and specially the universal*”. Assim, um *nome intencional* é uma categoria *lógica*, aquilo que a lógica clássica chama de *segundas intenções lógicas*, e, portanto, serve para descrever o *modo* de conhecer a realidade por abstração, mas não para descrever universalmente os próprios seres reais com os quais a inteligência se depara.

filosóficos contidos no conceito boeciano. Agora, receberemos de Santo Tomás uma verdadeira aula de filosofia, como pressuposto para a síntese que ele vai fazer.

Para começar, Santo Tomás fará um percurso através da *lógica* até a *ontologia* – e é bom lembrar que, para ele, estes mundos, da lógica e da ontologia, *não são estanques entre si*.¹² A lógica guarda as categorias do conhecimento que só adquirem consistência porque se referem à *realidade*; esta, por seu turno, guarda em si a estrutura do pensamento que lhe dá sentido, que é o *pensamento divino*. Assim, é bom lembrar que, ao falar das categorias lógicas, estamos falando da realidade assim como apreendida pela inteligência, e, ao falar da realidade, falamos daquilo que é constituído, apreendido e expressado inteligentemente: como projeto, por Deus, como fonte de conhecimento, por nós. O logos, portanto, não é estranho ao real, nem se opõe a ele – vive, aliás, no mais profundo do seu íntimo: *no princípio era o logos*.

Santo Tomás nos explicará agora que em todos os gêneros de coisas que conhecemos existem os *universais*, ou seja, aquilo que é expresso por nossos *conceitos* (o ser humano, os leões, a brancura), e existem as coisas *particulares* (minha cadelinha Pipoca, a cor branca desta parede). Vale dizer, há *substâncias primeiras*, *substâncias segundas e accidentes*.

Mas os indivíduos, as *coisas individuais* em sua concretude existencial, no entanto, estão propriamente no gênero das *substâncias*. É que as substâncias têm a sua *subsistência individual em si mesmas*, enquanto os acidentes subsistem por existirem em outra coisa, à qual inerem e na qual individualizam-se. É por isto que, de certo modo, minha cadelinha Pipoca é *existencialmente mais perfeita do que a brancura desta parede*: Pipoca é uma *substância*, a brancura é apenas um *acidente* da parede, quer dizer, tem apenas uma existência precária e derivada da existência da substância (no caso da brancura, é a parede) à qual ela inere e na qual subsiste. A parede pode ser pintada de amarelo sem deixar de ser parede.

Portanto, diz Santo Tomás, por terem este *modo mais perfeito de existência* é que as coisas concretas e individuais são chamadas de *substâncias primeiras* ou *hipóstases*. As substâncias *segundas* ou conceitos, sendo universais, não têm existência concreta, mas apenas a existência de *seres de razão*: subsistem numa inteligência, seja na divina como arquétipos, seja na inteligência criatural como conhecimento. Somente as *substâncias individuais ou primeiras* subsistem em si mesmas, independentemente de serem conhecidas por alguma mente criatural.

Entre as substâncias primeiras, no entanto, Santo Tomás nos lembra que algumas têm uma *existência passiva*, isto é, são conduzidas aos seus próprios fins a partir de *fora*. Outras, porém, são *senhoras de seus próprios atos*, isto é, dirigem-se aos seus fins *agindo por si mesmas*. Agir, ou seja, ser *dono dos próprios atos*, conduzir-se em vez de ser conduzido, tudo isso é próprio do *indivíduo*. Mas não de *qualquer tipo* de indivíduo: apenas são capazes de *atos*, ou seja, de agir efetivamente, os *seres individuais racionais*. É por isto que, de todos os seres, apenas as *substâncias individuais de natureza racional*, que têm a perfeição adicional de serem *autoras* dos próprios *atos*, recebem o nome de pessoa.

12 Veatch dá boas lições sobre a relação entre a lógica intencional clássica e a ontologia, comparando-a com a lógica matemática e simbólica moderna, abstrata em si mesma, na obra *Intentional logic: a logic based on philosophical realism*, em especial no capítulo II (1952, p. 7-27).

Aqui está a centralidade deste artigo. Todos os seres encaminham-se aos seus fins. Mas somente aqueles seres que são pessoas são capazes de *conhecer seus fins* e encaminhar-se a eles *livremente*. Eis, pois, aqui determinada a *dignidade do ser pessoa*.

Por isto, diz Santo Tomás, é para expressar de maneira ainda mais perfeita essa dignidade da pessoa que a definição a descreve como *substância individual*, ou seja, como aquilo que há de *singular* no gênero da *substância*, isto é, aquilo que existe concretamente do modo mais completo, e acrescenta a *natureza racional* para enfatizar a *liberdade* e a *inteligência* como notas distintivas dessas substâncias – completando a *perfeição* no seu modo de ser. É por isso que a minha cadelinha Pipoca não é uma pessoa – faltam-lhe a liberdade da inteligência e a autodeterminação da vontade.

Note-se, por fim, que Santo Tomás trabalha, aqui, com uma noção de *liberdade* diferente daquela que conhecemos hoje. Liberdade, para Tomás, não envolve apenas a capacidade de escolher. Envolve a capacidade de *reconhecer seus fins* e *alcançá-los por si mesmo*, escolhendo os meios adequados para tanto. Portanto, nem o fim último é algo escolhido *arbitrariamente* pelo indivíduo, nem a liberdade se manifesta de modo igual em *qualquer escolha pessoal*. Tanto *deixar de reconhecer* os fins que estão contidos no âmbito da potencialidade humana, escolhendo outros arbitrários para substituí-los, quanto escolher *meios que são inadequados para alcançar seus fins*, não são expressão de *liberdade*, mas, ao contrário, da *falta* dela. Do mesmo modo, alcançar os fins, ainda que verdadeiros, por ter sido conduzido *passivamente* a eles por uma força *externa*, sem chegar a conhecê-los adequadamente ou sem ter tido a oportunidade de encaminhar-se a eles por si mesmo, são igualmente atentados à dignidade de pessoa. Contudo, esta discussão sobre liberdade demandaria um *alongar-se* incompatível com os objetivos aqui estabelecidos.

3.5 · AS RESPOSTAS DE SANTO TOMÁS AOS ARGUMENTOS OBJEtores INICIAIS

Postos, portanto, todos os elementos para a discussão da conveniência da definição boeciana, com os respectivos argumentos objetores e a resposta sintetizadora de Santo Tomás, é hora de enfrentar os argumentos objetores, extraindo deles o que possam ter de verdade e afastando aquilo que possa configurar pedra de tropeço.

O primeiro argumento objeitor parte da ideia de que as definições se referem sempre ao *universal*, isto é, elas são sempre abstratas, genéricas, porque aquilo que é individual, concreto e singular *não pode ser objeto de definição*. Posso definir os cães como “animais domésticos que latem”, mas esta definição não é a definição de minha cadelinha Pipoca, em sua *concretude* existencial e histórica, mas dos cães em geral.

Santo Tomás vai responder que, de fato, as definições não se referem concretamente às coisas *singulares*; no entanto, diz ele, aquilo que constitui a *essência comum da singularidade* pode ser objeto de definição! É mais fácil entender isto com um exemplo.

Não há definição possível para a minha esposa; ela é o que é, uma pessoa concreta com seu mistério¹³ e sua dignidade. Mas eu posso definir uma esposa como

13 “Mas a pessoa não é um objeto”, adverte-nos Mounier (1964, p. 18). Ser pessoa é ser *mistério*, e como tal, como indivíduo, inesgotável; as pessoas podem ser conhecidas, mas não esgotadas;

aquela pessoa única e concreta que entra numa relação de complementaridade, com abertura à vida, com um marido exclusivo. Isso constitui a essência comum da singularidade das esposas. Santo Tomás vai lembrar outro exemplo: a definição de substância primeira como coisa singular, concreta, existente, que examinamos no texto anterior. É desse tipo, diz Santo Tomás, a definição que Boécio propõe para pessoa: é uma definição sobre a essência comum da singularidade. Trata-se, pois, de constatar que a noção de pessoa aplica-se a um ente uno, ou seja, individualizado em sua unidade transcendental, e não simplesmente singularizado pela matéria.

O segundo argumento objetor parte da ambiguidade da noção de *substância* e seu conflito potencial com a noção de *individual*. Se o conceito fala de *substância primeira*, diz o argumento, então a aposição de *individual* é redundante, porque a substância primeira é *sempre individual*. Se fala de substância segunda, então a alusão a *individual* é contraditória, porque as substâncias segundas *não podem ser individuais*.

Santo Tomás vai responder que alguns interpretam esta passagem como referindo-se à substância *primeira*, que é a *hipóstase*, ou seja, a própria coisa em sua *concretude existencial*. Mas não haveria redundância em acrescentar a noção de *individual* ao conceito de pessoa. De fato, diz Santo Tomás, a ideia de *substância primeira* exclui de seu significado as *partes* das coisas, e, por isso, uma mão, por exemplo, não é uma hipóstase, porque é apenas uma parte de uma coisa, e não uma coisa inteira. Por outro lado, a definição de *ser humano*, referindo-se ao *conjunto dos seres humanos*, também não se refere a uma *hipóstase*, porque não aponta a um ser com concretude existencial individual. Então, trata-se de descobrir a razão pela qual Boécio quis acrescentar expressamente a expressão *individual* à noção de *substância* nesta definição de pessoa.

Santo Tomás diz que Boécio estava pensando, aqui, no caso concreto de Jesus Cristo. A humanidade de Jesus é uma *substância primeira*, mas é *assumida* pelo Verbo divino e por isso não é, em si mesma, um *indivíduo*. Ela se torna um indivíduo na sua *unidade hipostática com o Verbo*, que assume e integra em si aquela substância humana. Assim, diz Santo Tomás, acrescentar “individual” torna claro que a *substância humana de Jesus, recebida pelo Verbo, não é, isoladamente, pessoa*, mas o é quando *unida ao Verbo numa individualidade superior*.

O acréscimo do termo “individual” exclui a possibilidade de que uma substância primeira *assumível* (por algum ser ainda mais digno, como no caso do Verbo de Deus), seja, em si mesma, pessoa. Nesse caso, diz Santo Tomás, a noção de *substância individual* assume a função de *substância primeira* sem permitir nenhuma ambiguidade quanto à pessoa de Cristo.¹⁴

são sempre sujeitos de relações, nunca objetos de dissecação. “Mil fotografias sobrepostas não nos dão o homem que anda, que pensa e que quer”. Assim, pode-se, como quer Boécio, definir o *status* daquele ser que é pessoal; o *ser pessoa*, no entanto, por ser inesgotável, não é definível. “Não é que a pessoa seja o mais maravilhoso objeto do mundo, que se dá desde fora ao nosso conhecimento, como todos os outros. É que esta é a única realidade que conhecemos e que, simultaneamente, construímos de dentro” (*idem*, p. 19).

14 Hoje não temos mais a noção de quão agudamente *políticas* eram as heresias combatidas nos concílios nos primeiros séculos do cristianismo. Somente o equilíbrio integrado entre as duas naturezas de Cristo, a humana e a divina, reafirmada ao longo do primeiro milênio, permitiu o equilíbrio entre a dimensão religiosa, representada pela Igreja, e a dimensão política, configurada pelo Estado. Solovyev denuncia que as heresias eram sempre favorecidas pelo Estado, porque

Poderíamos meditar aqui, numa breve digressão teológica, sobre a relação do cristão batizado com o Espírito Santo, que não é um *invasor* da sua pessoalidade, mas a *íntegra* numa síntese superior. O Espírito Santo completa e liberta o cristão batizado, no sentido de que lhe dá o *conhecimento dos seus fins e o discernimento quanto aos meios para atingi-los*, como o Verbo completa a pessoa divina de Jesus. Esta seria a síntese, por *graça*, da justificação cristã, que concede ao cristão, analógicamente, por dom divino, aquilo que em Jesus é natural. Nesse sentido, a justificação cristã estabelece uma síntese pessoal mais alta. Libertadora. Mas este é apenas um comentário lateral, ligado à origem e à consistência cristã da noção de pessoa.

A terceira objeção critica a suposta mistura entre o *lógico* e o *ontológico*¹⁵ nesta definição boeciana, afirmando que palavras *intencionais*, ou seja, que designam meras *intenções lógicas*, não devem compor as definições – por exemplo, não podemos definir o ser humano como uma *espécie de animal racional* porque a definição de *ser humano* não pode conter a palavra intencional “espécie”. Assim, uma vez que a palavra “indivíduo” designa uma intenção lógica, não deveria compor a definição de pessoa, tal como proposta por Boécio.

A resposta de Santo Tomás é interessante: ele começa explicando que a inteligência humana não consegue conhecer diretamente as substâncias e suas características intrínsecas, capazes de especificá-las. Assim, recorreremos muitas vezes aos acidentes para especificar as substâncias. Para distinguir, por exemplo, os gatos dos cães, dizemos que estes latem e aqueles miam; mas estamos usando, aqui, diferenças

permitted the caesaropapism, especially in the Byzantine Empire, and always encountered resistance in the Catholic Church, which, maintaining its orthodox positions, permitted a coexistence more balanced between Church and State. He says: “*The fundamental truth and distinctive idea of Christianity is the perfect union of the divine and the human individually achieved in Christ, and finding its social realization in Christian humanity, in which the divine is represented by the Church, centered in the supreme pontiff, and the human by the State. This intimate relation between Church and State implies the primacy of the former, since the divine is previous in time and superior in being to the human. Heresy attacked the perfect unity of the divine and the human in Jesus Christ precisely in order to undermine the living bond between Church and State, and to confer upon the latter an absolute independence. Hence it is clear why the emperors of the Second Rome, intent on maintaining within Christendom the absolutism of the Pagan state, were so partial to all the heresies [...]*” (1948, p. 14). Além da noção de “pessoa”, o cristianismo deu à humanidade também a própria noção de *estado laico*, já que nasceu e se desenvolveu não como uma religião étnica que envolvia um povo com pretensões de governar-se a partir de sua própria concepção de Deus, mas como Igreja, isto é, como um povo *multiétnico e multinacional* unido pelo batismo. Assim, possivelmente os textos mais antigos concernentes à laicidade do Estado são o episódio que envolve o dito “*A César o que é de César e a Deus o que é de Deus*”, registrado nos Evangelhos Sinóticos ou, talvez ainda antes no tempo, o capítulo 13, versículos 1 a 7, da Carta aos Romanos, e o mandato para “orar pelas autoridades” de 1 Timóteo 2, 2.

- 15 Após citar uma definição de *lógica* encontrada no *Comentário à Metafísica de Aristóteles*, de autoria de Tomás de Aquino, em que fica claro o caráter intencional da lógica clássica, e comparando-a com as noções de *lógica* apresentadas por Frege e Russel, que são lógicas modernas não intencionais, Veatch (1954, p. 12-13) aduz: “*This is a very brief passage, to be sure, and yet it does not leave much room for equivocation: if the subject matter of logic is the sort of thing which St. Thomas here suggests that it is, then it is quite obviously not the sort of things that Lord Russell says it is. Liberating the imaginations, or drawing up inventories of possibilities, or contemplating unsuspected alternatives as to what in the eyes of God or chance or the devil or Lord Russell the world may be – all this is all very well, but it simply isn't the business of logic, at least not according to St. Thomas*”.

acidentais (embora se trate de acidentes próprios) para distinguir seres que nós sabemos que são substancialmente diferentes. Falta-nos, porém (e falta a todo e qualquer ser humano, sendo um limite da própria natureza humana), a habilidade de conceitualizar a diferença substancial entre a *felinidade* e a *canilidade* diretamente.

No caso da definição de pessoa, há uma dificuldade adicional: a noção de pessoa deve incluir seres tão essencialmente *diversos* quanto as pessoas divinas, os anjos e os humanos.

As nossas limitações humanas, portanto, nos autorizam a usar até mesmo termos *intencionais* para compor a definição de uma realidade que para nós é tão complexa de descrever. Assim, diz Santo Tomás, a palavra “individual” entra nesta definição para esclarecer que a subsistência das *pessoas*, sejam humanas, angélicas ou divinas, dá-se sempre de modo *particular*, embora a rigor a realidade da “pessoa” possa transcender a própria noção de “substância individual” – como no caso de Jesus Cristo. A pessoalidade pressupõe a individualidade, mas não se esgota nela.¹⁶

O quarto argumento objetor parte da ideia de que a noção de *natureza*, descrevendo o princípio intrínseco de mudança, seria *inadequada* para integrar o próprio *conceito* de pessoa – uma vez que esse conceito deve aplicar-se igualmente às pessoas *divinas*, nas quais *não há mudança*.

Santo Tomás reconhece, em sua resposta, que a noção de natureza, em Aristóteles, designa originalmente a *geração dos seres vivos* (“natureza” tem a mesma raiz de “nacer” e “nato”). Assim, uma vez que o nascimento dos seres vivos implica reconhecer que eles se originam de um princípio intrínseco que os forma e os leva a ser assim como são (a natureza dos cães leva a que eles tenham cãesinhos como filhotes, como a natureza dos gatos faz com que gerem gatinhos), a filosofia estendeu a noção de natureza a *todo princípio intrínseco de qualquer mudança*. Esta é a definição aristotélica de *natureza*, diz Santo Tomás.

E mais, esse princípio pode ser *material* ou *formal* – assim é que tanto o gelo quanto o vapor têm em si, *materialmente*, a natureza da água, mas sob a forma de *sólido* ou *gás*, respectivamente. E disto a noção de “natureza” estendeu-se ainda mais, para designar a *essência* naquilo que *especifica* o próprio ser. É *nesse sentido* que a definição boeciana de pessoa usa a noção de natureza. Usar a noção de “essência” para falar de uma ideia que se estende a tantos seres essencialmente tão *diferentes* entre si como humanos, anjos e pessoas divinas seria *inadequado*, mas “natureza”, aqui, pode descrever adequadamente a diferença específica que existe entre os seres que são pessoas, e que compartilham a característica de *serem naturalmente dotados de inteligência*, daqueles seres que, por não terem em si a inteligência como um atributo natural, jamais poderão ser pessoas.

A quinta objeção afirma que a alma humana separada do corpo atenderia a todos os elementos da definição boeciana, sem adquirir a qualidade de pessoa, o que provaria que a definição é inadequada. A alma separada seria uma *substância*, e não um mero acidente. Ademais, é um *indivíduo* – é a alma, digamos, de João, e não de Pedro. E indiscutivelmente mantém suas *capacidades racionais*. Assim, o

16 Maritain, após discorrer sobre as noções de pessoa e de simples indivíduo, mostrando a força que a noção de *pessoa* tem, tanto frente ao individualismo selvagem quanto frente ao coletivismo despersonalizante, conclui: “*Como indivíduos, estamos sometidos a los astros. Como personas, los dominamos*”. (2006, p. 25).

argumento conclui que esta definição seria inadequada, porque há coisas que satisfazem a todos os seus requisitos mas não são pessoas.

Santo Tomás vai explicar com muita precisão que, embora a alma seja *algo da espécie humana*, e embora tenha uma *tendência natural à união com o corpo*, ela *não é* uma substância primeira ou hipóstase, mas apenas uma *parte* daquele ser que só encontra sua inteireza ontológica sendo *corpo e alma unidos naturalmente*. Uma alma separada é só uma *parte* de um ser humano. O ser humano é essencialmente *composto por corpo e alma*, e por isso a alma separada não atende aos requisitos da definição boeciana para ser considerada “pessoa”. Somos *pessoas* enquanto estamos caminhando vivos sobre a terra. Seremos pessoas *de novo* na ressurreição. Mas na morte, esperando a ressurreição, subsistimos, mas *não somos pessoas*.

4 · CONCLUSÃO

Numa passagem muito conhecida e citada da Suma Teológica, dessa Primeira Parte, questão 29, artigo 3, *respondeo*, Santo Tomás afirma:

Pessoa significa o que há de mais perfeito de toda a natureza, i. é, o que subsiste na natureza racional. Donde, como se devem atribuir a Deus todas as perfeições, pois a sua essência as contém todas, devemos aplicar-lhe o nome de pessoa. Não porém do mesmo modo pelo qual o aplicamos à criatura, mas de modo mais excelente, como se dá com os outros nomes impostos à criatura e atribuídos a Deus, conforme demonstramos quando tratamos dos nomes divinos. (AQUINO, 2016, p. 228).

Nesse sentido, Deus é, em si mesmo, *pessoal*; não como uma pessoa humana, mas como três pessoas na mesma substância divina. Em Deus, pois, a individualidade pessoal se concretiza totalmente na relação *interna* à própria divindade. Em Deus, ser pessoa é ser integralmente *relação*. Esta questão da centralidade da relação, pois, deve nos alertar para o fato de que a relação não é uma mera categoria acidental para o ser pessoa: em Deus há a substância e há a relação. A substância determina o *ser*. A relação, o modo *pessoal* de ser. E em Deus, ensina-nos Tomás, *não há acidentes*.¹⁷

Quando se fala de pessoa e não se estabelecem fortemente as conotações em que a palavra está sendo empregada, existe uma tendência contemporânea a entender “pessoa” como sinônimo de indivíduo, ou seja, daquele mínimo distinto e autossuficiente do humano capaz de ser concebido de modo claro e distinto¹⁸ com relação a todos os outros. Contudo, restringir a noção de pessoa a essa noção rígida de indivíduo transforma a pessoalidade em individualismo, fechamento e egoísmo. Trata-se, porém, de equívoco. Ninguém, nenhum ser humano é pensável sem interdependência. O processo vital humano é um contínuo de dependência e autonomia relacionais, da concepção à morte. Nas palavras de Maritain, “[o] mundo moderno

17 “In a creature it may well be accidental *which* particular other being it will be related to here and now. But *being related* in some way to the world around it, as well as to various sources, will flow from its very nature both as existent being and as material.” (CLARKE, 2008, p. 15, grifos no original).

18 A verdade como *aquilo que pode ser conhecido de modo claro e distinto* é uma noção introduzida por Descartes no seu Discurso sobre o Método, que pode ser consultado em: <https://joacamillopenna.files.wordpress.com/2014/02/descartes-discurso-do-mc3a9todo-trad-jacc3b3-guinsburg-e-bento-prado-jr-com-notas-de-gerard-lebrun-publicac3a7c3a3o-autorizada-pelos-detentores-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

confunde ingenuamente duas coisas que a sabedoria antiga já havia distinguido: confunde individualidade com personalidade". Os meros indivíduos, como tais, pertenceriam à sociedade, mas esta última pertence (ou deveria pertencer) às pessoas.¹⁹

Essa característica do ser pessoal, o ser-em-relação, ficou de certa forma ofuscada pela influência cartesiana, mais precisamente, pela definição cartesiana de verdade como a ideia *clara e distinta*. Logo, para Descartes, a relação *diluiria* a verdade do ser porque o tornaria menos distinto, e, portanto, menos verdadeiro. Nada mais equivocado. Só na *relação* o ser atinge sua verdade – que, na definição clássica, nada mais é do que a relação entre um *ser* e uma *inteligência*.²⁰

Com isso, o elemento da *natureza racional* presente na definição de Boécio nos devolve diretamente ao *relacional*. Conhecer é *fazer com que aquilo que existe no mundo passe a existir, intencionalmente, na alma*; ou vice-versa: também é *fazer com que aquilo que existe criativamente na alma passe a existir realmente no mundo*. Conhecer e ser conhecido, no mundo clássico, é *relacionar-se* realmente, e não é por outra coisa que Aristóteles, no começo da sua *Metafísica*, nos legou aquele aforisma clássico: *a alma é, de certo modo, todas as coisas*. Nesse sentido, conhecer, ser racional, não é acumular informações, mas possuir de fato aquilo que se conhece, de modo *imaterial*, na própria alma. O querer, nesse sentido, na criatura racional, é um inclinar-se à coisa conhecida; mais uma vez, o *querer* é uma relação. Conhecer é *tornar aquilo que é conhecido, de certo modo, seu*; querer é *tornar-se, de certo modo, daquilo que se conheceu*, inclinando-se em amor até ele. Nessas duas relações, do tornar-se e do dar-se, encontra-se a pessoalidade mais profunda. Conhecer o seu fim, dirigir-se livremente a ele, por reconhecer nele aquilo a que a vontade deve inclinar-se,²¹ eis o ser pessoa. Noção perdida por uma cultura

19 “Na ordem social, a cidade moderna sacrifica a pessoa ao indivíduo; concede ao indivíduo o sufrágio universal, a igualdade de direitos, a liberdade de opinião; e entrega a pessoa isolada, despojada, sem nenhuma armadura social que a sustente e proteja, a todas as potências devoradoras que ameaçam a vida da alma, às ações e reações impiedosas dos interesses e dos apetites conflitantes, às exigências ilimitadas da matéria de fabricar e utilizar. A todas as gulas e a todas as chagas que cada homem leva naturalmente em si; adiciona excitações sensuais incessantes e a avalanche interminável de toda classe de erros deslumbrantes e sutis, aos quais outorga livre circulação no céu da inteligência. E diz aos pobres filhos dos homens, a partir do centro deste torvelinho: ‘és um indivíduo livre, defende-te, salva-te sozinho!’. É uma civilização homicida.” (MARITAIN, 2006, p. 25. Tradução livre nossa).

20 Essas questões estão muito bem avaliadas em CLARKE, 2008, *passim*. Ele expressamente afirma: “It turns out, then, that relationality and substantiality go together as two distinct but inseparable modes of reality. Substance is the primary mode, in that all eles, including relations, depend on it as their ground. But since ‘every substance exists for the sake of its operation’, as St. Thomas has just told us, being as substance as existing in itself, naturally flows over into being as relational, as turned toward others by its self-communicating action. To be fully is to be substance-in-relation”.

21 Nesse sentido, a tradição católica, ao reconhecer a pessoalidade do Diabo como aquela criatura espiritual inteligente que, conhecendo perfeitamente quem é e quem é Deus, opta total e completamente por renunciar a Deus como seu fim e passa a ver em si *próprio*, no culto a si mesmo, o único fim que perseguirá, embora tenha completa e perfeita ciência de que escolhe irrevogavelmente o *egoísmo* em si em prejuízo da *completude* em Deus, descreve-o mais propriamente como o exemplo consumado da *antipessoalidade*. “Se perguntarmos se o demônio é uma pessoa, dever-se-á responder acertadamente que ele é a antipessoa, a decomposição, o decaimento da pessoa, sendo por isso característico para ele que se mostre sem face, que o não poder ser conhecido seja sua força propriamente dita”. (RATZINGER, 2007, p. 200).

que, em nome de uma liberdade atomizante, esqueceu todas as relações, exceto as que são *economicamente mensuráveis*. As menos preciosas de todas.

É por isso que, embora Locke estabeleça a memória como fonte de identidade individual da pessoa humana, com todos os problemas que isso traz,²² a verdadeira identidade da pessoa humana repousa na relação, não na memória. Todos conhecemos histórias belíssimas de famílias que cuidaram devotamente de parentes atingidos de demência senil, a ponto de não se lembrarem mais de quem são, ou de quem são os que lhe circundam. Não perderam sua identidade, porque não perderam suas relações.²³

Voltando, agora, ao campo estritamente jurídico, podemos perceber a sabedoria que existe quando se faz a dignidade da pessoa um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Na verdade, ela é apontada, no seu art. 1º, inciso III, como um dos “fundamentos” essenciais da nossa República.

A dignidade da pessoa, portanto, decorre de sua constituição *ontológica* e antecede logicamente o ordenamento jurídico estatal. No entanto, todo autoritarismo sempre se constituiu com a pretensão de que é o Estado quem constitui a pessoa, e que está em poder do Estado intervir e cortar um dos braços do polígono relacional, amputando a dignidade humana. Assim é que, por exemplo, os estados ateus negaram à pessoa a sua relação com Deus, os estados nazistas negaram aos “inferiores etnicamente” a identidade social e o Estado contemporâneo, eutanásico e abortista, nega ao bebê a sua relação com a mãe em nome da “independência” desta, ou nega ao moribundo completar a sua relação consigo mesmo e com seus entes amados, na completude dos cuidados finais, em nome de um utilitarismo econômico que já não vê utilidade em quem não produz.

Note-se, como última consideração que mereceria uma reflexão mais profunda, como a perda das noções de ato e potência, de substância e acidente, colaboraram para a manipulação arbitrária da proteção jurídica à dignidade da pessoa.

Como diz a nossa Constituição, e neste ponto muito bem fundamentada no pensamento tomasiano que examinamos há pouco, não é o Estado que define, a partir da positividade, o que é a pessoa. É a dimensão relacional poligonal da pessoa, em ato ou potência, que fundamenta, na sua dimensão social, a organização jurídica da convivência

22 “Locke defines a person as a ‘thinking intelligent Being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thinking thing in different times and places; which is done only by that consciousness, which is inseparable from thinking, and, as it seems to me, essential to it [...].’” (FESER, 2007, p. 67). Caberia um ensaio para estudar de que maneira a concepção de Locke sobre pessoa deu origem a toda a dificuldade que a contemporaneidade tem para lidar com os seres humanos acidentalmente incapazes, *em ato*, de reflexão e memória, como os idosos, os doentes e os não nascidos, e como deu justificação para que o Estado pudesse pleitear que sua eliminação não é irracional. O desafio permanece, mas foge do escopo deste artigo.

23 Ver, a respeito da identidade como relação, o filme turco “A Caixa de Pandora” (*Pandora'nin Kutusu*, Turquia, 2008), com a seguinte sinopse: “Os irmãos Nesrin, Güzin e Mehmet moram em Istanbul e levam vidas distantes, centrados em suas preocupações de classe média alta. Um dia, precisam viajar ao vilarejo natal para procurar por sua mãe, Nusret, que desapareceu. Eles a encontram, mas ela apresenta sinais de Alzheimer, e os irmãos decidem levá-la para Istanbul. Cuidar da mãe, no entanto, faz com que antigos conflitos ressurgam. Nusret também não está contente, pois deseja voltar à sua cidade. O único que parece compreendê-la é Murat, seu neto rebelde e introspectivo”.

– que é somente *uma* das dimensões relacionais pessoais e não esgota a personalidade. Como lembra a Constituição, o Estado existe *por causa* da pessoa, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Campinas: Cedet, 4. ed., v. 1, 1ª Parte, 2016.
- CLARKE, W. Norris. *Person and being*. Milwaukee: Marquette University Press, 2008.
- DESCARTES, René. Discurso do método, para bem conduzir a própria razão e procurar verdade nas ciências. In: *Obras escolhidas*. Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. Notas de Gérard Lebrun. São Paulo: Difusão Europeia do Livro (Difel), 1962. (Coleção Clássicos Garnier). Disponível em: <https://joacamillopenna.files.wordpress.com/2014/02/descartes-discurso-do-mc3a9todo-trad-jacc3b3-guinsburg-e-bento-prado-jr-com-notas-de-gerard-lebrun-publicac3a7c3a3o-autorizada-pelos-detentores-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.
- FESER, Edward. *Locke*. Oneworld Thinkers Series. Oxford: Oneworld Publications, 2007.
- GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à filosofia de São Tomás de Aquino: Introdução, lógica, cosmologia*. São Paulo: Paulus, 2013.
- GILSON, Étienne. *Deus e a Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2002.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Estado laico, povo religioso*. Reflexões sobre liberdade religiosa e laicidade estatal. São Paulo: Ltr, 2015.
- JOSEPH, Miriam. *O Trivium*. As artes liberais da lógica, da gramática e da retórica. São Paulo: É Realizações, 2011.
- MARITAIN, Jacques. *Tres Reformadores: Lutero – Descartes – Rousseau*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2006.
- MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1964.
- RATZINGER, Joseph. *Dogma e anúncio*. São Paulo: Loyola, 2007.
- SOLOVYEV, Vladimir. *Russia and the Universal Church*. London: Geoffrey Bles; The Centenary Press, 1948.
- VEATCH, Henry B. *Realism and nominalism revisited*. Milwaukee: Marquette University Press, 1954.
- VEATCH, Henry Babcock. *Intentional logic: a logic based on philosophical realism*. London: Oxford University Press, 1952.
- VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- WUELLNER, Bernard. *Dictionary of scholastic philosophy*. Fitzwilliam: Loreto Publications, 2012.

POSSIBILIDADES DE INFLUÊNCIA DA PAISAGEM URBANA SOBRE A SAÚDE PÚBLICA

Plínio Daniel Lins Brandão Veas¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Formação e degradação da paisagem urbana no Brasil. 3 Meio ambiente e qualidade de vida. 4 Direito ao meio ambiente equilibrado. 5 Paisagem natural e urbana. 6 Influência de espaços verdes na saúde da população. 7 Influência de espaços construídos na saúde da população. 8 Proteção da paisagem urbana no contexto jurídico. 9 Alguns exemplos de intervenção do Poder Público. 10 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

Nas décadas recentes, a maior parte da humanidade passou a residir nos grandes centros urbanos. Devido a essa transição, determinadas circunstâncias que, até alguns anos atrás, tinham pouca ou nenhuma relevância, começam a ser percebidas, por estarem diretamente ligadas à existência fundamental do ser humano. Entre essas questões, encontra-se a do direito à paisagem.

Quando se debate a relação meio ambiente *versus* saúde pública, a perspectiva da paisagem raramente ocupa posição de destaque – a atenção geral se detém em pontos como emissão de poluentes e qualidade do ar, saneamento básico, contaminação de águas ou, ainda, poluição sonora. Sem dúvida, o cuidado com tais fatores é imprescindível para a manutenção da qualidade de vida; não obstante, há um escasso debate acerca do fator ambiental *paisagístico*, o qual, uma vez posto em desordem, pode também afetar a saúde humana.

É pontualmente esse aspecto que o presente artigo pretende abordar: se uma paisagem urbana pouco amigável pode ter impacto na saúde da população; se, especificamente, a configuração urbanística que é adotada nas grandes cidades brasileiras seria prejudicial à saúde; e se há ferramentas para o poder público promover melhorias nesse quesito.

Por certo, durante muitas décadas, a preocupação governamental com o desenvolvimento deixou em segundo plano tais questões. Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil colocou a proteção ao meio ambiente como uma política de Estado, dentro da terceira dimensão de direitos fundamentais, e, como se verá, essa perspectiva inclui também o meio ambiente urbano. Da leitura comparativa com outras ordens constitucionais pelas quais o Brasil já atravessou, são notórias, na atual Carta Magna, as inovações programáticas no tocante à proteção e tutela ao meio ambiente.

1 Servidor público na Justiça Federal de São Paulo. Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Nesse contexto, para o desenvolvimento deste artigo, serão utilizados autores do direito constitucional e ambiental, bem como artigos da esfera médica e jornalística, além de outros títulos variados, adotando-se o método dedutivo, com menção de alguns exemplos paradigmáticos.

2 · FORMAÇÃO E DEGRADAÇÃO DA PAISAGEM URBANA NO BRASIL

A despeito da grande quantidade de território disponível, o método urbanístico que prevaleceu no período colonial brasileiro, tanto nas cidades litorâneas como nas regiões do interior, foi semelhante ao que havia em Portugal, com moradias construídas bastante próximas umas às outras. Esse estilo urbano dava pouca prioridade às árvores e aos espaços verdes – talvez pelo fato de a vegetação ser tão abundante no País e por estar, provavelmente, associada à ideia do “mato”, algo que seria antagônico ao conforto e à vida civilizada. Entretanto, por mais que tal sistema urbano fosse tendente a aglomerar muitas pessoas em pouco espaço, a maioria das povoações de então seguia um critério estético aprazível – genericamente conhecido como “estilo colonial” – e eram dispostas sobre morros, vales ou margens de rios, com uma visão de entorno quase sempre agradável. Ademais, as cidades não eram tão grandes a ponto de isolar totalmente os seus habitantes dos elementos de uma vida natural.

No século XIX, o Brasil recebeu a Família Real Portuguesa, ocasião em que o Rio de Janeiro experimentou diversas melhorias, sem que, entretanto, houvesse modificação significativa nas outras cidades. Após a Independência, o País tornou-se sede de um império, e nessa época, devido a questões políticas, houve uma gradual variação da influência urbanística – quando se deixou de lado o modelo português, mais espontâneo, para dar ênfase à concepção francesa então vigente, tendente ao neoclássico, com ruas planejadas, de traçado retilíneo, e um maior número de praças e parques.

O mesmo modelo perdurou até o início do século XX, época em que as grandes cidades brasileiras receberam numerosas edificações nascidas no contexto da *Belle Époque* e das quais ainda restam muitos exemplares nas regiões centrais de capitais como São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba, Belém, e em diversas cidades do interior. Na época, a França tornou-se conhecida também por seus paisagistas, que atuavam mesclando formação científica e base humanística (NOGUÉ, 2010).

Mencione-se também que, à época da Revolta da Vacina, no Rio de Janeiro, houve tentativa de urbanização adotada como política pública – a qual não foi suficiente para reorganizar satisfatoriamente a capital e acabou gerando outros tipos de problema:

No Rio de Janeiro, as reformas feitas por Pereira Passos entre os anos de 1902-1906, seguem o conceito Haussmanniano. Seus sistemas viários passaram a ser compostos por ruas e avenidas que conduziam o tráfego dos limites da cidade ao centro, e habitações populares foram demolidas dando lugar a grandes avenidas. Assim como em Paris, o centro, depois de reformado e valorizado, foi entregue à burguesia, e as classes baixas foram deslocadas para a periferia da cidade ou para bairros distantes; logo, morros e mangues começaram a se encher de casebres (PORTO *et al.*, 2007).

Também em fins do século XIX e início do século XX, um novo componente cultural foi acrescido ao País: com a chegada de imigrantes da Alemanha e do Leste Europeu, sobretudo nos estados do Paraná, Santa Catarina e parte do Rio Grande

do Sul, originaram-se povoações e cidades com uma concepção urbanística dotada de mais espaçamento entre as residências e com maior utilização de jardins e canteiros, tanto nas áreas privadas quanto nas calçadas e praças.

Ainda na primeira metade do último século, as grandes cidades brasileiras passaram, novamente, por mudanças acentuadas, dessa vez motivadas por outra série de fatores, como a industrialização, a popularização do automóvel e a influência cultural trazida pelo cinema hollywoodiano, que idealizava o modelo de metrópole norte-americano. Esses fatores estiveram presentes na raiz de novas remodelações urbanas, entre as quais pode-se mencionar como exemplo o desmonte do Morro do Castelo, no Rio de Janeiro, a construção de uma via expressa no Vale do Anhangabaú, em São Paulo, e a abertura da Avenida Dantas Barreto, em Recife – medidas que acarretaram modificação drástica da paisagem urbana, com o intuito de abrir novas vias para automóveis.

Por fim, na segunda metade do século XX, a engenharia de grandes edifícios – até então mais restrita a prédios comerciais – passou a ser amplamente utilizada também para fins residenciais. Assim, as transformações se estenderam para além das áreas centrais, abrangendo igualmente áreas residenciais, transformando-as em aglomerados de arranha-céus construídos sobre o exíguo espaço de antigas casas, na maioria das vezes com preocupação apenas funcional, sem maiores cuidados estéticos.

Concomitantemente, o senso comum passou a manifestar a ideia de que avenidas, viadutos, e grandes edifícios seriam fatores indicativos do “progresso” de uma cidade. Um exemplo disso pode ser visto no seguinte texto do historiador Leonardo Arroyo, o qual narra a história da pequena e secular igreja de Santo Antônio, na Praça do Patriarca, em São Paulo, como se se tratasse de um ser vivo:

O templo hoje, ai de nós, tem um aspecto assustado, um aspecto de quem não se sente bem em meio a tanto ruído e tanto arranha-céu. [...] A igreja de Santo Antônio, o coronel de tropas, parece sentir todo esse drama de desequilíbrio no tempo e no espaço. Por isso é triste e vive esperando a sua hora, que será infeliz, de ser destruída pelas chamadas exigências do progresso (ARROYO, 1954, p. 53).

Muito embora, no caso dessa construção paulistana, não tenha havido a demolição que o referido autor já dava como certa, as “exigências do progresso” não deixaram de produzir estragos em inúmeros outros locais do entorno, onde regiões outrora aprazíveis tornaram-se inóspitas e pouco acolhedoras. A esse respeito, não muito longe dali, há o exemplo do Elevado Presidente João Goulart (conhecido popularmente como “Minhocão”), uma via expressa que degradou amplamente o seu entorno e que é objeto de constantes questionamentos acerca de seus reais benefícios.

No tocante à construção de edifícios, um exemplo clássico de “progresso” desordenado foi a reurbanização do bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro, lugar que, a partir de determinada época, passou a ter grande atratividade para classes abastadas, devido à instalação do hotel Copacabana Palace. Segundo Gilberto Velho (2000, p. 237 *apud* CUREAU, 2009),

Copacabana foi super ocupada, construída e desgastada. A muralha de prédios erguidos sem preocupação e critérios urbanísticos bloqueou em grande parte a paisagem e afetou o clima, fazendo com que a diferença de temperatura entre a Avenida Atlântica e as ruas situadas no interior do bairro pudesse chegar a mais de 3 graus.

Exemplos recentes de situação parecida são o da praia de Boa Viagem, em Recife, onde, devido aos inúmeros edifícios construídos nos últimos anos, vários trechos perderam a incidência direta do sol a partir de certa hora do dia (OBSERVATÓRIO DO RECIFE, 2012), e também o da catarinense Balneário Camboriú, que padece do mesmo problema e na qual empreiteiras têm disputado entre si o título de responsável pela construção do maior arranha-céu (BÄCHTOLD, 2015).

De um modo geral, as cidades no País têm crescido verticalmente, fazendo com que altos edifícios se concentrem em áreas que não foram inicialmente pensadas para acolhê-los, gerando implicações como aumento de trânsito em ruas estreitas, bloqueio da ventilação e da luz solar, restrição visual da paisagem e até mesmo do céu, a ponto de o fator “vista definitiva” ser considerado um privilégio, servindo para valorizar imóveis no momento da comercialização.

Para além da questão da verticalização e da carência de espaços verdes, pode-se acrescentar ainda o fator da degradação, presente em tantas regiões urbanas brasileiras, desde as comunidades carentes até as zonas mais centrais, as quais frequentemente possuem prédios antigos, deteriorados ou abandonados, que logo se tornam alvo de atos de vandalismo, pichações, e outros problemas decorrentes do descuido. Acrescente-se a isso a instalação desmesurada de antenas de telefonia móvel, bem como a fiação aérea. Essa última, além do efeito funesto dos fios elétricos, nos tempos recentes tem sido acrescida de verdadeiros emaranhados de cabos de internet, os quais disputam sem qualquer cuidado os postes acima das calçadas, mesmo em regiões consideradas nobres. Para resolver a questão da fiação exposta, a opção do aterramento raramente é considerada pelos gestores públicos; o que se vê é um frequente corte de árvores para desimpedir os fios.

Um ambiente com essa aparência, entrecortado por rios que recebem esgoto sem tratamento, com ar poluído, além do ruído de buzinas e sirenes, pode ser considerado propício a uma vida saudável?

3 · MEIO AMBIENTE E QUALIDADE DE VIDA

De todos os direitos fundamentais da pessoa humana, o mais elementar e sagrado é o direito à vida. Entretanto, apenas “estar vivo” não é sinônimo de bem-estar, porquanto alguém pode, por exemplo, estar vivo em condições de miséria, ou pode estar vivo e padecer das mais diversas doenças.

Sobre essa temática, Paulo Affonso Machado (2014, p. 65) explica que “não basta viver ou conservar a vida”, devendo-se, antes de tudo, buscar a *qualidade de vida*, e ressalta que, para medir a qualidade de vida, a Organização das Nações Unidas leva em conta três elementos: saúde, educação e produto interno bruto. Ainda segundo o autor, para saber se há saúde em determinada localidade, não basta não haver doenças diagnosticadas, sendo necessário também considerar

o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade, e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos.

Assim, tem-se um conceito de saúde que engloba também a *sanidade do meio ambiente*.

No seu *Dicionário de direito ambiental*, Édis Milaré (2015, p. 542) define a expressão *meio ambiente* como sendo um “conjunto de condições, leis, influência

e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. José Afonso da Silva (2001, p. 20), por sua vez, define meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Essa ideia de um *conjunto* no qual todos os seus elementos estão interligados e subsistem de forma harmônica adentra, inclusive, a esfera filosófica: já mencionava Bento XVI (2009) que “o livro da natureza é uno e indivisível, tanto sobre a vertente do ambiente como sobre a vertente da vida”. Embora possa apresentar diferenças, essa concepção se aproxima do conceito de *biosfera*, que “compreende as interações recíprocas entre todos os seres vivos, o meio terrestre e a energia cósmica” (NALINI, 2008, p. 305). O estudo dessas relações é atualmente compreendido pela expressão “ecologia”,² a qual se contrapõe a uma noção antropocêntrica, sem deixar de considerar que o espaço natural é profundamente suscetível à atuação humana:

- a) Qualquer entidade natural, cultural e artificial é parte integrante do ecossistema terrestre, em sua totalidade planetária. Por isso, nada é alheio a esse ecossistema complexo, abrangente de tudo o que existe nesta ínfima porção do Cosmos, a Terra.
- b) Meio ambiente não é sinônimo de natureza. É, sim, o “mundo natural” transformado pelo homem, que nele imprime a sua marca registrada. Por isso, as transformações introduzidas pelo homem têm características ambientais (MILARÉ, 2014, p. 627).

No tocante à definição dada pela legislação, a Lei n. 6.938 de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), em seu art. 3º, inciso I, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

4 • DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Nos tempos modernos, as constituições dos mais diversos países pretenderam estabelecer que não somente o direito à vida fosse assegurado, mas também o direito a uma vida *com satisfação e bem-estar*.

Um paradigma sobre essa questão foi trazido pela Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, a qual deu origem à Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, da qual o Brasil é signatário. No texto dessa declaração, consta como primeiro princípio o seguinte:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

2 Termo formado pelos radicais gregos *oikos* (casa) e *logia* (estudo), proposto pelo biólogo e médico alemão Ernst Heinrich Haeckel para designar o estudo da relação entre os seres vivos e o meio que os envolve.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, garante a inviolabilidade do direito à vida e apresenta uma visão de proteção do meio ambiente harmônica com os conceitos acima apresentados quando menciona, em seu art. 225, *caput*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em decorrência desse mandamento, ao Estado não cabe escolher se deve ou não proteger o meio ambiente, pois o texto constitucional *impõe* que o defenda. É norma cogente, portanto.

Comentando essa constitucionalização da proteção ao meio ambiente, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin (*apud* CANOTILHO, 2007, p. 69) explica algumas das imposições que daí decorrem, quais sejam, “dever constitucional de não degradar, a proteção ambiental como direito fundamental, a ecologização da propriedade e da função social e a legitimação constitucional da função estatal reguladora”.

5 · PAISAGEM NATURAL E URBANA

Dentro do contexto do meio ambiente, veja-se a instância da *paisagem*. Entre seus conceitos etimológicos, consta, por exemplo, no *Dicionário Michaelis* (2019), a definição de “extensão de território e de seus elementos que se alcança num lance de olhar; panorama, vista” e, de forma alternativa, como “desenho, quadro, gravura, foto ou qualquer outra manifestação artística cujo tema principal é a representação de uma paisagem, geralmente de lugares campestres”. Por esse aspecto, a paisagem seria um fenômeno a ser notado primordialmente pelo sentido da visão.

Entretanto, a conceituação pode adquirir maior abrangência. A Convenção Europeia da Paisagem, firmada em Florença no ano 2000, define a paisagem como “uma parte do território, tal como é apreendida pelas populações, cujo caráter resulta da ação e da interação de fatores naturais e/ou humanos” (COUNCIL OF EUROPE, 2000).

No âmbito jurídico, há também entendimento por um enfoque ainda mais amplo:

Paisagem, do ponto de vista do meio ambiente, é o complexo dos elementos que compõem e configuram um lugar determinado e que tem estreita vinculação com a vida que nele se desenvolve. A paisagem é uma realidade viva e em mutação, e não é meramente visual (MILARÉ, 2015, p. 614).

Assim, a definição jurídica de paisagem se confunde com o próprio conceito de meio ambiente, e pode abranger não somente os elementos percebidos pela visão, mas também outros – por exemplo, ruídos e odores – que possuam relação com a vida que ali se desenvolve.

Dessa forma, a paisagem é também capaz de influenciar o bem-estar humano, e por conseguinte deve ser objeto da mesma proteção que se dá ao meio ambiente. E, por mais que se associe paisagem a algo que envolve unicamente os ambientes campestres, predominantemente rurais, ela também deve ser considerada dentro do contexto urbano, pois, como visto, o meio ambiente pode comportar também os espaços artificiais construídos pela atuação humana:

Ao criar seu próprio habitat com a valia dos seus próprios artificios, o homem vale-se, evidentemente, de elementos naturais (matéria e energia) e elementos culturais (sua idealização do mundo). São sempre artificios que compõem um meio ambiente artificial e este, não obstante a artificialidade, incorpora definitivamente dons da natureza e construtos da cultura humana. Por isso, a cidade, e o conjunto das cidades, constitui o meio ambiente artificial (MILARÉ, 2014, p. 627).

Nesse contexto de meio ambiente artificial, insere-se o conceito de *paisagem urbana*, do qual a legislação do Município de São Paulo, por meio da Lei n. 14.223/2006, apresenta, em seu art. 2º, uma definição que pode servir de referência:

Art. 2º. [...] considera-se paisagem urbana o espaço aéreo e a superfície externa de qualquer elemento natural ou construído, tais como água, fauna, flora, construções, edifícios, anteparos, superfícies aparentes de equipamentos de infraestrutura, de segurança e de veículos automotores, anúncios de qualquer natureza, elementos de sinalização urbana, equipamentos de informação e comodidade pública e logradouros públicos, visíveis por qualquer observador situado em áreas de uso comum do povo.

6 · INFLUÊNCIA DE ESPAÇOS VERDES NA SAÚDE DA POPULAÇÃO

No contexto urbano, os “espaços verdes” foram assim conceituados por José Afonso da Silva (1997 *apud* SIRVINSKAS, 1999, p. 192):

O verde, a vegetação destinada, em regra, à recreação e ao lazer, constitui o aspecto básico do conceito, o que significa que, onde isso não ocorrer, teremos arborização, mas não área verde, como é o caso de uma avenida ou uma alameda arborizada, porque, aqui, a vegetação é acessória, ainda que seja muito importante, visto que também cumpre aquela finalidade de equilíbrio ambiental, além de servir de ornamentação da paisagem urbana e de sombreamento à via pública.

Nessa conjuntura, para considerar os benefícios decorrentes do contato com uma paisagem urbana verde ou arborizada, apresenta-se, inicialmente, trecho de um estudo da Universidade Federal do Paraná:

O uso da vegetação, por meio de seus benefícios estéticos, sociais e ecológicos, proporciona melhor condição de vida para o ser humano dentro dos núcleos urbanos (MARTINI, 2011). Além disso, é essencial na estrutura e na dinâmica da paisagem urbana, pois, em virtude de suas características, melhora a qualidade de vida da população e a condição ambiental (LIMA NETO, 2011). O costume de trazer, para as cidades, partes do ambiente natural tem a finalidade de satisfazer as necessidades mínimas do ser humano (PEDROSA, 1983). Desta maneira, as árvores acabam por resgatar a natureza dentro do ecossistema urbano (MARTINI *et al.*, 2013, p. 460).

Nesse estudo, constatou-se, com base em dados técnicos, que as ruas com mais arborização “apresentaram menores temperaturas do ar do que a rua sem arborização durante todo o período de monitoramento” e, “de maneira inversa, a umidade relativa nas ruas arborizadas foi maior durante esse período” (MARTINI *et al.*, 2013, p. 460).

Dando um passo além, menciona-se a existência, na literatura da área de saúde, da *Teoria da Salutogênese*, formulada em 1979 por Aaron Antonowski (ZUFFEREY, 2015), a qual abriu uma nova perspectiva para estudos médicos – além de analisar somente os fatores negativos que provocam as doenças, muitos passaram também a considerar os elementos positivos capazes de gerar saúde e bem-estar.

Embora no Brasil o tema ainda não seja frequentemente abordado, no exterior existem diversos estudos acerca da correlação entre paisagem e saúde da população. É o caso, por exemplo, do Instituto de Medicina Social e Preventiva da Universidade de Berna, na Suíça, o qual realizou pesquisas indicativas de que as paisagens puramente naturais, ou ajustadas a elementos naturais – como espaços verdes, parques, cursos d’água – possuem efeitos benéficos sobre a saúde física, psicológica e social da população, porquanto a presença desses elementos favoreceria os sentimentos positivos, reduziria frustrações e o estresse, e induziria a praticar atividades físicas (PSYCHOMEDIA, 2007).

No mesmo sentido foi a conclusão de um núcleo de pesquisadores do Centro Europeu para o Desenvolvimento e Saúde Humana, da Universidade de Exeter, Reino Unido (KINVER, 2014). Utilizando dados da Pesquisa de Residências Britânicas – feita em cerca de 40 mil residências por outra Universidade, a de Essex – constatou-se que morar em um local com áreas verdes gera um efeito positivo permanente, enquanto outros fatores, como, por exemplo, aumento de salário ou promoções no trabalho, proporcionam efeitos positivos de curto prazo. Mathew White, um dos coordenadores, afirma haver provas de que as pessoas dentro de uma área com espaços verdes são menos estressadas, e constata:

As pessoas fazem todo tipo de coisas para ficarem mais felizes, elas lutam por uma promoção no trabalho, aumento de salário, até se casam. Mas o problema com todas estas coisas é que, depois de seis meses a um ano, elas voltam aos níveis originais de bem-estar. Então estas coisas não são sustentáveis, elas não nos fazem felizes no longo prazo. (KINVER, 2014).

Esses fatores que White indica como capazes de gerar efeito positivo de curto prazo são apresentados sob um prisma distinto no estudo “Stress, Wellness & Physiology” (UNIVERSITY OF WASHINGTON, 2018). Em grande parte dos casos, eles seriam geradores de estresse crônico, e seriam potencializados pelo ambiente insalubre das grandes cidades. Segundo consta, os motivos de estresse permanente na sociedade moderna incluem tensão financeira, demandas de trabalho, perda de emprego, interações familiares complexas, conflitos conjugais e outras situações persistentes que, muitas vezes, são estimuladas pelo ruído, movimento e complexidade visual dos grandes centros urbanos.³ Ressalte-se que aqui se faz menção expressa ao aspecto *visual*, que se enquadra perfeitamente no tópico da paisagem urbana insalubre.

No tocante ao efeito positivo de ambientes naturais, há também fatores que indicam uma influência restaurativa da natureza como fator de recuperação do estresse, perceptível mediante alteração nos indicadores de níveis de atividade fisiológica. Acerca dessa questão, cite-se uma experiência realizada em 1991 na qual pesquisadores expuseram filmes estressantes a determinadas pessoas, e depois as fizeram visualizar imagens de ambientes urbanos e naturais. De acordo com os autores do estudo, as pessoas que visualizaram as configurações naturais se recuperaram mais

3 “Everyday stress factors in modern society can include financial strain, work demands, job loss, complex family interactions, marital conflict, and other persistent situations. In urban environments, people are often overloaded and over-stimulated by noise, movement, and visual complexity. Such daily interactions can overwhelm people” (UNIVERSITY OF WASHINGTON, 2018).

rapidamente do estresse. Os dados a esse respeito foram coletados levando em conta indicadores fisiológicos como frequência cardíaca, tensão muscular e pressão arterial (ULRICH *et al.*, 1991).

Alguns contestam esse estudo pelo fato de ter mostrado imagens, e não submetido os participantes a paisagens reais. Entretanto, em outros casos, alterações físicas também foram constatadas na exposição a paisagens reais. É o que consta em pesquisas relacionadas com o costume japonês chamado *Shinrin-yoku* (banho de floresta), que nada mais é que a caminhada semanal em bosques e parques urbanos. Experiências atestam que a prática foi eficaz para diminuir níveis de glicose em diabéticos de uma forma mais notável do que a caminhada em esteiras (OHTSUKA *et al.*, 1998), além de produzir melhoria no sistema imunológico (LI *et al.*, 2010). Ainda a respeito dessa prática, noticiou-se:

Tais pesquisas, realizadas principalmente na Universidade de Chiba e na Escola Médica Nippon, em Tóquio, mostraram que esse “mergulho” na natureza é capaz de diminuir a pressão arterial e a frequência cardíaca, assim como os sintomas do estresse. Outra descoberta é a de que o banho de floresta aumentaria a atividade das células NK (natural killers ou exterminadoras naturais). Elas defendem o organismo de células tumorais e infecções. Ou seja, a prática também fortaleceria o sistema imunológico (SALLES, 2017).

Ainda a respeito dos benefícios de frequentar ambientes com elementos naturais, uma pesquisa realizada pelo Conselho de Saúde da Holanda (HEALTH COUNCIL OF NETHERLANDS, 2004), utilizando uma metodologia que incluía fatores como medição de pressão sanguínea e taxas de cortisol, também constatou que os espaços verdes e com elementos naturais contribuem para a recuperação do estresse e da falta de atenção, colaborando até mesmo para o melhor desenvolvimento das crianças.

Seguindo essa linha, Joris Zufferey, da Universidade de Genebra, realizou um apanhado de diversas pesquisas, com destaque para aquelas que considerou possuírem as provas mais robustas. Dentre essas, apresentou estudos indicativos de que espaços verdes, desde que seguros e atrativos, estimulam a prática de atividade física e, assim, incrementam o bem-estar e a interação social, inclusive com redução de taxas de obesidade (CROUCHER, K. *et al.*, 2007 *apud* ZUFFEREY, 2015). Sobre o tópico da interação social, o referido autor menciona, também, estudos realizados no Canadá, Estados Unidos, Austrália, Japão e Europa, no sentido de que esses ambientes, de fato, promoveriam uma maior coesão social nos habitantes (HARTIG, 1991 *apud* ZUFFEREY, 2015).

Zufferey também menciona outro estudo, a sugerir que a mera visualização de espaços naturais influenciaria a redução de níveis de estresse, atestando que o mesmo efeito é constatável até mesmo com a observação de fotografias. A mesma pesquisa apresenta o conceito de “paisagem terapêutica”, indicada para atividades regeneradoras (VÖLKER; KISTEMANN, 2011 *apud* ZUFFEREY, 2015).

Na mesma temática, não se pode desprezar o chamado *transtorno de déficit de natureza*, mencionado por Richard Louy para definir o afastamento cada vez maior em relação aos ambientes naturais, em boa parte motivado pelo avanço da tecnologia, “com toda a sedução e atrativos que fornece a baixo custo e pouco esforço” (MAGRO, 2017).

7 · INFLUÊNCIA DE ESPAÇOS CONSTRUÍDOS NA SAÚDE DA POPULAÇÃO

Apresentada essa consideração acerca dos benefícios dos espaços verdes, é necessário ressaltar que uma paisagem urbana é primordialmente composta de construções – e aí entra também o aspecto estético, que não pode ser desprezado.

Em uma época de grande crescimento da capital paulista, Hely Lopes Meirelles (1978, p. 54) escreveu que a questão estética

se acha integrada nos objetivos do moderno urbanismo, que não visa apenas às obras utilitárias, mas cuida também dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, monumentais e históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico da comunidade.

No dizer de Jacqueline Morand-Deviller (2010, p. 88), “a unanimidade sobre a questão estética das construções ou dos sítios é uma coisa impossível”, mas é viável existir “um consenso majoritário contra a feiura, que deverá guiar as condutas dos responsáveis pelas políticas de urbanismo e meio ambiente”.

Nesse ponto, um cenário de construções em estado de degradação serviu de base para a célebre Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows*), desenvolvida na Escola de Chicago por James Q. Wilson e George Kelling. Ademais, nos tempos recentes, o campo da neurociência abriu uma nova perspectiva sobre essa abordagem, coletando evidências mais palpáveis. Em uma convenção do *The American Institute of Architects*, realizada em 2003, o neurobiólogo Fred Gage expôs a ideia de que “as mudanças no ambiente modificam o cérebro e, portanto, modificam nosso comportamento” (BADGER, 2012). Esse entendimento resume o propósito da ainda jovem “neuroarquitetura”, a qual tem o intuito de pesquisar como o cérebro reage aos estímulos decorrentes dos ambientes construídos, tendo como principal ponto de referência a Academia de Neurociência para a Arquitetura (ANFA, na sigla em inglês).

Dentro desse prisma neurológico, nota-se que os estudos mencionados tratam da influência direta do ambiente construído na origem de problemas de ordem psíquica, sobretudo estresse. Nesse sentido, deve-se destacar que a Organização Mundial da Saúde considera o estresse e a baixa atividade física como grandes contribuintes para a morte prematura em países desenvolvidos (OMS, 2020). Ademais, outro estudo, também da OMS, constatou ser o Brasil o País mais ansioso e estressado da América Latina (GRACIOLI, 2018), com índices que superam a média mundial. Para melhor vislumbrar a importância do problema, basta mencionar que o estresse está associado ao maior risco de infarto (ROSENGREN, 2004), que, por sua vez, é uma das principais causas de morte no nosso País.

Com base nos elementos até aqui apresentados, pode-se deduzir que o fator paisagístico – o qual, como visto, compreende espaços verdes, azuis, sons, odores e até mesmo a estética das construções – tem uma influência direta na geração ou restauração da saúde dos indivíduos. Por outro lado, a ausência de equilíbrio e a degradação desse ambiente podem ter relação com diversos problemas de saúde, causando sobrecarga nos sistemas públicos de saúde e previdência. Um controle ou manejo consciente desses aspectos, até mesmo considerando a função social da propriedade, muito provavelmente poderia contribuir para a diminuição de problemas que são fatores geradores de moléstias. Haveria, então, a possibilidade de, sob a justificativa sanitária aqui apresentada, impedir ou limitar obras produtoras

de desequilíbrio paisagístico, com potencial de prejudicar o bem-estar e a sanidade daqueles que ali vivem.

8 · PROTEÇÃO DA PAISAGEM URBANA NO CONTEXTO JURÍDICO

Por estar diretamente ligado à saúde humana, e, portanto, à qualidade de vida, o direito a uma paisagem urbana equilibrada e saudável pode adquirir aspectos de *direito fundamental*, visto que, “no qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, e que, portanto, “devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (SILVA, 2001, p. 178).

No dizer de Milaré (2014, p. 606), “o meio ambiente artificial ou construído passa a integrar o patrimônio ambiental da coletividade, e como tal deve ser administrado”.

No âmbito das políticas públicas, tem-se uma referência na já mencionada Convenção Europeia da Paisagem, a qual diz, em seu preâmbulo, que “a paisagem constitui elemento chave do bem-estar individual e social”, e que “a sua proteção, gestão e ordenamento implicam direitos e responsabilidades para cada cidadão”. O mesmo texto, após definir o já transcrito conceito de paisagem, define, no seu artigo primeiro, alguns tópicos que podem servir de orientação para aqueles que se propuserem a administrar questões referentes à paisagem urbana:

- b) “Política da paisagem” designa a formulação pelas autoridades públicas competentes de princípios gerais, estratégias e linhas orientadoras que permitam a adoção de medidas específicas tendo em vista a proteção, gestão e ordenamento da paisagem;
- c) “Objetivo de qualidade paisagística” designa a formulação pelas autoridades públicas competentes, para uma paisagem específica, das aspirações das populações relativamente às características paisagísticas do seu quadro de vida;
- d) “Proteção da paisagem” designa as ações de conservação ou manutenção dos traços significativos ou característicos de uma paisagem, justificadas pelo seu valor patrimonial resultante da sua configuração natural e/ou da intervenção humana;
- e) “Gestão da paisagem” designa a ação visando assegurar a manutenção de uma paisagem, numa perspectiva de desenvolvimento sustentável, no sentido de orientar e harmonizar as alterações resultantes dos processos sociais, económicos e ambientais;
- f) “Ordenamento da paisagem” designa as ações com forte carácter prospectivo visando, a valorização, a recuperação ou a criação de paisagens (COUNCIL OF EUROPE, 2000).

Quando se estuda a questão na legislação brasileira, vê-se o art. 182 da Constituição Federal a definir que:

a política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O texto constitucional também estabelece, em seu art. 23, que é competência *comum* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde (inciso II), proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI).

Quanto à possibilidade de legislar, no art. 24, a Carta Magna dispõe que é competência *concorrente* da União, Estados e Distrito Federal (exclui Municípios) legislar sobre direito urbanístico (inciso I); conservação da natureza, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio paisagístico (inciso VII); e responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens de valor estético e paisagístico (inciso VIII).

Especificamente em relação aos municípios, o art. 30 da Constituição confere competência privativa para legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I); suplementar a legislação federal e estadual no que couber (inciso II); promover adequado ordenamento territorial (inciso VIII); e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local (inciso IX).

A Política Nacional do Meio Ambiente, positivada na Lei n. 6.938/1981, embora não mencione a expressão “paisagem”, define, em seu art. 3º, como “poluição” a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população” (alínea *a*); criem “condições adversas às atividades sociais e econômicas” (alínea *b*); ou “afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente” (alínea *d*).

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por sua vez, dispõe em seu art. 2º que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”, mediante “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (inciso XII). O mesmo diploma, em seu art. 37, *caput*, estabelece que o estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) deverá ser executado de forma a “contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades”, devendo esse estudo incluir o aspecto da “paisagem urbana e patrimônio natural e cultural” (inciso VII).

Por fim, deve-se levar em conta também a possibilidade de a proteção da paisagem urbana ser considerada dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (BARRIOS, 2015).

9 • ALGUNS EXEMPLOS DE INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO

Apesar do comando constitucional, bem como da legislação pertinente, o assunto acerca da proteção da paisagem urbana ainda é tratado de forma vaga, e, por vezes, omissa, havendo pouca transparência no âmbito da Administração Pública, sobretudo quando estão envolvidas pressões decorrentes de interesses econômicos do setor de construção civil, o qual, na atualidade, é o principal responsável pela excessiva e descontrolada verticalização das cidades.

Como já exposto, na realidade brasileira a degradação paisagística atinge todas as camadas da população, desde as áreas periféricas, com as construções precárias de comunidades e “favelas”, passando também pelas áreas centrais, desgastadas e frequentemente depredadas, e até mesmo por áreas elitizadas, que, não raro, passam por uma espécie de vandalismo paisagístico promovido por grandes “empreendimentos” imobiliários, ou até pela própria Administração Pública, quando realiza obras de grande porte guiada por políticas equivocadas.

Embora não tenham propriamente fundamento no prisma da saúde pública, existem exemplos de atuação do Ministério Público no âmbito paisagístico urbano,

e, entre esses, um dos mais emblemáticos em tempos recentes foi o da Ação Civil Pública AC n. 439086 – PE (0004462-77.2005.4.05.8300), movida pelo Ministério Público Federal contra a Prefeitura de Recife, o IPHAN e a Construtora Moura Dubex, visando impedir a construção de um condomínio residencial dotado de duas “torres gêmeas”, de tamanho e gosto estético questionável, nas vizinhanças do centro histórico daquela cidade. Apesar de obtida decisão favorável na primeira instância, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a decisão em grau recursal, em acórdão de relatoria do então desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria. Assim, a construção transcorreu sem maiores percalços, impondo ao entorno um visual agressivo e inclemente, em claro desequilíbrio com exemplares da arquitetura dos séculos XVII e XVIII que ainda se destacam naquela região da cidade. Não é demais lembrar que a mesma construtora, com aval das autoridades municipais, prossegue com planos de construir mais edifícios de grande porte no Cais José Estelita, situado na mesma região (MIRANDA, 2019).

Em outro exemplo mais recente, o Ministério Público de Minas Gerais, na Ação Civil Pública n. 0028466-98.2013.8.13.0393, obteve a condenação de uma empresa ao pagamento de danos morais coletivos devido à instalação de uma torre com três antenas no Morro dos Jesuítas, sítio histórico localizado na cidade de Matias Cardoso, no norte do estado. Segundo a promotoria, a situação agredia o “conjunto arquitetônico e a paisagem do patrimônio público, causando impacto elétrico, paisagístico e visual”, e, de acordo com a decisão judicial, já transitada em julgado, o dano moral coletivo ficou configurado, “visto que a descaracterização da paisagem ocasionou lesão na esfera moral de uma comunidade”, com uma intervenção “agressiva e descaracterizante”.⁴

No geral, a respeito de problemas paisagísticos, os entendimentos judiciais têm sido variados, até porque para determinados casos a lei deixa lacunas que muitas vezes não são preenchidas pelo julgador, talvez pelo receio de incorrer em uma análise estética de caráter subjetivo – algo que escapa da esfera jurídica. Entretanto, sobre esse ponto, conforme diz Morand-Deville (2010, p. 87), nas ações que envolvem teor paisagístico urbano, “não se pede ao juiz que ele se pronuncie sobre o belo”, mas tão somente “demanda-se que ele recuse a feiura”.

10 • CONCLUSÃO

Partindo do pressuposto do direito à vida, o presente artigo apresentou argumentação no sentido de que todo o ambiente que cerca o ser humano constitui um conjunto indivisível, que se relaciona com ele e o influencia diretamente.

Nesse contexto, indicou-se que não pode haver qualidade de vida, tampouco vida saudável, sem que haja um ambiente também saudável.

Ora, entre os elementos que compõem o meio ambiente, encontra-se a paisagem, e, sobretudo, a paisagem urbana, a qual também é passível de desequilíbrio, e, no Brasil, não tem sido objeto de cuidados, seja por parte de governantes, seja por parte da população. Com isso, as grandes cidades brasileiras, sobretudo as que passaram

4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Empresa é condenada por dano moral coletivo em Matias Cardoso*. Maio 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/empresa-e-condenada-por-dano-moral-coletivo-em-matias-cardoso.htm#!>. Acesso em: 20 nov. 2019.

por maior desenvolvimento econômico, cresceram de forma desordenada, causando uma notória deterioração de fatores paisagísticos.

Segundo algumas pesquisas indicadas, as grandes cidades, com sua verticalização desordenada, trânsito, ruídos e poluição, formam um conjunto paisagístico negativo, que atua como verdadeiro fator gerador – ou potencializador – de estresse, o qual está na raiz de várias moléstias, muitas delas fatais.

Por outro lado, foram apresentados estudos que comprovam o efeito benéfico produzido por áreas verdes, com vegetação e paisagem natural, sobretudo como fator redutor de estresse e estimulador de atividades físicas e interação social. Também se levantou a questão acerca de uma estética amigável na arquitetura como fator capaz de contribuir para compor uma paisagem saudável.

Com os exemplos citados e com a menção de alguns casos de atuação do Ministério Público, pretendeu-se lançar, embora de forma resumida, uma luz sobre esse tema ainda pouco abordado no Brasil, mas que, sem dúvida, é mais do que urgente e atual, dada a clareza com que se constata que o equilíbrio da paisagem urbana influencia a saúde e a qualidade de vida da população.

REFERÊNCIAS

ARROYO, Leonardo. *Igrejas de São Paulo: introdução ao estudo dos templos mais característicos de São Paulo nas suas relações com a crônica da cidade*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1954.

BÄCHTOLD, Felipe. Prédios mais altos do país cobrem o sol em balneário Camború (SC). *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 dez. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1723364-predios-mais-altos-do-pais-cobrem-o-sol-em-balneario-camboriu-sc.shtml>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BADGER, Emily. Corridors of the mind: Could neuroscientists be the next great architects? *Pacific Standard*, Seattle, nov. 2012. Disponível em: <https://psmag.com/social-justice/corridors-of-the-mind-49051>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BARRIOS, Anelise Barboza. *A proteção do direito à paisagem urbana pelo sistema interamericano de direitos humanos*. 2015. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/6393>. Acesso em: 19 nov. 2019.

BENTO XVI, Papa. *Carta encíclica caritas in veritate*. Roma, 29 de junho de 2009. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html. Acesso em: 14 nov. 2019.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. *O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: origens, definições e reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. 2009. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69-80.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index>.

- php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso em: 15 nov. 2019.
- CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9., 2005, São Paulo. *Paisagem, natureza e direito*: homenagem ao Prof. Alexandre Kiss. Organizador Antônio Herman Benjamin. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde. 2 v.
- COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia da Paisagem*, 2000. Disponível em: <https://rm.coe.int/16802f3fb7>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- CUREAU, Sandra. *Ambiência e entorno de bens culturais*. 2009. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/trabalhos-cientificos/ambienciaeentorno.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRACIOLI, Júlia. Brasil vive surto de depressão e ansiedade. *Jornal da USP*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/brasil-vive-surto-de-depressao-e-ansiedade>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- HEALTH COUNCIL OF NETHERLANDS. *Nature and Health*. The influence of nature on social, psychological and physical well-being. Netherlands, jun. 2004. Disponível em: <https://www.healthcouncil.nl/documents/advisory-reports/2004/06/09/nature-and-health.-the-influence-of-nature-on-social-psychological-and-physical-well-being>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- KINVER, Mark. Viver perto de áreas verdes aumenta sensação de bem-estar, diz estudo. *BBC Brasil*, 13 jan. 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140113_espaco_verde_bem_estar_fn. Acesso em: 14 nov. 2019.
- LI Q.; KOBAYASHI, M., INAGAKI H. *et al*. A day trip to a forest park increases human natural killer activity and the expression of anti-cancer proteins in male subjects. *Journal of Biological Regulators and Homeostatic Agents*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 157-165, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20487629/>. Acesso em: 2 mar. 2020.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MAGRO, Teresa. Distanciamento da natureza: os responsáveis somos nós mesmos. *Centralpress*, [s. l.], jan. 2017. Disponível em: <https://www.centralpress.com.br/distanciamento-da-natureza-os-responsaveis-somos-nos-mesmos>. Acesso em: 19 out. 2019.
- MARTINI, Angeline; BIONDI, Daniela; BATISTA, Antonio Carlos. Variação diária e estacional do microclima urbano em ruas arborizadas de Curitiba-PR. *Floresta e Ambiente*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 460-469, out./dez. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4322/loram.2013.045>. Acesso em: 24 out. 2019.
- MARTINS, Montserrat; PEDERSEN, Aloizio. Direito à paisagem. *EcoDebate*, Rio de Janeiro, set. 2013. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2013/09/16/direito-a-paisagem-artigo-de-montserrat-martins-e-alozio-pedersen>. Acesso em: 24 out. 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Urbanismo e proteção ambiental. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 14-62, 1978. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NjE1OA%2C%2C>. Acesso em: 15 ago. 2020.

- MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>. Acesso em: 10 out. 2019.
- MILARÉ, Édis. *Dicionário de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRANDA, Amanda. MPF entra com recurso para tentar impedir obras no Cais José Estelita. *Blog de Jamildo*. 2019. Disponível em: <https://blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2019/08/02/mpf-entra-com-recurso-para-tentar-impedir-obras-no-cais-jose-estelita>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. A cidade, a paisagem e o belo. In: MARQUES, Claudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (coords.). *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem a Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NALINI, José Renato. Fundamentos ético-filosóficos da proteção ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPELLI, Sílvia (coords.). *Congresso internacional de direito ambiental: mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 305.
- NOGUÉ, Joan. El retorno al paisaje. *Enrahonar*, Barcelona, n. 45, 2010, p. 123-136. Disponível em: www.raco.cat/index.php/Enrahonar/article/view/210161. Acesso em: 23 out. 2019.
- OBSERVATÓRIO DO RECIFE. *Boa Viagem, a praia das sombras*. 2012. Disponível em: <https://www.observatoriodorecife.org.br/boa-viagem-a-praia-das-sombras/>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- OHTSUKA, Y., YABUNAKA, N.; TAKAYAMA, S. Shinrin-yoku (forest-air bathing and walking) effectively decreases blood glucose levels in diabetic patients. *International Journal of Biometeorology*, [s. l.], n. 41, p. 125-127, fev. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s004840050064>. Acesso em: 2 mar. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (UNEP). *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Obesity and overweight*. Abr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- PORTO, Aline; SECCO, Chiara; DELGADO, Gisele; VERBICARO, Camila; DEMARZO, Mauro. A influência “haussmanniana” nas intervenções urbanísticas em cidades brasileiras. In: ENCONTRO LATINO AMERICANO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11.; ENCONTRO LATINO AMERICANO DE PÓS-GRADUAÇÃO, 7., 2007, São José dos Campos, Universidade do Vale do Paraíba, 2007. Disponível em: http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2007/trabalhos/sociais/epg/EPG00214_01O. Acesso em: 20 out. 2019.
- PSYCHOMÉDIA. *Bienfaits de la nature sur la santé, aménagement du paysage en Suisse*. Maio 2007. Disponível em: <http://www.psychomedia.qc.ca/sante/2007-05-22/bienfaits-de-la-nature-sur-la-sante-amenagement-du-paysage-en-suisse>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ROSENGREN, Annika *et al.* Association of psychosocial risk factors with risk of acute myocardial infarction in 11.119 cases and 13.648 controls from 52 countries (the INTERHEART study): case-control study. *The Lancet*, [s. l.], set. 2004. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(04\)17019-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(04)17019-0/fulltext). Acesso em: 2 mar. 2020.

SALLES, Carol. Prática no Japão, “banho de floresta” promete reduzir o estresse. *VivaBem. Portal UOL*, jan. 2017. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2017/01/25/pratica-no-japao-banho-de-floresta-promete-reduzir-o-estresse.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Arborização urbana e meio ambiente: aspectos jurídicos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, p. 192-201, out./dez. 1999.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ULRICH, Roger S.; SIMONS, Robert F.; LOSITO, Barbara D.; FIORITO, Evelyn; MILES, Mark A.; ZELSON, Michael. Stress recovery during exposure to natural and urban environments. *Journal of Environmental Psychology*, [s. l.], v. 11, Issue 3, p. 201-230, set. 1991. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0272-4944\(05\)80184-7](https://doi.org/10.1016/S0272-4944(05)80184-7). Acesso em: 24 out. 2019.

WOLF, K. L.; KRUEGER, S.; ROZANCE, M. A. Stress, wellness & physiology: a literature review. *Green Cities: good health*, Washington, College of the Environment, University of Washington, 2014. Disponível em: https://depts.washington.edu/hhwb/Thm_StressPhysiology.html. Acesso em: 15 nov. 2019.

ZUFFEREY, Joris. Relations entre santé et espaces verts et bleus: une synthèse de la recherche empirique, 2003-2014. *Natures Sciences Sociétés*, v. 23, p. 343-355, 2015. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2015-4-page-343.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

O DERRAMAMENTO DE ÓLEO NA COSTA NORDESTINA E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELOS DANOS EXISTENCIAIS CAUSADOS AOS POVOS DAS ÁGUAS

Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de Almeida¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Os direitos fundamentais e os direitos humanos: uma delimitação necessária. 3 O derramamento de óleo no mar, na costa brasileira e nordestina: contextualização fática sobre impactos, medidas e responsabilidade em defesa de direitos fundamentais. 3.1 O Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional: instrumento para gerir crises. 3.2 A atuação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos. A Carta dos Povos das Águas à Sociedade. O posicionamento dos estados do Nordeste. 3.3 A responsabilidade em caso de manchas (de óleo) órfãs. 4 O petróleo: atividade econômica de alto risco. A instituição de fundos. 5 A ordem econômica, a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente. 6 Os danos existenciais causados aos povos das águas e sua valoração. 7 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

O objetivo de efetivar direitos fundamentais, no atuar de órgãos e instituições, como o Ministério Público Federal (MPF), merece dedicação especial, porquanto significa possibilitar, a um sem número de pessoas, oportunidade de viverem suas vidas em condições melhores, com dignidade concreta no mundo real (valor central da Constituição da República). Há seres humanos, entretanto, que necessitam de cuidado maior ainda: os vulneráveis, que, no caso em exame, são aqueles que integram os denominados povos das águas² (pescadores artesanais, marisqueiras, catadores de caranguejo, ostreiros etc.) malferidos pelos danos existenciais que impactaram (e continuam impactando) suas vidas em decorrência do derramamento de óleo que afetou o litoral brasileiro, notadamente a costa nordestina.³

1 Procurador da República com atuação na área ambiental. Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas, com ênfase em Direitos Humanos e Desenvolvimento, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha, título validado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

2 A expressão “povos das águas” é utilizada com base em publicação da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa (SILVA, 2014, p. 14-19).

3 O derramamento de óleo que, em 2019, impactou toda a Região do Nordeste (atingindo também o Espírito Santo e o Rio de Janeiro) é o maior do Brasil em termos de extensão e, possivelmente, do mundo. O desastre socioambiental, após cerca de um ano de sua ocorrência, não teve responsável identificado. Desde o surgimento das primeiras manchas de óleo, que ocorreram em 30.8.2019, no litoral paraibano, foram mais de mil localidades (praias, rios, ilhas e mangues etc.) atingidas, em pelo menos 125 municípios brasileiros, a maior parte na Região Nordeste.

O desafio é deveras maior em virtude da pandemia do novo coronavírus (causador da doença denominada de Covid-19), cujos danos à saúde, à economia e ao modo de vida em geral, para além de significativos, são também de consequências desconhecidas. De fato, o período pós-pandêmico trará um sem número de questões a serem debatidas, entre elas a importância de se concretizar os direitos fundamentais.

E no âmbito do pós-positivismo, “com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética” (BARROSO, 2015, p. 4-5), a (re)leitura constitucional da responsabilidade civil traz novos contornos para a atuação (teórica e prática). Ao se redefinirem institutos como o da responsabilidade civil, emerge à luz a desapatrimonialização de categorias civilistas e sua conseqüente repersonalização. Há de se fazer prevalecer valores existenciais sobre interesses patrimoniais. A atividade econômica (petróleo) deve estar conforme com as diretrizes e objetivos axiológicos constitucionais.

Ademais, no âmbito do cenário constitucional brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), eixo central do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2006, p. 68), é alicerce da proteção aos vulneráveis, como são os povos das águas: essas comunidades tradicionais cujos núcleos familiares envolvem homens, mulheres, crianças, jovens e idosos. De igual relevo, tem-se que o princípio da solidariedade (art. 3º, I), sobretudo ante a força normativa da Constituição, implicou significativos efeitos no direito privado e que se fazem sentir intensamente no instituto em foco. A solidariedade social, como leciona Anderson Schreiber (2012, p. 222-223),

promoveu profunda alteração na própria função atribuída à responsabilidade civil, na medida em que gradativamente se passa de uma concepção que visava punir e repreender condutas tidas por negligentes para uma ideia de tutela da vítima e reparação do dano.

E em tempos de pós-pandemia, a solidariedade social deve assumir papel cada vez mais preponderante.

As vítimas do desastre socioambiental que impactou, impacta e impactará a costa nordestina por longo tempo devem ser tuteladas de forma adequada. Se isso era necessário antes da pandemia em curso, mais ainda no novo cenário nacional e global. Afinal, os primados da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social impõem que se repare o dano existencial que atinge os povos das águas, rememorando-se que neles estão famílias que vivem de uma das mais antigas práticas de subsistência da humanidade: a pesca, responsável, como a agricultura, pela formação das grandes civilizações e pela própria evolução humana.

Nessa trilha, quanto a essas comunidades tradicionais, sabe-se que “suas raízes são formadas por uma miscigenação de índios, africanos, europeus, formando uma etnia específica, cujos traços culturais aproximam-se muito daquelas denominadas mamelucos, caribocas e caiçaras” (ALMEIDA, 2008, p. 8-15). São populações singulares: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.⁴

4 Nos termos do art. 3º, I, do Decreto n. 6.040/2007.

É isso que sedimenta a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, cujo principal objetivo é lhes promover o desenvolvimento sustentável, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.⁵

São, os povos das águas, comunidades tradicionais afetadas de modo avassalador pelo desastre socioambiental do derramamento de óleo que impactou o Brasil. É a forma de ser deles que está em questão. São famílias e grupos constituídos por pessoas que “já nascem nas proximidades das praias de rios e de mar, quando aprendem, por meio da tradição passada pelos ancestrais às próximas gerações, a lançar os olhos para o mar”, e também para a extensão do rio, vendo, “por meio de uma habilidade quase inexplicável, um cardume que se aproxima ou mesmo uma mudança de tempo repentina” (GARCIA, 2015, p. 67).

Vítimas de danos existenciais, essas pessoas estão passando por relevantes alterações em suas vidas, obrigadas a “ter que agir de outra forma” ou “não poder fazer como antes” devido às repercussões consistentes, talvez permanentes, sobre a própria existência individual e coletiva (GARCIA, 2015, p. 84). Deveras, em virtude do alto potencial de contaminação causado pelo óleo no mar, rios e estuários, a sociedade em geral teve por longo tempo (e algumas pessoas ainda têm) receio, com razão, de consumir os pescados desses locais. Nesse contexto, as comunidades tradicionais, se pescam, não vendem; se não pescam, não comem, não sobrevivem. Suas vidas estão em risco; seus modos de ser e viver, que atravessaram gerações, estão em perigo. Uma situação gravíssima, que não pode ser ignorada e que foi agravada com todas as restrições e incertezas da pandemia global.

Desde uma concepção crítica dos direitos humanos e fundamentais, tem-se como inafastável a necessidade de se repararem os danos existenciais causados aos povos das águas, com medidas e valores adequados, mediante a responsabilização do poluidor direto (caso identificado) e/ou do poluidor indireto (o Poder Público). De igual modo, a atividade econômica do petróleo, de uma forma ou outra, deve contribuir para a reparação do incidente ocorrido e/ou para a prevenção, com suporte financeiro, de possíveis incidentes futuros. É uma questão de cunho constitucional, conjugando-se os primados da ordem econômica, da dignidade da pessoa humana e do próprio meio ambiente.

2 · OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS: UMA DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA

O propósito é concretizar direitos fundamentais (plano nacional) ou direitos humanos (plano internacional); mas o que são direitos fundamentais? E direitos humanos? E qual a relação ou a distinção entre eles? O que almeja a humanidade ao estabelecer essas categorias? Por que motivo os seres humanos, homens e mulheres de toda e qualquer idade, vivem, atualmente e em sua maioria, agrupados? Por que estão sob o comando de regras? Por que, afinal, conduzem as próprias vidas de acordo com diretrizes instituídas por entes fictícios que, em síntese, são chamados de Estado, País, Nação, Sociedade etc.?

5 Anexo do Decreto n. 6.040/2007, art. 2º.

Não são apenas questionamentos filosóficos, jurídicos ou acadêmicos. Mais que isso, são perguntas sobre a jornada humana em busca de um outro lugar (heterotopia) mais justo, democrático e digno, a ser alcançado de forma plural e com amplo respeito às diferenças sobre o modo de ser, viver e pensar o mundo. Afinal, na lição de Joaquín Herrera Flores (2011, p. 14-15), “*las plurales y diferenciadas luchas por la dignidad humana constituyen la razón y la consecuencia de la lucha por la democracia y por la justicia*”.

É fato que vivemos no Planeta Terra, e nele nos organizamos como Estado, País, Nação, Sociedade (ou alguma forma de agrupamento humano) que tem, ou deve ter,⁶ sua razão de ser no objetivo principal, embora amplo e complexo, de melhorar as condições de vida de todos, ou, pelo menos, de garantir a satisfação das *necessidades humanas fundamentais*, no dizer de Antonio Carlos Wolkmer (2015, p. 283-291). Ou ainda, promover o reconhecimento das *reivindicações de vida*⁷ de homens

6 A razão de ser do Estado implica discussões as mais diversas. Em abordagem sociológica e psicanalítica, por exemplo, Eugène Enriquez, após discorrer sobre características de várias espécies de Estado (do Democrático-Liberal ao Totalitário), assevera que todos têm um “projeto comum” de construir um aparelho estatal cada vez maior, distanciando-se do povo e falando uma linguagem específica (a da política). O novo modelo de linguagem passa a ser dominante e faz desaparecer a práxis social. Todavia, como a ameaça de revolta popular continua a ser sempre possível, é indispensável o Estado (País, Nação, Sociedade etc.) manter o “grupo-povo” em uma espécie de regressão (“preso a certas verdades”), através da utilização de um sistema de crenças e pela cristalização do poder. O sociólogo francês, ao final, assevera: “todo mundo se sentirá, então, em dívida com esse Estado que executa o máximo para realizar, ou para fazer acreditar que realiza, os desejos explícitos das populações, e o povo pagará essa dívida com o sacrifício de suas satisfações pessoais e, às vezes, com sua própria vida, guardando no íntimo a ilusão de que esse objeto criado era mesmo o que ele desejava (o Estado funciona como engodo do desejo), e que podia amá-lo. Esse aparelho vai ter como papel colocar o povo em vigilância e sob um controle mais ou menos completo [...] uma garantia para o aparelho da manutenção de seu domínio (através de várias modalidades de controle)”. (ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 283).

7 A expressão é utilizada no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), de modo que “o verdadeiro alicerce do desenvolvimento humano” seria “o universalismo no reconhecimento das ‘reivindicações de vida’ de todos”, porquanto “o universalismo das reivindicações de vida é o fio condutor que une as necessidades do desenvolvimento humano de hoje às exigências do desenvolvimento de amanhã, especialmente no que toca à preservação e regeneração do ambiente”. (Disponível em: http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2015_ptBR.pdf. Acesso em: 28 abr. 2016, p. 145). A expressão “reivindicações de vida”, a propósito, passa a ser empregada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o PNUD, em 1994 (versão em espanhol disponível em http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf, acesso em 7 maio 2016). O Relatório do PNUD (RDH), de 1994, propõe um conceito de desenvolvimento sustentável que possibilite às presentes e futuras gerações ampliar plenamente a sua capacidade humana e aproveitar essa capacidade ao máximo em todas as esferas: econômica, social, cultural, política etc. Um desenvolvimento humano que favoreça as pessoas, promova o emprego e respeite a natureza. Destaca-se que todos os seres humanos nascem com certa capacidade de potência e que o propósito do desenvolvimento humano consiste em criar uma atmosfera em que todos possam aumentar a sua capacidade e as oportunidades possam ser ampliadas. “O verdadeiro fundamento do desenvolvimento humano é o universalismo no reconhecimento das reivindicações vitais de todos” (RDH 1994, p. 4-5, 15 e ss.). Vê-se, portanto, que com o PNUD, a própria ONU começa a superar aquela ideia universal e abstrata de que os direitos humanos, de todos os povos do mundo, estariam contidos e garantidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

e mulheres dos mais diversos povos e culturas, de forma sustentável, na expressão da Organização das Nações Unidas (ONU).

É, pois, algo que envolve o caminhar da humanidade por milênios, na qual o Direito e a própria Justiça exerceram, e exercem, papel essencial. Desde as concepções ocidentais⁸ da antiguidade, passando por um direito fruto de “concessão divina”, depois como “construção humana” e finalmente como “produto da razão”,⁹ a humanidade vive em grupo para viver melhor. E a respeito, Flávia de Ávila (2014, p. 234) observa que está gravada na história documentada “a curiosidade humana em se conhecer, explicar ou controlar padrões de funcionamento da vida em sociedade, a fim de que a individualidade de cada homem possa coexistir em harmonia com as dos demais homens e de outros seres de seu ambiente”.

A definição de direitos humanos, a propósito, admite inúmeras acepções; a sua origem também. São eles comumente relacionados aos direitos naturais (inerentes à pessoa humana), no sentido de que a condição de ser homem ou mulher, por si só, é suficiente para tê-los, porquanto inatos, uma ideia que vem desde os tempos antigos, passando pela época medieval (quando direitos começam a ser registrados em documentos escritos, a exemplo da Magna Carta) e se consolida no século XVII, momento em que a temática dos direitos humanos (então direitos do homem) “se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas”, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2016, p. 25-31). O autor complementa afirmando que os direitos humanos são definidos, ainda, como direitos positivos (aqueles reconhecidos por determinado ordenamento jurídico), também chamados de direitos humanos fundamentais, “*de que direitos fundamentais são uma abreviação*”.

Há, enfim, a distinção que se faz entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pontuada por Ingo Sarlet (2007, p. 35-36):

8 A parte oriental do mundo, a seu modo e com seus valores, também tem defendido a busca de uma vida mais digna a todos. De fato, por exemplo, Mao Tsé-Tung, em sua percepção quanto ao modo mais adequado de conduzir a grande e populosa China, asseverou a maneira pela qual deveria atuar o Estado (País, Nação, Sociedade etc.): “[N]ós devemos ser modestos e prudentes, prevenir-nos contra toda a presunção e precipitação, e servir de todo o coração ao povo chinês” (TSÉ-TUNG, Mao. *O Livro Vermelho*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 124). Vê-se, pois, que Mao Tsé-Tung valorizava e defendia que os agrupamentos humanos deveriam almejar a concretização de uma vida boa, ou do bem comum, em benefício da coletividade. Ou, nas suas próprias palavras, é imprescindível “servir de todo coração ao povo”.

9 A autora faz uma abordagem bastante detalhada e abrangente sobre aspectos históricos e filosóficos relacionados ao Direito, ao Direito Natural, ao Direito Internacional e aos Direitos Humanos. São considerações e apontamentos que tratam do pensamento grego antigo (Homero, Pitágoras, Heráclito, Parmênides, Sócrates, Platão, Aristóteles e muitos outros); apresentam o “direito como concessão divina”, com o fortalecimento do cristianismo sob o império romano, quando “o Direito passou não mais a ser fruto da prática, tornando-se identificado com a lei. E esta, teve sua concepção baseada em mandamentos divinos” (p. 55); explicita o “direito como construção humana”, com o Renascimento e o Iluminismo, tempo de Maquiavel, Lutero, Calvino, Francisco de Vitória, Bartolomeu de Las Casas, Padre Antônio Vieira, Hugo Grócio, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Thomas Hobbes, John Locke e outros; e enfatiza o “direito como produto da razão humana”, com o Idealismo, o Utilitarismo e o Pragmatismo, destacando-se autores (e suas ideias) como Kant, Hegel, Jeremy Bentham, Stuart Mill, Charles Peirce, Oliver Holmes Jr., William James e John Dewey (ÁVILA, 2014).

[...] em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).

Igualmente podem decorrer, os direitos humanos (e os direitos fundamentais), de algum sistema moral; ou, ainda, são tidos como direitos históricos (não estão nem nunca estiveram dados e significam um constante construir e reconstruir, fruto da invenção humana), nas palavras de Flávia Piovesan (2015, p. 187-189) que, alinhada com o pensamento de Hannah Arendt, preleciona que eles provêm “de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório”.

É com o final da Segunda Guerra Mundial e com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁰ que os direitos humanos alcançam relevância de cunho internacional, numa tentativa de se inaugurar um sistema de proteção e um modo de vida capaz de promover a paz global. Para tanto, importante assinalar, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) “*situam-se como os primeiros marcos de processo de internacionalização dos direitos humanos*”, redefinindo-se, com eles, a concepção e o alcance do conceito de soberania estatal a permitir e consagrar os direitos humanos como tema de interesse supranacional (PIOVESAN, 2015, p. 189-195).¹¹

O que prevaleceu para o conteúdo dos direitos humanos, porém, parece ser somente aquilo que os países poderosos definem como possível e realizável, como alerta Alejandro Muñoz (2009, p. 51-71). Com efeito, cabe lembrar que após as

10 A Organização das Nações Unidas (ONU) foi fundada em 24 de outubro de 1945 (logo após a Segunda Guerra Mundial). É uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento mundiais. A ONU adota seis idiomas oficiais: inglês, francês, espanhol, árabe, chinês e russo. A ONU tem representação no Brasil desde 1947. Informações disponíveis em <https://nacoesunidas.org/conheca/>, acesso em 29 abr. 2016.

11 A autora explica a influência do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na internacionalização dos direitos humanos. O Direito Humanitário estabeleceu a proteção, em caso de guerra, a militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e aos civis, fator que criou certas regras internacionais, limitando a soberania dos países. A Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, reforçou as bases do Direito Humanitário e instituiu compromissos pelos quais os Estados se comprometiam a assegurar, por exemplo, condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças, sob pena de sanções econômicas e militares a serem impostas pela Comunidade Internacional. Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho, também instituída na época, passa a atuar pela promoção de padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. Todas elas, afirma a autora, “cada qual a seu modo, contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos; seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado”.

grandes guerras mundiais é apresentada ao mundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948). O que está nela previsto, no entanto, não tem caráter universal nem na elaboração tampouco na aplicação, até porque foi escrita e aprovada sem a participação da maioria dos povos do mundo e seu conteúdo retrata, no máximo, a marca ocidental e liberal do discurso dominante sobre o que se entende por direitos humanos.

Ora pois, atualmente são identificados de modo consensual pelo menos quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático, no dizer de Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 3-45). Ademais, culturas como a chinesa e a hindu, formadas por bilhões de pessoas, “não valorizam direitos mas ‘obrigações’, ‘virtudes’ etc.” e “não possuíam, antes da influência europeia, concepção equivalente à de direitos (humanos) fundamentais” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 31).

Outros ajustes internacionais, no pós-guerra, foram construídos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981) etc., que acabam por retratar o esforço de se transformar em normas supranacionais “direitos reconhecidos mais nos papéis do que nas práticas estatais e sociais”, pois continuam profundas as desigualdades socioeconômicas nos países mais pobres, como assinala Carmen Rodríguez Salgado (2001, p. 53-62). Ao se tratar de direitos humanos e direitos fundamentais, então, é preciso definir com precisão do que exatamente se fala.

O que são eles? A partir de uma perspectiva crítica são, os direitos humanos (e fundamentais, no plano interno), meios (entre tantos outros existentes) para que homens e mulheres possam ter acesso a bens ou serviços, materiais e imateriais, aptos a satisfazer suas necessidades, como integrantes de um grupo social (ou não) e em busca de uma vida digna de ser vivida. Ou seja, quando uma norma (escrita ou não), nacional ou internacional, expressar que o ser humano tem direito à alimentação, à saúde, à moradia, à educação etc., trata-se de um instrumento para que cada ser humano, no contexto concreto onde vive e se desenvolve (da floresta à megalópole), tenha possibilidade de acessar bens e/ou serviços que satisfaçam sua necessidade de se alimentar, de morar, de ter uma vida saudável e uma educação adequada. Afinal, o direito (e em seu âmago os direitos humanos) deve ser entendido como “*una técnica de regulación y de garantía que está siempre condicionada por el ambiente y el contexto del que surge y para el que surge*” (HERRERA FLORES, 2011, p. 15).

Os direitos humanos, sendo instrumentos (meios) que vão se formando e se alterando conforme as condições que os cercam (históricas, sociais, culturais, econômicas, políticas etc.), constituem o resultado, sempre provisório, dos processos de luta (reivindicações) que são postos em prática, por homens e mulheres, pela efetivação da dignidade humana. Os resultados obtidos com as práticas sociais (direitos humanos alcançados) trazem consigo o desafio de serem mantidos, para se evitarem retrocessos, bem como o alerta de que fixar direitos humanos (ou fundamentais) em normas não significa que a luta está ganha nem terminada; ao revés, é imprescindível que os atores sociais continuem tendo espaço, voz e vez, para que o que foi reivindicado e transformado em texto normativo (convenções internacionais,

constituições, leis etc.) não se encerre em si mesmo, num mundo formal e abstrato, sobretudo porque o direito – e os direitos humanos e fundamentais – não é algo a ser apropriado por especialistas (juristas), visto que regulam a vida de todos.

A concepção, que vem de Herrera Flores (2005b, p. 244), é digna de nota:

Los derechos humanos, en su integralidad y desde el universo normativo de resistencia que defendemos en estas páginas, constituyen algo más que el conjunto de normas formales que los reconocen y los garantizan a un nivel nacional o internacional. Los derechos humanos como productos culturales forman parte de la tendencia humana ancestral por construir y asegurar las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que permiten a los seres humanos perseverar en la lucha por la dignidad, o lo que es lo mismo, el impulso vital que, en términos spinozianos, les posibilita mantenerse en la lucha por seguir siendo lo que son: seres dotados de capacidad y potencia para actuar por sí mismos.

O jurista e filósofo espanhol salienta a importância dos direitos humanos como resultado de lutas (reivindicações) rumo à construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que possibilitem o empoderamento de todos e todas para que, de modo plural e diferenciado, possam viver uma vida digna de ser vivida. Ademais, nos faz refletir sobre a necessidade de reconhecimento do outro, respeito às diferentes posições, reciprocidade no sentido de retribuir o que recebemos do social, responsabilidade a assumir e a exigir, bem como redistribuição de bens, de renda, de poder etc. E, enfim, clama a todos:

Imaginemos nuevos mundos. Construyamos las condiciones que nos permitan llegar a ellos. Empoderemónos mutuamente. Luchemos por los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad humana. Claves necesarias para la implementación efectiva y material de nuestro imaginário social instituyente (HERRERA FLORES, 2005a, p. 255).

Os desafios pós-pandêmicos estão por vir e, entre eles, a definição do que será efetuado de concreto em favor dos vulneráveis povos das águas atingidos em sua existência pelo grave desastre socioambiental de derramamento de óleo no mar que impactou o Brasil.

3 · O DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MAR, NA COSTA BRASILEIRA E NORDESTINA: CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA SOBRE IMPACTOS, MEDIDAS E RESPONSABILIDADE EM DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O derramamento de óleo que, em 2019, impactou toda a Região Nordeste (atingindo também o Espírito Santo e o Rio de Janeiro) é o maior do Brasil em extensão (mais de dois mil quilômetros) e, possivelmente, do mundo. O incidente é tão significativo que supera em quatro vezes o último grande vazamento ocorrido no território brasileiro, registrado na Baía de Guanabara (RJ) há mais de duas décadas, no dia 18 de janeiro de 2000. Na ocasião, foi liberada cerca de 1,1 mil toneladas de óleo combustível na região. O causador foi identificado rapidamente. O incidente de 2019, entretanto, após cerca de um ano de sua ocorrência, não teve responsável determinado, apesar de as investigações seguirem em andamento. Ao todo, dos locais atingidos, foram retiradas mais de 4,5 mil toneladas de petróleo.

Fato é que, desde o surgimento das primeiras manchas de óleo, em 30 de agosto de 2019, no litoral paraibano, foram mais de mil localidades (praias, rios, ilhas e mangues) atingidas em pelo menos 125 municípios brasileiros, a maior parte na Região Nordeste.¹²

O Ministério Público Federal, desde o princípio do desastre socioambiental, acompanhou o caso com o propósito central de atuar em defesa dos direitos fundamentais daqueles diretamente atingidos, bem como proteger o meio ambiente.

Nesse toar, após tentativas infrutíferas de soluções negociadas com a União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), foi ajuizada, em Sergipe, a primeira ação civil pública, em 11 de outubro de 2019, objetivando a implementação das medidas necessárias para a contenção, o recolhimento e a adequada destinação do material poluente (óleo), com foco na proteção de áreas sensíveis, utilizando-se do Mapeamento Ambiental para Resposta à Emergência no Mar (MAREM),¹³ com o emprego das melhores e mais adequadas técnicas. Postulou-se, em específico, o acionamento dos denominados Planos Estratégicos de Proteção de Áreas Vulneráveis (PPAVs) existentes e aprovados pelo IBAMA em relação a toda a costa sergipana, observando-se integralmente os procedimentos e fluxogramas relacionados às regiões de praias, de manguezal, fluvial e estratégias específicas. Como a ênfase era a imediata realização de medidas protetivas, requereu-se também a colocação de barreiras de contenção, com o consequente monitoramento dos principais rios. Em sequência, foram reproduzidas demandas judiciais similares na Bahia, em Alagoas e também em Pernambuco. A finalidade, vale ressaltar, era garantir o máximo de proteção às áreas sensíveis e assim evitar ou minorar danos aos povos das águas e ao meio ambiente como um todo.

Deveras, o modo de viver das comunidades tradicionais, considerando a sua relação com o mar, os rios, os estuários, os manguezais etc., precisava ser protegido diante do derramamento de óleo. Era fundamental, por conseguinte, a utilização das melhores e mais adequadas técnicas. Não obstante os esforços do MPF, não foi possível convencer o Poder Executivo Federal, tampouco a Justiça Federal, sequer da necessidade de se debater sobre o que e como fazer. Prevaleceu a assertiva genérica do “ineditismo da situação” e da “inutilidade de uso de barreiras” para o “óleo superficial, mais denso”. Desprotegidas, as áreas sensíveis se tornaram ainda mais vulneráveis e os danos se avolumaram, dia após dia, mancha após mancha. Era preciso a adoção de novas e urgentes medidas para proteger direitos fundamentais.

3.1 · O PLANO NACIONAL DE CONTINGÊNCIA PARA INCIDENTES DE POLUIÇÃO POR ÓLEO EM ÁGUAS SOB JURISDIÇÃO NACIONAL: INSTRUMENTO PARA GERIR CRISES

O óleo prosseguia em avanço significativo pelos nove estados do Nordeste, devido às correntes marítimas. De pronto, em plataforma virtual, representantes do

12 Os dados oficiais estão disponíveis nas páginas eletrônicas do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (<https://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo>) e também da Marinha do Brasil (<https://www.marinha.mil.br/manchasdeoleo>). Acesso em: 1º dez. 2019.

13 Informações sobre o MAREM disponíveis em: <http://www.marem-br.com.br/>. Acesso em: 1º dez. 2019.

MPF de Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe se reuniram e deliberaram pelo ajuizamento de nova ação civil pública. A demanda judicial, ajuizada em 17 de outubro de 2019, teve por objetivo compelir a União a acionar o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, o PNC, nos termos dos regulamentos vigentes,¹⁴ para dar início a todas as medidas necessárias, com o objetivo de permitir a atuação coordenada de órgãos da Administração Pública e de entidades públicas e privadas, de modo a ampliar a capacidade de resposta em incidentes de poluição por óleo que possam afetar as águas sob jurisdição nacional e minimizar danos ambientais, evitando prejuízos para a saúde pública.¹⁵

Os pleitos do MPF, entre outros, foram no sentido de que se determinasse à União o acionamento do PNC (instrumento elaborado para gerir crises dessa envergadura), reconhecendo-se a “significância nacional” do incidente de poluição por óleo e fazendo-o funcionar com suas estruturas e composições previstas, notadamente o Comitê Executivo e o Comitê de Suporte, empregando-se todos os recursos humanos, materiais e financeiros necessários para se garantir a melhor capacidade de resposta possível ao desastre socioambiental. Pugnou-se, também, que o coordenador operacional cumprisse integralmente seu papel nos termos da legislação. Requereu-se, por fim, que o Comitê de Suporte do PNC observasse aspecto essencial, que era convidar a participar do colegiado “um representante do órgão estadual do Meio Ambiente de cada Estado afetado”, bem como fossem utilizados os instrumentos previstos, entre os quais as “cartas de sensibilidade ambiental”, “os planos de ação dos órgãos ambientais federais, estaduais e municipais em incidentes de poluição por óleo” e o “Sistema de Comando de Incidentes”.¹⁶

E em se tratando de defesa de direitos fundamentais, imprescindível dar voz e vez às comunidades vulneráveis impactadas. Dentre várias iniciativas, cumpre destacar a atuação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) e a Carta dos Povos das Águas à Sociedade sobre o derramamento de óleo no litoral nordestino.

Igualmente importante o posicionamento conjunto firmado pelos nove estados do Nordeste do Brasil em relação ao desastre socioambiental.

3.2 · A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. A CARTA DOS POVOS DAS ÁGUAS À SOCIEDADE. O POSICIONAMENTO DOS ESTADOS DO NORDESTE

Os povos e as comunidades tradicionais, que vivem com seu estilo próprio de vida, sofrem os efeitos mais graves e imediatos do derramamento de óleo no litoral brasileiro, porquanto é afetada a própria subsistência e o modo de ser dessas famílias

14 A matéria é regulada pela Lei n. 9.966/2000, que “dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional [...]” e, especialmente, pelo Decreto n. 8.127/2013 que “[i]nstitui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional [...] e dá outras providências”.

15 Ao teor do art. 1º do Decreto n. 8.127/2013.

16 Com detalhamento das disposições do Decreto n. 8.127/2013.

(danos existenciais). “Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital” (BEBBER, 2009, p. 28-29). São pescadores artesanais, marisqueiras, catadores de caranguejo e demais povos da região que dependem dos ecossistemas atingidos pelo óleo, como rios, estuários e manguezais. A vida dessas pessoas é isso. Aprenderam com os ascendentes e ensinam aos descendentes. O desastre socioambiental afeta seus projetos de vida e suas relações.

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), entre os dias 23 e 25 de outubro de 2019, realizou missão a localidades afetadas pelo derramamento de óleo na Bahia e em Sergipe. Nela restou visibilizado o drama vivenciado pelas famílias que integram os povos das águas.¹⁷ À ocasião, foi lida a Carta dos Povos e Comunidades Tradicionais à Sociedade sobre o derramamento de óleo no litoral nordestino, documento elaborado por quem literalmente sente na pele, no corpo e na alma os efeitos do desastre socioambiental,¹⁸ a saber:

Nós, pescadoras e pescadores artesanais, marisqueiras, catadoras e catadores de mangaba, quilombolas, camponesas e camponeses e demais povos e comunidades tradicionais costeiras, dependentes dos territórios pesqueiros, dependentes das dinâmicas das águas, marítimas e continentais e seus ecossistemas como restingas e manguezais, denunciamos ao poder público e à sociedade civil, os impactos irreversíveis causados pelo gravíssimo crime ambiental decorrente do derramamento de óleo no litoral nordestino. [...]

O óleo derramado – e a omissão do Estado brasileiro na resolução e contingenciamento do problema – atinge de forma direta o equilíbrio do meio ambiente e, conseqüentemente, a pesca, a mariscagem e a cata das frutas nativas e as demais formas de agroextrativismo nestas áreas. [...]

O cheiro dos rios, dos mangues e do mar é o cheiro de nossos corpos. A política de desenvolvimento custa a natureza, custa as comunidades tradicionais, custa a vida. Enquanto o petróleo é derramado sobre nós, o governo se preocupa com o leilão de novos blocos exploratórios. [...]

17 Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/2019.10.25resultadomissoleononordeste.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2019.

18 Disponível em: <http://pacs.org.br/2019/10/25/povos-e-comunidades-tradicionais-de-sergipe-promovem-carta-publica-sobre-derramamento-de-oleo-no-nordeste/>. Acesso em: 2 nov. 2019. O documento é assinado por inúmeras associações de pescadores, marisqueiras, agroextrativistas, catadoras de mangaba, catadores de caranguejo, quilombolas e entidades do Nordeste e de todo o Brasil, bem como de outros países, inclusive de estudiosos, entre os quais: Conselho Pastoral dos Pescadores – Regional Nordeste; Coordenação Nacional Quilombola (CONAQ); Rede Latino-americana de Ecologia Humana; União Brasileira de Mulheres (UBM-SE), Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME); Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB); Coordenação Nacional de Comunidades Tradicionais Caiçara; Fórum de Comunidades Tradicionais de Paraty, Angra dos Reis e Ubatuba; Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul (PACS); Movimento Nacional dos Pescadores; Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Dhesca Brasil; Marcha Mundial das Mulheres (MMM); Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social; Círculo Argentino de Agroecología CirAA; Grupo de Trabajo CLACSO Estudios Críticos del Desarrollo Rural; Encuentro Latinoamericano de Universidades Transformadoras del Medio y de la Realidad Social; Centros Interdisciplinarios de Salud Comunitaria y Desarrollo Local; Universidad de la Frontera – Chile; Grupo de Investigación: “Conflicto, Región y Sociedades Rurales”, de la Universidad Javeriana de Bogotá; e Centro de Innovación y Desarrollo para la Acción Comunitaria (CIDAC).

Não é de hoje que denunciemos o nosso extermínio, Povos e Comunidades Tradicionais que fazemos da natureza o lugar onde nascemos, crescemos e produzimos a vida. Estamos sendo impedidos e impedidas de praticar a pesca, a coleta das frutas nativas, a mariscagem, a agricultura. Nosso território está sendo destruído e cercado. [...]

Nós nos somamos ao coro de toda sociedade pela limpeza imediata das áreas e contenção do óleo antes que adentrem em locais de difícil remoção, como mangues, arrecifes e rios. Em muitos lugares, nós, em mutirões, temos sido responsáveis pela retirada do óleo, muitas vezes sem apoio ou orientação dos poderes públicos. Mas defender nosso ambiente é necessário e não podemos esperar.

Por sobrevivência, muitos e muitas de nós estamos exercendo nossas atividades em ambientes contaminados ou não teremos o que comer e como alimentar nossas famílias. Reivindicamos políticas de indenização imediata que assegurem renda básica e dignidade a nossa gente. O seguro defeso é um direito dos pescadores e pescadoras e não uma política de reparação de crimes ambientais. [...]

Ressaltamos a necessidade de ter uma política que reconheça a existência de uma cadeia produtiva comunitária diretamente atingida que não se restringe aos pescadores e pescadoras beneficiárias do seguro defeso. Somos também homens e mulheres que atuamos no beneficiamento do pescado, no trabalho doméstico, no turismo de base comunitária, no comércio formal e ambulante, entre outras atividades que necessitam de uma política pública que viabilize as condições de vida diante deste crime ambiental. [...]

Não temos uma política de saúde comprometida com as nossas demandas e isto fica ainda mais evidenciado com o crime ambiental do derramamento do petróleo. São inúmeros os casos, entre nós e em diversas comunidades, de queimaduras e coceiras na pele, ardência nos olhos, infecções intestinais. O óleo, quando em contato com os pelos e cabelos, é impossível de ser retirado, só nos restando a raspagem. [...]

É necessário que o poder público e o sistema de justiça, nas suas diferentes instâncias e órgãos, se articulem com ampla participação da sociedade civil e de nossas entidades representativas para garantir o que é nosso por direito. [...]

O crime ambiental do derramamento do óleo nas praias é mais uma etapa do avanço dos megapreendimentos sobre as nossas comunidades. A ação da indústria petrolífera – e energética de modo geral – impacta diretamente nós, Povos e Comunidades Tradicionais. Afugentam o pescado com a super sonoridade, nos expulsam de nossos territórios, matam os nossos mares com derramamento de óleo, entre outros crimes. Estas indústrias se somam a outras, como a carcinicultura (carcimorte), que destrói os manguezais, polui as águas e altera os nichos de todas as espécies costeiras; A pesca predatória, que acaba com as comunidades de peixes; [...]

Em pouco tempo, nossas comunidades não poderão realizar as atividades e comercializar o pescado e outros produtos da sociobiodiversidade, fonte de renda de nossas famílias. Em longo prazo, ficam ameaçadas a segurança hídrica, econômica e nutricional de nossas comunidades – e da sociedade como um todo. [...]

A reparação histórica e pelo derramamento do óleo se dará com a garantia de permanência plena em nossos territórios. Diante disto, ecoamos nosso grito por demarcação e regularização dos nossos territórios já! Pela regularização dos

territórios das comunidades tradicionais pesqueiras! Pela demarcação e titulação dos territórios quilombolas! Pela demarcação das reservas extrativistas das catadoras de mangaba!

Tire óleo do caminho que eu quero passar

Tire o óleo do caminho que eu quero pescar

Tire o óleo do caminho que eu quero mariscar

Tire o óleo do caminho que eu quero catar

Tire o óleo do caminho, aqui é meu lugar

(Fio, Pacatuba/Sergipe) [...]

A visão dos entes estaduais também revela a extensão da problemática. No dia 6 de novembro de 2019, os nove governadores do Nordeste firmaram a “Carta do Recife”,¹⁹ registrando amplo descontentamento com o modo de proceder da União no desastre socioambiental:

[...]

1. Os Governadores, assim como já exposto na nota “Manchas de óleo nos convocam à ação: O Brasil não pode esperar mais!”, publicada por este mesmo Consórcio em 30 de outubro, continuam a manifestar sua preocupação à falta de celeridade no processo de combate e contenção às manchas de óleo por parte do Governo Federal, tendo em vista que o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por óleo ainda não foi colocado, na sua concretude, em prática.

2. Os governadores dos Estados, cobram, mais uma vez, a atuação integrada e obstinada do Governo Federal na resolução desse gravíssimo crime ambiental. Não obstante a isso, os Estados trabalham de forma conjunta, compartilhando informações entre si para que haja uma coordenação das ações, efetivo conhecimento dos impactos ambientais e sociais, busca e disponibilidade de auxílios, além de se articularem com universidades a fim de manter um processo contínuo de avaliação dos efeitos dessas tragédias com investimento e pesquisa e desenho de estratégias para mitigação. [...].

E, importante pontuar, a ausência de identificação da fonte causadora dos danos socioambientais em exame faz surgir a indagação: de quem é, afinal, a responsabilidade civil pelas medidas necessárias de prevenção e reparação ante um causador desconhecido?

3.3 · A RESPONSABILIDADE EM CASO DE MANCHAS (DE ÓLEO) ÓRFÃS

O termo “manchas órfãs”²⁰ é utilizado com referência ao aparecimento de substâncias oleosas em águas marinhas, estuarinas ou fluviais cuja fonte poluidora não foi identificada. É o caso do derramamento de óleo em questão, uma vez que, como frisado, decorrido um ano desde sua ocorrência, não se identificou a origem do incidente. E quem se responsabiliza pelas medidas necessárias em casos assim?

19 Disponível em: <http://www.secom.ba.gov.br/arquivos/File/CARTADORECIFE6nov19.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2019.

20 A explicação é da CETESTB (Companhia Ambiental de São Paulo). Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/emergencias-quimicas/tipos-de-acidentes/vazamentos-de-oleo/manchas-orfas>. Acesso em: 10 ago. 2020.

O Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, o PNC, é cristalino. Observe-se que o Decreto n. 8.127/2013, que institui o PNC, explicita que os órgãos e instituições integrantes de sua estrutura organizacional “incluirão na previsão de seus orçamentos recursos financeiros específicos para o cumprimento de suas atribuições previstas neste Decreto” (art. 25). E, em sequência, sedimenta que os custos referentes à requisição de bens e serviços disponíveis e necessários às ações de resposta aos incidentes por óleo “serão ressarcidos integralmente pelo poluidor”, mas, enquanto ele não for identificado, “os custos relativos às atividades de resposta e mitigação serão cobertos pelo Poder Executivo Federal” (art. 27 e §§ 1º e 2º).

A legislação de regência, a propósito, prevê o “Manual do PNC”, definindo-o como o “documento técnico que contém, de forma detalhada, procedimentos operacionais, recursos humanos e materiais necessários à execução das ações de resposta em incidente de poluição por óleo de significância nacional”.²¹ O Manual do PNC²² também é esclarecedor, visto que dispõe, entre outras situações, acerca de incidente de poluição por óleo de origem desconhecida (as chamadas manchas órfãs). A respeito, o documento oficial consigna:

Mobilização dos Recursos dos Comitês Executivo e de Suporte

Caso existam evidências de que os procedimentos adotados pelo Responsável pelo Incidente não são adequados, que os equipamentos e materiais necessários para o combate não são suficientes, que o Responsável pelo Incidente precisa de auxílio para realizar determinada ação, e, ainda, se os procedimentos e estrutura previstos nos planos de áreas não se mostraram adequados à resposta de incidente de poluição por óleo de origem desconhecida, o Coordenador Operacional mobiliza as instâncias, consideradas necessárias, de gestão do PNC, de imediato, para facilitar, adequar e ampliar a capacidade das ações de resposta ao incidente. [...]

Os recursos humanos e materiais, disponibilizados pelos Comitês Executivo e de Suporte, devem ser utilizados em ações de facilitação e ampliação da capacidade de resposta do poluidor. As despesas com o deslocamento e a operacionalização dos recursos materiais, bem como despesas com deslocamento, hospedagem e alimentação de recursos humanos disponibilizados pelos órgãos públicos que compõem os Comitês Executivo e de Suporte, serão custeadas por meio de recursos financeiros da própria instituição cedente, que serão posteriormente ressarcidas. [...]

E, por fim:

Ressarcimento de bens e serviços no PNC

Os custos referentes ao uso de recursos providos pelo responsável de qualquer instalação ou pelos órgãos da Administração Pública serão ressarcidos integralmente pelo responsável pelo incidente (poluidor).

Quando o poluidor não é conhecido, o ressarcimento desses custos cabe ao Poder Executivo Federal. [...]

21 Decreto n. 8.127/2013, art. 2º, inciso VII.

22 O Manual do Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional – PNC foi aprovado em ata na terceira reunião do Comitê Executivo do PNC, em 2018. Versão integral juntada e disponível nos autos da Ação Civil Pública número 0805679-16.2019.4.05.8500, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Sergipe.

E assim é pelo fato de que os danos socioambientais causados devem ser reparados. A regra é que a responsabilidade recaia sobre o poluidor, mas caso ele não seja identificado, o responsável é o Poder Executivo Federal. Outrossim, apesar de o Brasil ser um dos maiores produtores de petróleo do mundo, inexplicavelmente não institui fundos preventivos nem adere aos existentes no cenário internacional. É algo a ser revisto.

4 · O PETRÓLEO: ATIVIDADE ECONÔMICA DE ALTO RISCO. A INSTITUIÇÃO DE FUNDOS

A poluição por navios (que parece ser o caso do desastre socioambiental no litoral brasileiro em 2019),²³ é válido assinalar, ganhou mais atenção a partir de 1967, com o incidente envolvendo o navio petroleiro *Torrey Canyon*, quando 120 mil toneladas de petróleo foram derramadas no mar, contaminando a costa sudoeste do Reino Unido e a zona costeira da França.

O caso pôs em evidência a falta de um acordo internacional sobre responsabilidade e indenização em situações de desastres dessa grandeza. O mundo começava a aprender e a comunidade internacional estabeleceu, por meio da Organização Marítima Internacional (OMI), um regime para indenizar as vítimas de contaminação por hidrocarbonetos. A Convenção é firmada no ano de 1969.

Mais tarde, em 1971 é instituído um fundo internacional de indenização por danos causados pela contaminação de hidrocarbonetos (Convenção de 1971). O tempo passou e se fez presente a necessidade de serem incrementadas as quantias de indenização e de ampliar a aplicação do regime, diante do alto grau de poluição por petróleo (Convenções de 1992).

Em 2003, em razão dos graves incidentes envolvendo os petroleiros *Erika* (que em 1999 derramou 19.800 toneladas na costa ocidental da França) e *Prestige* (que em 2002 derramou 63.200 toneladas na costa da Espanha, França e Portugal), se estabeleceu um fundo complementar (Protocolo de 2003 à Convenção de 1992).

Cabe ressaltar que, desde que foi constituído, em 1971 e em 1992, o fundo internacional já atuou em 150 incidentes de diferentes magnitudes no mundo. Na grande maioria, todas as reclamações foram resolvidas extrajudicialmente.

Os fundos internacionais em exame (*International Oil Pollution Compensation Funds – IOPC FUNDS*),²⁴ além de vários Estados-Partes, têm como observadores organizações intergovernamentais e não governamentais, entre as quais: Comissão Europeia, Nações Unidas, Organização Marítima Internacional, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), Comitê Marítimo Internacional, Foro Marítimo Internacional de Companhias Petroleiras, Instituto Ibero-Americano de Direito Marítimo, Organização Internacional para o Controle de Derrames (ISCO e ITOPF).

23 A Marinha do Brasil e a Polícia Federal anunciaram oficialmente a suspeita em 1º de novembro de 2019. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/nota_a_imprensa_-_inquerito_oleo_1-1.pdf. Acesso em: 1º dez. 2019. A suspeita de que um navio grego teria causado o derramamento de óleo em curso ainda não se confirmou.

24 Informações em: <https://iopcfunds.org/es/acerca-de-los-fidac/observadores/>. Acesso em: 2 nov. 2019.

Os IOPC FUNDS disponibilizam valores para custear operações de limpeza e medidas preventivas, ressarcir danos materiais, recompor perdas econômicas de pescadores e de outras pessoas dedicadas a atividades congêneres, recompor perdas econômicas no setor do turismo, custear medidas de restauração do meio ambiente.

O Brasil poderia vir a ser indenizado em relação ao grave desastre socioambiental de 2019, gerador de significativos impactos socioambientais, com valores de até R\$ 1,18 bilhão e R\$ 3 bilhões. Contudo o País, embora signatário da Convenção de 1969, por aí parou. Não há adesão brasileira ao fundo internacional (que tem 115 Estados-Partes) nem ao fundo complementar (com 32 Estados-Partes). O Brasil ficou e está para trás.

A atividade de produção de petróleo é imensa no Brasil. O País totalizou cerca de três milhões de barris por dia em agosto de 2019, com alta de 18,5% na comparação anual e novo recorde mensal, como amplamente divulgado pela imprensa nacional. Os recordes brasileiros “estão baseados na expansão da produção no pré-sal, oriunda de 110 poços, que atingiu 1,928 milhão de bpd (barris por dia, ou ‘barrels per day’)”.²⁵ E com o “megaleilão do petróleo do pré-sal”, o País pretende superar a China e se igualar aos Emirados Árabes (e obter as vantagens econômicas disso, se tornando o sétimo maior produtor de petróleo do mundo).

É fato que 69,96 bilhões de reais foram arrecadados em 6 de novembro de 2019, com o megaleilão do petróleo (só no ato), o que corresponde ao maior valor já levantado no mundo em um leilão do setor de petróleo em termos de pagamento de bônus de assinatura (o valor que os interessados pagam pelo direito de exploração); e outros bilhões deverão ser aportados aos cofres públicos brasileiros ao longo dos próximos anos. Entretanto, o Brasil, além de não aderir aos fundos internacionais, também não institui fundo próprio.

Os Estados Unidos da América, por exemplo, após o gigantesco acidente com o navio *Exxon Valdez* (que, em 1989, derramou 41 mil toneladas de óleo no Alasca, matando mais de 250 mil aves, milhares de baleias, de lontras marinhas e peixes), há cerca de trinta anos instituiu fundo para custear a recuperação dos danos não cobertos pelos responsáveis. O fundo era então constituído pela cobrança de cinco centavos de dólar por barril de petróleo, limitando-se ao valor máximo de um bilhão de dólares como indenização.

O Brasil precisa rever urgentemente o modo como trata a atividade econômica do petróleo, potencialmente poluidora em alto grau.

5 · A ORDEM ECONÔMICA, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MEIO AMBIENTE

A Carta Maior, em relação à ordem econômica, assevera que, além de estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.²⁶ E visto que o modo

25 Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/02/producao-de-petroleo-do-brasil-sobe-18percent-e-tem-recorde-em-agosto-diz-anp.ghtml>. Acesso em: 3 nov. 2019.

26 Art. 170, *caput*, da Constituição da República.

de ser e viver das comunidades tradicionais em tela está diretamente relacionado ao meio ambiente como um todo, aplicáveis também os princípios reitores da matéria.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, reconhecido pelo art. 225 da Constituição. Os direitos fundamentais estão intimamente relacionados ao próprio objetivo da República Federativa do Brasil de assegurar a todos uma vida digna, sendo possível reconhecer, a partir de preceitos constitucionais, uma dimensão ecológica do princípio da dignidade da humana. O ensinamento, de Ingo Sarlet (2010, p. 14-48), reafirma que a consagração da proteção ambiental como direito fundamental atribui-lhe uma dupla funcionalidade, qual seja: 1) a identificação de um objetivo e de uma tarefa estatais e 2) a de direito e correlato dever fundamental do indivíduo e da coletividade. A condição de direito humano e, portanto, de valor axiológico integrante do conteúdo da dignidade humana justifica uma interpretação dinâmica da Constituição da República.

A leitura e a práxis do direito consideradas desde essa dinâmica de coerência são definidas por Dworkin como integridade. Logo, a hermenêutica, em especial a constitucional, deve se orientar pela aceitação de princípios deontológicos (DWORKIN, 2003, p. 255).

A análise do direito como integridade parte da premissa maior de que, do fato de as pessoas fazerem parte de uma comunidade genuína, decorre a aceitação de que existem princípios comuns que as governam e que orientam as decisões que a elas devem ser aplicadas. E do ponto de vista dos princípios deontológicos que integram a identidade constitucional e, conseqüentemente, o projeto político em torno do qual a sociedade brasileira se vê reunida, destacam-se os princípios da indisponibilidade do interesse público, do poluidor-pagador, da precaução, prevenção e reparação integral do dano ambiental.

E, nesse prisma, o dever de defender o meio ambiente é solidário entre o Poder Público e a coletividade, de acordo com a Constituição da República. Os entes públicos que detêm competências ambientais possuem o dever legal de evitar a ocorrência de danos ambientais (responsabilidade retrospectiva) e, caso esses venham a ocorrer, impõe-se-lhes a obrigação de adotar todas as medidas necessárias à mitigação, recuperação e compensação do dano ambiental (responsabilidade prospectiva). E essa responsabilidade prospectiva guarda integral relação com o marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225; 23, VI e VII; e 170, VI da Constituição) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente), na esteira de importante precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).²⁷

O dizer de Édis Milaré (2015, p. 444) vem à tona:

[...] o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever controlar e impedir que aconteçam. Esta posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público, em todas as suas facetas e níveis, e à coletividade o dever genérico de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes

27 STJ. REsp 1071741/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 24/03/2009 - DJe 16/12/2010.

e futuras gerações. Assim, afastando-se da obrigação legal de agir, ou agindo deficientemente, deve o Estado responder por sua incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado, que, por direito, deveria sê-lo. Nesse caso, reparada a lesão, a pessoa jurídica de direito público em questão poderá demandar regressivamente o direto causador do dano.

Ademais, quanto ao derramamento de óleo no litoral brasileiro em tela, é digna de menção a Nota Pública dos Servidores Ambientais Federais (integrantes do Ministério do Meio Ambiente – MMA; do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio; e do Serviço Florestal Brasileiro – SFB),²⁸ datada de 14 de novembro de 2019, ao apontar o quanto medidas que deveriam ser realizadas pelo Poder Executivo Federal não o foram ou ocorreram tardiamente, fatores que agravaram os impactos sobre os povos das águas.

O documento, entre outros aspectos, salienta:

Especificamente sobre as ações dos órgãos ambientais federais, destaca-se que áreas técnicas relevantes não foram envolvidas assim que foi enviado o ofício a Marinha do Brasil, que poderiam apoiar prontamente no assessoramento das ações do Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA), a exemplo do INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais), do Centro Nacional de Monitoramento de Informação Ambiental (Cenima) e da equipe do Ibama responsável pelo Licenciamento Ambiental das atividades de petróleo e gás, que tem larga experiência nessa área. Apenas recentemente parte dessas equipes passaram a contribuir nas ações para contenção e mitigação do desastre. Desde 2016, o Cenima executa monitoramento rotineiro de vazamentos de óleo. Com quadro técnico qualificado, poderia ter apoiado desde o início a investigação da origem do vazamento, de forma articulada com outras instituições, como o INPE e as universidades, evitando inúmeros alertas falsos publicados pela imprensa que contribuíram negativamente na gestão do evento e na informação à população. [...]

O monitoramento aéreo ficou restrito a 10 km de distância da costa, enquanto os indícios do vazamento já indicavam que teria acontecido em alto mar e, portanto, para uma busca mais efetiva da origem do vazamento, seria recomendado que ela acontecesse numa faixa de 200 a 800 km da costa. A opção por monitoramento próximo à costa limitou-se a identificar a chegada do óleo na praia, medida não eficaz para apoiar as ações locais e para reduzir os danos ambientais. [...]

O MMA ao negligenciar o seu papel articulador com estados e municípios, também deixa de acionar outras áreas técnicas do Sisnama, que já desenvolvem ações cooperadas, a exemplo do Plano Nacional de Prevenção, Preparação e Resposta Rápida a Emergências Ambientais com Produtos Químicos Perigosos (P2R2) e do Gerenciamento Costeiro. [...]

Essas questões poderiam ser resolvidas ou minimizadas se o comando de incidente estivesse trabalhando de forma integrada e transparente em relação às informações que estão sendo produzidas pelas diversas frentes. Ao contrário, em virtude da condução reativa e centralizadora por parte do MMA, que não acionou plenamente o PNC, é estarrecedor que só recentemente as áreas técnicas do governo federal (Ibama, ICMBio e Inpe) estejam contribuindo nas ações para

28 Disponível em: http://www.ascemanacional.org.br/wp-content/uploads/2019/11/ASCEMA-Nota-derrame-de-oleo_14nov2019-2.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

contenção e mitigação do desastre. Alertamos a sociedade sobre o desmonte das políticas e das Instituições ambientais, que tem levado à morosidade da resposta do Estado brasileiro, com alto custo à sociedade. Ainda que as instituições estejam tentando desempenhar o seu papel, a situação do GAA e do comitê de suporte é de informalidade perante os órgãos de controle, uma vez que não há ato normativo restituindo esses colegiados. Relembramos que o Brasil dispõe de arcabouço legal e de instituições qualificadas que poderiam ter tratado com clareza. [...].

E para além de erros e acertos, ações e omissões, fato é que os danos existenciais aos povos das águas precisam ser adequadamente valorados e reparados.

6 · OS DANOS EXISTENCIAIS CAUSADOS AOS POVOS DAS ÁGUAS E SUA VALORAÇÃO

O modo de viver dessas comunidades tradicionais é alvo de impactos sem dimensão: riscos à saúde, à vida, à subsistência e à própria razão de existir.

A constitucionalização do direito privado, remarque-se, fez com que o patrimônio (então elemento central do direito civil) cedesse espaço à pessoa, em seus mais variados aspectos, o que ocorre também na responsabilidade civil.²⁹ Por isso, doutrinadores pátrios entendem (adequadamente) que restringir a reparação dos danos somente aos materiais e morais não é suficiente ante o eixo reitor constitucional da dignidade da pessoa humana, que merece proteção em sua mais ampla abrangência (ALMEIDA NETO, 2005, p. 19).

O dano existencial, originado no direito italiano, como categoria independente, decorre do reconhecimento da necessidade de se protegerem atividades realizadas da pessoa, o seu bem-estar, a sua felicidade. É uma formulação de certa forma assemelhada ao que os franceses denominam de “danos à vida de relação” (*préjudice d’agrément*) e ao que o direito inglês, o direito australiano e o direito estadunidense chamam como *loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life* ou *hedonic damages* (SOARES, 2009, p. 14). O dano existencial, que diz respeito aos projetos de vida das pessoas e a suas relações, é uma lesão de natureza extrapatrimonial que atinge diretamente a condição de existência do lesado e a forma com a qual este se comunica com o mundo, de modo que a vítima tem sua rotina alterada e suas metas de vida obstaculizadas (SILVA; MODESTO, 2017, p. 341).

29 A respeito da superação da valoração do patrimônio para a pessoa e sua dignidade, vale selar que a Constituição, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º, V, sedimentou que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como dispôs, logo à frente, no inciso X, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Estava consagrada a independência da indenização do dano imaterial. Ato contínuo, foi editada a Súmula 37 do STJ, que dispôs: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, e, finalmente, o atual Código Civil, em vigor desde o dia 11.1.2003, que consolidou a questão, assim dispondo no art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, cuja norma foi integrada com a do art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. As principais objeções da doutrina contrária à indenização pelos danos morais, portanto, foram removidas (incerteza do direito violado, dificuldade em descobrir a existência do dano moral, impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro etc.).

E quanto ao aspecto relacional humano, cumpre enfatizar que a importância e a precedência das relações que mantemos com os outros, conosco mesmos e com a natureza sedimenta o quanto a cultura não funda nada e como podemos atuar de forma reguladora ou emancipadora numa interação de idas e vindas de reações culturais (individuais e coletivas) e das redes relacionais que as provocam, no dizer de Herrera Flores (2005a, p. 36-37 e 113).

É pertinente compreender e valorar, e aqui vem à luz Serge Moscovici (2007), a representação social que os povos das águas têm de suas próprias vidas: as relações que mantêm consigo próprios, com os demais e com a natureza. Como leciona o psicólogo francês, percebemos o mundo (e as relações que mantemos com ele e nele) a partir do ambiente em que vivemos. Fazemos isso processando informações (sobre fenômenos, pessoas, animais, plantas, acontecimentos etc.) e daí resulta a nossa compreensão sobre os outros, sobre nós mesmos e sobre tudo que há ou parece haver.

A representação social, no dizer do autor (MOSCOVICI, 2007, p. 30-42),

vê o ser humano enquanto ele tenta conhecer e compreender as coisas que o circundam e tenta resolver os enigmas centrais de seu próprio nascimento, de sua existência corporal, suas humilhações, do céu que está acima dele, dos estados da mente de seus vizinhos e dos poderes que o dominam: enigmas que o ocupam e preocupam desde o berço e dos quais ele nunca para de falar.

E, quando na citada Carta dos Povos das Águas à Sociedade, essas comunidades tradicionais gravam expressões como “o cheiro dos rios, dos mangues e do mar é o cheiro de nossos corpos”, “a política de desenvolvimento custa a natureza, custa as comunidades tradicionais, custa a vida” e “não é de hoje que denunciamos o nosso extermínio, Povos e Comunidades Tradicionais que fazemos da natureza o lugar onde nascemos, crescemos e produzimos a vida”, estão falando de suas próprias existências, de seus projetos de vida e de suas formas de se relacionar consigo próprias, com os demais e com a natureza.

As comunidades tradicionais precisam ser reparadas adequadamente pelos danos existenciais que lhes foram causados, e isso, como delineado, há de se dar a partir da constitucionalização do instituto da responsabilidade civil, com ênfase na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, valores angulares do texto constitucional a irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico e em busca de resultados concretos e efetivos.

Impende consignar que, para a correta valoração desses danos existenciais, novos paradigmas jurisprudenciais não de ser estabelecidos.

É válido rememorar que, antes desse grave desastre socioambiental por derramamento de óleo no litoral nordestino (2019), outros casos emblemáticos ocorreram no Brasil, fixando-se indenizações em demandas judiciais que chegaram até o Superior Tribunal de Justiça.³⁰ O *leading case* (o caso principal), como bem salientado por

30 Como o rompimento do duto que ligava a Refinaria Duque de Caxias e o Terminal Aquaviário na Baía de Guanabara (janeiro de 2000). O episódio despejou 1,3 milhão de litros de petróleo. Um ano depois (fevereiro de 2001) foi a vez do rompimento do duto Olapa, entre o Terminal Aquaviário de Paranaguá e a Refinaria Presidente Getúlio Vargas, em Araucária-PR: despejo de 57 mil litros de petróleo cru e proibição da pesca por seis meses. Em ambas as ocorrências, “milhares de pescadores artesanais sentiram-se compelidos a alterar permanentemente seu tradicional *modus vivendi*, exercido ao longo de muitas gerações, sendo obrigados a enfrentar as incertezas de mudanças forçadas e a angústia de adaptações frustrantes”. Em 2007, o rompimento de barragem, nos limites

Fernando Garcia (2015, p. 64), porém, se deu em Sergipe – também foi objeto de decisão do STJ –,³¹ e refere-se a acidente ambiental ocorrido em 2008 (recurso representativo de controvérsia geradora de processo multitudinário). À época, em razão do vazamento de amônia no rio Sergipe, foi afetado o volume de pescado e a renda dos pescadores da região, restando fixada a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de compensação por danos morais.

O contrassenso reside no fato de que comumente o próprio STJ fixa e/ou mantém indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais presumidos, quando o consumidor tem seu nome inscrito indevidamente em órgãos de proteção ao crédito (AgRg, no Agravo de Instrumento 1.379.761/SP); de igual modo, dá-se indenização por danos morais presumidos, na quantia de cerca de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao consumidor que tem seu voo atrasado e deixa de usufruir passagem adquirida em razão de *overbooking* (AgRg no agravo de Instrumento 1.410.645/BA). Isso em observância a parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, como explicitado nos arestos respectivos.

A respeito, vale a observação no sentido de que “esta prática jurisdicional representa inobservância de quaisquer parâmetros de lógica jurisdicional relativa à indenização por dano extrapatrimonial”, tratando-se “de um modo de justiça que não atende aos jurisdicionados de forma equânime, no trato com situações que vêm se tornando cada vez mais presentes na sociedade de risco em que vivemos” (GARCIA, 2015, p. 120).

A dignidade dos povos das águas merece melhor destino.

7 · CONCLUSÃO

É imperioso, por conseguinte, assegurar que os povos das águas sejam reparados, de forma integral, pelos danos existenciais que lhes foram causados pelo desastre socioambiental de derramamento de óleo na costa nordestina, com o devido reconhecimento das relações singulares e diferenciadas que cada qual mantém consigo próprio, com os demais integrantes da comunidade e com a natureza. Se garantir efetividade aos seus direitos fundamentais é algo necessário que vem de longa data, mais ainda em virtude da pandemia global e dos desafios que surgem e surgirão no mundo pós-pandêmico.

Mostra-se vital, também, a construção de novo paradigma de quantificação dos valores a serem objeto de reparação civil por danos existenciais, rumo a quantias mais condizentes com os primados da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social em situações que envolvam comunidades tradicionais, como os povos das águas.

A despeito do debate sobre a possibilidade de se ter evitado os danos socioambientais, ou os minorado significativamente, caso fossem adotadas medidas

dos municípios de Miraf-MG e Muriaé-MG, espalhou 2 bilhões de litros de lama tóxica pela região, obrigando milhares de moradores a abandonarem seus lares e a vida que levavam. O Superior Tribunal de Justiça apreciou este último caso e manteve a indenização em R\$ 5 mil reais em favor de cada uma das pessoas atingidas.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.354.536/SE. Maria Gomes de Oliveira vs. Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 5 maio 2014.

protetivas das áreas ecologicamente sensíveis e vulneráveis, com emprego das melhores e mais avançadas técnicas, bem como de se identificar se o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional foi acionado e implementado no tempo e na forma adequados, utilizando-se dos instrumentos técnico-científicos e colegiados nele previstos, fato é que a reparação aos danos existenciais deve ocorrer, seja a cargo do poluidor direto (caso identificado), seja com a responsabilização do Poder Público. Afinal, os entes públicos detêm responsabilidade retrospectiva e prospectiva, guardando integral relação com o marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais, que são, além de essenciais, vitais e existenciais para os povos das águas.

Por fim, surge como algo a ser posto na pauta do dia o debate sobre as razões pelas quais a nação brasileira, passados 25 anos e apesar de sua intensa atividade de extração do petróleo, não aderiu aos fundos internacionais instituídos para indenização por danos causados pela contaminação de hidrocarbonetos. E, igualmente, a possível (e indispensável) instituição de um fundo nacional, e respectivas fontes de recursos, que possibilite a adoção de medidas de prevenção e reparação aos povos das águas em eventuais incidentes futuros envolvendo as atividades petrolíferas, bem assim a adequada e ágil proteção de áreas sensíveis e do meio ambiente, para o bem das presentes e futuras gerações.

São temas a serem debatidos e que podem impulsionar reflexões importantes, inclusive numa visão sistêmica da vida, como lecionam Fritjof Capra e Pier Luigi Luisi (2014, p. 439-440), para um futuro (o mais próximo possível) de alfabetização ecológica:

Nas próximas décadas, a sobrevivência da humanidade dependerá de nossa alfabetização ecológica – nossa capacidade para compreender os princípios básicos da ecologia e de viver em conformidade com eles. Isso significa que a ecoalfabetização precisa se tornar uma habilidade de importância crucial para políticos, líderes empresariais e profissionais em todas as esferas, e deveria ser a parte mais importante da educação em todos os níveis – desde as escolas primárias e secundárias até as faculdades, as universidades, e os cursos de especialização e treinamentos de profissionais. Precisamos ensinar aos nossos filhos, nossos alunos e nossos líderes empresariais e políticos fatos fundamentais da vida – por exemplo, o de que o resíduo de uma espécie é alimento de outra espécie; o de que a matéria circula continuamente ao longo da teia da vida; o de que a energia que põe em movimento os ciclos ecológicos provém do Sol; o de que a diversidade assegura a flexibilidade; o de que a vida, desde o seu início, há mais de 3 bilhões de anos, não toma conta do planeta pelo combate, mas pelo trabalho em rede.

As atividades econômicas, por mais bens e serviços que produzam, em especial aquelas de alto potencial poluidor, como a petrolífera, devem ser continuamente objeto de reflexão de modo a se garantir qualidade de vida para o hoje e o amanhã.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pastos: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: PGSCA/UFAM, 2008.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

- ÁVILA, Flávia de. *Direito e direitos humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual*. Curitiba: Appris, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 16 fev. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.
- BONATTO, Fernanda Muraro. A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeat*. *Direito & Justiça* (Porto Alegre. Impresso), v. 37, p. 136-154, 2011.
- CABALLERO, Francisco Sierra. Ciudadanía y espacio público. Una lectura crítica de los derechos humanos como cultura del cambio social. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio (coord.). *Reinventemos los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños Editorial, 2008.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. Tradução de Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.
- GARCIA, Fernando Murilo Costa. *Dano ambiental existencial: reflexos do dano aos pescadores artesanais*. Curitiba: Juruá, 2015.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a.
- HERRERA FLORES, Joaquín. 16 premissas de uma teoria crítica del derecho. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua, 2005a.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005b.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre arte e dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

LOPES, Carlos Ferreira; MILANELLI, João Carlos C.; POFFO, Iris Regina F. *Ambientes costeiros contaminados por óleo: procedimentos de limpeza – manual de orientação*. São Paulo: Secretaria de Estado do Meio Ambiente, 2007. 120 p.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILANELLI, João Carlos Carvalho. *Efeitos do petróleo e da limpeza por jateamento em um costão rochoso da Praia de Barequeçaba, São Sebastião, SP*. 1994. Dissertação (Mestrado em Oceanografia). 2 volumes. Instituto Oceanográfico da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 5. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

MUÑOZ, Alejandro Anaya. La construcción internacional de los derechos humanos: el papel de las relaciones internacionales. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, México D. F., n. 134, maio-ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUAS, Celiana Diehl. Constitucionalização do Direito Privado: impactos dogmáticos e efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Santa Cruz do Sul, UNISC, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13061>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SALGADO, Carmen M. Rodríguez. Los derechos humanos en América Latina: por qué, para qué y para quién. *Revista de Psicología desde el Caribe*, Barranquilla, Colômbia, n. 8, jul./dez. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Adriano Prysthon da. *Pesca artesanal brasileira: aspectos conceituais, históricos, institucionais e prospectivos*. Palmas: Embrapa Pesca e Aquicultura, 2014.

SILVA, Ana Carla Oliveira da; MODESTO, Jéssica Andrade. Responsabilidade civil por dano existencial: uma análise do seu reconhecimento do Brasil. *II Enpejud – Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas*, 2017. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/240/114>. Acesso em: 1º dez. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

A EQUIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Reis Friede¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Equidade. 3 A natureza jurídica da equidade. 4 A equidade no ordenamento jurídico brasileiro. 5 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

A palavra *equidade*, etimologicamente, advém de *aequitas*, *aequitatis*, que, por sua vez, deriva de *aequus*, que significa *justo*, sendo correntemente empregada para denotar *igualdade e justiça*. Segundo o pensamento de Aristóteles, é o meio através do qual se pretende corrigir a lei, aplicando-a com justiça ao caso concreto. Com efeito, para o filósofo grego, equidade seria a justa aplicação da norma jurídica ao caso a ser decidido, de modo a abrandar o teor normativo. Conforme assevera Nader (2017, p. 114), Aristóteles “traçou, com precisão, o conceito de equidade, considerando-a ‘uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade’ e comparou-a com a ‘régua de Lesbos’ que, por ser de chumbo, se ajustava às diferentes superfícies”.

No mesmo sentido, leciona Reale (2002, p. 123) que Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, concebia a “equidade como uma forma de justiça”, ou melhor, “a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto”.

A equidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, “ajustada” à particularidade de cada fato ocorrente. Enquanto a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere, a equidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso.

Foi por esse motivo que Aristóteles a comparava à “régua de Lesbos”. Esta expressão é de grande precisão. A régua de Lesbos era a régua especial de que se serviam os operários para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajustar-se às irregularidades do objeto. A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a “régua de Lesbos” flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis de experiência humana. (REALE, 2002, p. 123).

Por sua vez, Mascaro (2015, p. 19) recorda que, à época do Direito Romano, o Direito era concebido como a “arte do bem e da equidade” (*jus est ars boni et aequi*),

1 Desembargador Federal. Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/2021). Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Mestre e Doutor em Direito.

ou seja, “os romanos entendiam a sua atividade muito mais como arte do que como técnica, ao contrário da estrutura moderna do direito”.

Dizia-se no passado, por isso, que seria preciso que o bom jurista fosse um artista do Direito, para bem entender cada situação concreta, sua justeza, a natureza das coisas ali envolvidas. A norma era importante para alcançar essa justeza, mas não apenas ela. A equidade, que é a arte de entender cada caso concreto, é superior, para Aristóteles, à própria lei. (MASCARO, 2015, p. 25).

2 · EQUIDADE

Equidade, na dicção de Venosa (2006, p. 144-146), “é forma de manifestação de justiça que tem o condão de atenuar, amenizar, dignificar a regra jurídica”, conceito que se conecta ao do próprio Direito, uma vez que, “enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e do equitativo, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto”, consistindo tal figura, em última análise, “na busca constante e permanente do julgador da melhor interpretação legal e da melhor decisão para o caso concreto”.

São frequentes as situações com que se defronta o julgador ao ter que aplicar uma lei, oportunidade em que percebe que, no caso concreto, afasta-se da noção do que é justo. O trabalho de aplicação do Direito por equidade é de precipuamente aparar as arestas na aplicação da lei dura e crua, para que uma injustiça não seja cometida. A equidade é um trabalho de abrandamento da norma jurídica no caso concreto. A equidade flexibiliza a aplicação da lei. Por vezes, o próprio legislador, no bojo da norma, a ela se refere.

A equidade não é apenas um abrandamento da norma em caso específico, mas também deve ser um sentimento que brote do âmago do julgador. Seu conceito é filosófico e, como tal, dá margem, evidentemente, a várias concepções. (VENOSA, 2006, p. 145).

Silveira, citado por Diniz (2000, p. 464), entende que o termo *equidade* admite três significações: a) *sentido latíssimo* – equidade enquanto “princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda conduta humana, configurando-se como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer”; b) *sentido lato* – “equidade confundir-se-ia com a ideia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito, com a ideia do direito, com o direito natural em todas as suas significações”; c) *sentido estrito* – equidade efetivamente aplicada na “interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação, etc.”.

Quanto às espécies, Gusmão (2000, p. 72-73) classifica a equidade em: a) equidade *secundum legem*, consistente na justa concretização do preceito legal, espécie dotada de grande valor na aplicação do Direito; b) equidade *contra legem*, ou seja, aquela que conflita com o Direito Positivo, cabendo ressaltar que, diante de tal situação, e consoante os ensinamentos de Gusmão, “o Direito Positivo há de prevalecer sobre a equidade, por assim exigir um de seus fins, qual seja, a segurança jurídica”; e c) equidade *praeter legem*, cuja aplicação ocorre diante da existência da denominada *lacuna*, isto é, quando o magistrado, não encontrando nos princípios gerais de Direito o princípio aplicável ao caso novo, socorre-se da espécie de equidade em questão, correspondente ao ideal histórico de justiça, ainda que não presente no Direito Positivo.

3 - A NATUREZA JURÍDICA DA EQUIDADE

Em relação à natureza jurídica, os estudiosos divergem quanto à posição da figura em exame no ordenamento jurídico.

Para alguns, a equidade configura incontestemente *fonte* do Direito. No caso, a palavra *fonte*, proveniente do latim *fontis*, quer dizer *nascente de água* ou *manancial de água* que brota do solo. Assim, o vocábulo *fonte*, semanticamente, significa origem, surgimento, princípio de algo. Por conseguinte, a expressão *fontes do Direito*, atribuída à época de Cícero (VENOSA, 2006, p. 119), traduz a origem do Direito, seu nascedouro, isto é, os modos de formação e revelação das normas jurídicas. Reale (2002, p. 140), conceituando o termo *fonte*, assevera: “Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa” (REALE, 2002, p. 140).

Diniz adverte que a expressão *fonte do Direito*, por ser empregada metaforicamente, apresenta mais de um sentido, concepção semântica assim explicada pela ilustre autora:

“Fonte jurídica” seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se da fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento de norma jurídica. Kelsen admite esse sentido do vocábulo, apesar de não o considerar científico-jurídico, quando com esse termo se designam todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e aplicadora do direito, como: princípios morais e políticos, teorias jurídicas, pareceres de especialistas. Fontes essas que, no seu entender, se distinguem das do direito positivo, porque estas são juridicamente vinculantes e aquelas não o serão enquanto uma norma jurídica positiva não as tornar vinculantes, caso em que elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. Emprega-se também o termo “fonte do direito” como equivalente ao fundamento de validade da ordem jurídica. A teoria kelseniana, por postular a pureza metódica da ciência jurídica, libera-a da análise de aspectos fáticos, teleológicos, morais ou políticos que, porventura, estejam ligados ao direito. Portanto, só as normas são suscetíveis, segundo Kelsen, de indagação teórico-científica. Com isso essa doutrina designa como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica, confundindo a problemática das fontes jurídicas com a noção de validade das normas de direito. (DINIZ, 2000, p. 278).

De acordo com Ramos (2014, p. 600), a expressão “fontes do Direito é, antes de tudo, polissêmica”, traduzindo, por um lado, “os modos pelos quais as normas jurídicas são produzidas (fontes formais) e, por outro, os eventos sociais que geram as necessidades a serem reguladas pelas normas jurídicas (fontes materiais)”, afirmação que indica que o tema vertente é objeto de múltiplas classificações doutrinárias, o que explica as diversas perspectivas apresentadas pelos estudiosos do assunto, sendo certo afirmar que inexistem uniformidade nos modos de expressá-las.

Reale (2002, p. 139-140, grifo nosso), discordando da distinção levada a efeito por um segmento doutrinário, entre os quais se encontram Gusmão e Diniz, assevera que a “antiga distinção entre *fonte formal* e *fonte material* do Direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica”, razão pela qual,

segundo o mestre Reale, a expressão *fonte do Direito* deveria ser empregada apenas para designar os “processos de produção de normas jurídicas”, raciocínio que se fundamenta nos seguintes argumentos:

Tais processos pressupõem sempre uma *estrutura de poder*, desde o poder capaz de assegurar por si mesmo o adimplemento das normas por ele emanadas (como é o caso do poder estatal no processo legislativo) até outras formas subordinadas de poder que estabelecem, de maneira objetiva, relações que permitem seja pretendida a garantia de execução outorgada pelo Estado.

Vejamos o que se tem designado com a expressão *fonte material*, para demonstrarmos a inconveniência desse termo.

Verificando-se, por exemplo, como aparece uma lei, podemos indagar de suas razões últimas, dos motivos lógicos ou morais que guiaram o legislador em sua tarefa. Estamos, pois, diante de uma pesquisa de natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico.

Ao lado dessa questão, que se liga ao próprio problema da justiça, da liberdade, da segurança e da ordem, encontramos outros problemas que já possuem um aspecto sociológico. Indagamos das causas não remotas, mas imediatas da lei. Podemos perguntar, por exemplo, se uma lei é devida a fatores econômicos permanentes ou transitórios, ou se ela é decorrência de exigências demográficas, geográficas, raciais, higiênicas e assim por diante. O problema que gira em torno das causas imediatas ou próximas do fenômeno jurídico pertence ao âmbito da Sociologia e, a rigor, da Sociologia Jurídica.

Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão “fonte material” não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito. Melhor é, por conseguinte, que se dê ao termo *fonte do direito* uma única acepção, circunscrita ao campo do Direito. (REALE, 2002, p. 139-140, grifo nosso).

Como se vê, as fontes do Direito, na visão realeana, estão relacionadas às formas de expressão do *poder*. Assim, diz Reale,

quatro são as fontes de Direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*.

[...]

Para que se possa falar, por conseguinte, de “fonte de direito”, isto é, de fonte de regras obrigatórias, dotadas de *vigência* e de *eficácia*, é preciso que haja um *poder* capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção penal. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de *produção de regras de direito vigentes e eficazes*, podendo ser elas genéricas ou não.

Por ora, podemos fixar esta noção essencial: toda fonte de direito implica uma *estrutura normativa de poder*, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) – tal como pensamos ter demonstrado em nossos estudos de Filosofia do Direito – só ocorre em virtude da interferência de um *centro de poder*,

o qual, diante de um complexo de *atos e valores*, opta por dada *solução normativa* com características de objetividade. (REALE, 2002, p. 141, grifos nossos).

Não obstante a mencionada posição de Reale, observa-se, de um modo geral, uma divisão das fontes do Direito em: a) *fontes materiais* e b) *fontes formais*, justamente o que faz Gusmão (2000, p. 101, grifos nossos), que define as primeiras como sendo “os dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com os quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá *conteúdo* ou *matéria* às regras jurídicas”. Por outro lado, *fontes formais*, na ótica do aludido autor, “são os meios ou formas pelos quais o Direito Positivo se apresenta na História ou pode ser conhecido”.

Venosa (2006, p. 119), no mesmo diapasão classificatório, admite a existência de *fontes materiais* (“que têm o Estado como poder emanador”), além das *fontes formais*, estas subdivididas em *fontes formais primárias/diretas/imediatas* (a lei e o costume jurídico) e *fontes formais secundárias/indiretas/mediatas* (a doutrina e a jurisprudência), reconhecendo, porém, outras figuras, tal como a equidade.

Entendem-se por fontes diretas, imediatas ou primárias aquelas que, de per si, têm potencialidade suficiente para gerar a regra jurídica. As fontes mediatas ou secundárias são as que, não possuindo o mesmo vigor criativo das primeiras, esclarecem, contudo, os espíritos dos aplicadores da lei e servem de precioso substrato, auxílio ou adinículo para a aplicação global do Direito. Desse modo, estabelecendo-se ao lado da *lei* e do *costume*, estes como fontes primárias, a *doutrina*, a *jurisprudência*, a *analogia*, os *princípios gerais de direito* e a *equidade* postam-se como fontes secundárias, segundo essa visão, sem que estritamente todos estes últimos institutos possam considerar-se fontes típicas. Advirta-se, porém, que não há unanimidade na doutrina quanto a essa classificação. (VENOSA, 2006, p. 121, grifo nosso).

Não obstante o entendimento anterior – equidade enquanto *fonte* do Direito –, há quem conceba a figura em epígrafe apenas como um *critério* a ser considerado pelo juiz quando da aplicação da lei, mormente diante do comando inscrito no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Algumas normas há que se ajustam inteiramente ao caso prático, sem a necessidade de qualquer adaptação; outras há, porém, que se revelam rigorosas para o caso específico. Nesse momento, então, surge o papel da equidade, que é adaptar a norma jurídica geral e abstrata às condições do caso concreto. Equidade é a justiça do caso particular. [...]. Não é, via de regra, fonte criadora do Direito, apenas sábio critério que desenvolve o espírito das normas jurídicas, projetando-o nos casos concretos. Icílio Vanni precisou, com clareza e objetividade, que a equidade “não é mais do que um modo particular de aplicar a norma jurídica aos casos concretos; um critério de aplicação, pelo qual se leva em conta o que há de particular em cada relação”. (NADER, 2017, p. 114).

Ainda no que se refere à natureza jurídica, há quem defenda (Venosa, por exemplo) que a equidade, embora não prevista expressamente no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constitui-se – juntamente com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito – em um autêntico *mecanismo de integração de lacunas*.

A propósito, cumpre mencionar que o termo *lacuna*, para Diniz (2002, p. 70), pode ser conceituado como sendo “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. Ainda segundo a mesma autora (DINIZ, 2001, p. 10), constitui-se a *lacuna* em um estado incompleto do sistema, defeito que necessita ser colmatado, do que resulta a importante missão a ser desempenhada pelo referido art. 4º, regra que concebe ao “magistrado, impedido de furta-se a uma decisão, a possibilidade de integrar ou preencher a lacuna, de forma que possa chegar a uma solução adequada”.

Tal providência, que a doutrina convencionou chamar de *integração normativa*, caracteriza, em última análise, o

desenvolvimento aberto do Direito, dirigido metodicamente, em que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações da vida, chegando a apresentar, na ordem normativa, omissões concernentes a uma nova exigência da vida.

Com efeito, e diante da proibição do *non liquet*, encontra-se o magistrado absolutamente obrigado (constitucional e legalmente) a decidir o caso que lhe foi submetido, devendo, para tanto, recorrer aos instrumentos postos à sua disposição, entre os quais se inclui, segundo uma parcela da doutrina, a equidade.

Como já citado, o art. 4º da nossa Lei de Introdução é princípio norteador ao intérprete: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. Ao estudarmos as fontes, ficou acentuado que o costume é fonte subsidiária entre nós e, ao lado da analogia, dos princípios gerais e também da equidade constituem formas de raciocínio para a aplicação e integração do Direito. Não se pode afirmar que sempre serão encontrados costumes ou será sempre possível a analogia para a aplicação no caso concreto. Daí por que, como foi enfatizado, a importância do conceito e da extensão dos princípios gerais de Direito e da equidade nesse processo. (VENOSA, 2006, p. 178, grifo nosso).

Comungando do mesmo entendimento, Ferraz Jr. (2015, p. 267) assevera que “o juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional”, devendo o intérprete, portanto, sempre “buscar uma racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão *juízo por equidade*”.

Em todo caso, o juízo equitativo, de um lado, apesar das considerações dos efeitos presumíveis, é sempre um juízo jungido ao particular, sem preocupações generalizantes. Não gera, assim, uma compulsão para que outros casos, semelhantes, sejam interpretados e decididos do mesmo modo. Por isso, não é, propriamente, fonte do Direito, mas *meio de integração*. De outro lado, porém, pela consideração dos efeitos presumíveis, também não aparece como arbitrário, mas sim representando o sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica.

Essa oscilação entre o subjetivo e o objetivo explica os cuidados que tem a doutrina em circunscrever a equidade e seu uso. Na falta de norma, a equidade integra o ordenamento sumariamente, assentando-se nas circunstâncias do caso concreto. Seu contraponto, porém, mesmo quando não parece claramente institucionalizado, é a existência de algum consenso. (FERRAZ JR., 2015, p. 267-268, grifo nosso).

Reale (2002, p. 300-301) também idealiza a equidade como um *quarto* elemento de integração, juntamente com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito, e através dela “o juiz ou o administrador realizam a integração da lei para atingir a plenitude da vida”. Mascaro (2015, p. 156), na mesma linha de raciocínio, arrola a equidade entre os instrumentos de resolução das lacunas, aduzindo que, “além dos princípios gerais do Direito, os costumes e a equidade costumam ser instrumentos institucionais de resolução de lacunas”. Diniz, adotando a mesma inteligência supletiva, igualmente insere a equidade entre os instrumentos de integração.

Em caso de lacuna, o juiz deverá constatar, na própria legislação, se há semelhança entre fatos diferentes, fazendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepe às diferenças. E se não encontrar casos análogos, deve recorrer ao costume e ao princípio geral de direito; não podendo contar com essas alternativas, é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da *equidade*. [...].

Do que foi exposto infere-se a inegável função da equidade de suplementar a lei, ante as possíveis lacunas. No nosso entender, a equidade é elemento de integração, pois consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo. (DINIZ, 2000, p. 463 e 467, grifo nosso).

De qualquer forma, consoante os ensinamentos de Diniz (2000, p. 470), cumpre registrar que o magistrado, quando do emprego da equidade, não poderá se afastar das balizas estabelecidas pelo legislador, devendo considerar, fundamentalmente, que a equidade configura uma autorização para “apreciar, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador”, de modo a estabelecer “uma norma individual para o caso concreto ou singular, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativos, valorativos e fáticos”.

4 • A EQUIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio, em diversas passagens, refere-se (direta ou indiretamente) à equidade. Por exemplo, o revogado Decreto-Lei n. 1.608/1939 (Código de Processo Civil de 1939) preceituava que o juiz, quando autorizado a decidir por equidade, deveria aplicar “a norma que estabeleceria si fosse legislador” (art. 114). A Lei Processual Civil de 1973 (Lei n. 5.869/1973), igualmente revogada, dispunha que o juiz só decidiria por equidade nos casos previstos em lei (art. 127); ademais, no seu art. 20, § 4º, o *Codex* de 1973 estabelecia que “nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciarão equitativa do juiz”, dispositivo legal que teve larga aplicação jurisprudencial.

Agravo regimental em ação rescisória. Recurso interposto pela União em ação originária por meio de petição assinada isoladamente por Procurador da Fazenda Nacional. Irregularidade processual sanada com a ratificação do ato praticado pelo Advogado-Geral da União. Fixação de honorários advocatícios.

Com a denegação do mandado de segurança originário em sede de ação rescisória, tem-se uma decisão declaratória negativa. Não havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que determina ao magistrado apreciar com equidade a fixação dos referidos honorários. Agravo regimental a que se nega provimento.²

O aludido art. 127 do CPC de 1973 foi praticamente reproduzido pelo art. 140 do Estatuto Processual Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), segundo o qual o magistrado não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (*caput*), somente podendo decidir por equidade nos casos previstos em lei (parágrafo único), dispositivo legal que, evidentemente, objetiva impedir que o julgador se transforme em legislador.

Além desses, o revogado Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916), no art. 1.040, inciso IV, permitia que os árbitros, no denominado juízo arbitral, julgassem por equidade. De sua parte, o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002, grifos nossos) também trata da equidade em alguns de seus dispositivos, a saber:

- a. Art. 413: “A penalidade deve ser reduzida *equitativamente* pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.
- b. Art. 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”; e, nos termos do art. 479, “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar *equitativamente* as condições do contrato”.
- c. Art. 738, *caput*: “A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstenendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço”. Em seguida, no parágrafo único do mesmo artigo, afirma-se que “se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá *equitativamente* a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.
- d. Art. 928, *caput*: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, sendo certo que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser *equitativa*, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem” (art. 928, parágrafo único).
- e. Art. 944, *caput*: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Havendo “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, *equitativamente*, a indenização” (art. 944, parágrafo único). Nota-se, portanto, que a Lei Civil autoriza que o magistrado, constatando haver desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, reduza a indenização, tudo com base

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 1.520/PE. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º de agosto de 2011.

em um juízo de equidade. Assim, por exemplo, em caso de culpa leve e dano grave, pode o juiz aplicar a presente regra, de modo a reduzir a indenização.

- f. Art. 953, *caput*: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”, afirmando, outrossim, que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, *equitativamente*, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (art. 953, parágrafo único).

O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), no seu art. 108, *caput*, incisos I a IV, preceitua que, “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada [...]”, a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade, sendo que o emprego desta “não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido” (art. 108, § 2º).

Ademais, preceitua o art. 6º da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Cíveis e Criminais) que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Cite-se, ainda, o art. 25 da mesma Lei, segundo o qual “o árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade”.

5 • CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina diverge quanto à natureza jurídica da equidade. Para alguns, trata-se de uma *fonte* do Direito. Outros autores a concebem apenas como um *critério* a ser considerado pelo juiz quando da aplicação da lei, mormente diante do comando inscrito no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Do mesmo modo, há quem defenda que a equidade, embora não prevista expressamente no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constitui-se – juntamente com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito – em um autêntico *mecanismo de integração de lacunas*.

De qualquer forma, independentemente da natureza jurídica que lhe seja atribuída, o magistrado, quando do emprego da equidade, não poderá se afastar das balizas estabelecidas pelo legislador, devendo considerar, fundamentalmente, que a equidade configura uma autorização para “apreciar, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador”, de modo a estabelecer “uma norma individual para o caso concreto ou singular, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativos, valorativos e fáticos” (DINIZ, 2000, p. 470).

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADO EM ACORDOS INDIVIDUAIS RESTRITIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Ricardo José das Mercês Carneiro¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Sobre a liberdade de exercício de um direito fundamental. 3 A distinção entre renúncia e não exercício de um direito fundamental. 4 Breve reflexão sobre a inalienabilidade dos direitos fundamentais. 5 Possibilidade de o particular consentir na autorrestrrição ao exercício de faculdades dos direitos fundamentais. 6 Critérios para a validade do ato jurídico através do qual se consente na limitação do exercício de faculdades dos direitos fundamentais. 7 Algumas conclusões sobre o consentimento do empregado em limitações ao exercício de direitos fundamentais na relação de trabalho.

1 · INTRODUÇÃO

A recente reforma trabalhista e as medidas provisórias, especialmente as que foram editadas no curso da pandemia de Covid-19, reforçam uma intenção nada disfarçada de redução do papel dos sindicatos como anteparo de proteção aos trabalhadores.

Para ficar em apenas alguns exemplos, desde então o marco normativo autoriza ao empregado ajustar individualmente o banco de horas (art. 59, § 5º, da CLT) e a jornada de doze por trinta e seis (art. 59-A da CLT); ele também poderá firmar sozinho o ajuste de contas da terminação do trabalho, independentemente do tempo de serviço na empresa (revogação do § 1º do art. 477 da CLT). E, mais recentemente, já no contexto do estado de calamidade pública e emergência de saúde pública, a Lei n. 14.020/2020, resultado da conversão, com alguns acréscimos, da MP n. 936/2020, autoriza que empregadores e empregados, por acordo individual, possam firmar a redução salarial e de jornada e (ou) a suspensão do contrato de trabalho, ainda que, quanto a esta última, seja forçoso salientar que foi inserida na norma disposição sobre a possibilidade de um acordo coletivo ou uma convenção coletiva serem firmados posteriormente a acordos individuais já vigentes, prevalecendo as regras resultantes da negociação coletiva, após a sua celebração, desde que sejam mais favoráveis ao trabalhador.

E tudo isto, vale dizer, em um contexto em que o trabalho paulatinamente tem o seu ambiente deslocado para o âmbito das residências de cada trabalhador, onde, na maioria das vezes, é desenvolvido o teletrabalho, construindo um verdadeiro amálgama entre o espaço pessoal e o de trabalho, entre a zona de retiro e segredo do direito à intimidade e as facetas que se pretende apresentar ao mundo externo.

1 Procurador do Trabalho. Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor Assistente I e integrante do NDE da Universidade Tiradentes (UNIT). Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha (revalidado pela UFPE).

Esse movimento que tenta emprestar protagonismo aos atores diretamente relacionados à cena trabalhista, empregado e empregador, não raro vem sendo contemplado também em demandas deduzidas perante o Poder Judiciário,² nas quais, até muito antes da pandemia, não raras vezes, o pactuado no contrato tem prevalecido sobre o catálogo de direitos fundamentais do trabalhador, específicos e inespecíficos, sob o fundamento de respeito às regras de equilíbrio contratual e de segurança jurídica, entre outros fundamentos generalizantes.

Nesse contexto, até em razão de um certo esvaziamento conjuntural do papel dos sindicatos e dos seus instrumentos de autonomia privada coletiva, raros são os estudos que se dispõem a enfrentar os limites da ação restritiva aos direitos do trabalhador nessa quadra, em particular no que diz respeito àqueles alçados à condição de direitos fundamentais específicos e inespecíficos, porém exercitáveis no curso da relação de trabalho, cujo ambiente cada vez mais se confunde com a esfera privada. E, nesse sentido, é que se torna tão importante aferir qual o limite negocial do trabalhador para o exercício de sua autonomia privada.

2 · SOBRE A LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

Uma questão preliminar à análise da validade dos limites impostos pelo contrato de trabalho aos direitos fundamentais consiste em verificar se a liberdade do seu titular envolve também a possibilidade de ele renunciar ao seu direito ou se essa autonomia se limita ao poder do titular de exercer o seu direito conforme as suas preferências, sem que haja de fato renúncia ao direito fundamental.

E tal se justifica na medida em que, sob o argumento de ampliar a proteção aos indivíduos nas relações mantidas com os detentores de poder privado, passa-se muitas vezes ao largo quanto a levar em consideração o seu direito de autodeterminação. As principais consequências dessa concepção tendem a ser a assunção de todos os direitos fundamentais como deveres e a adoção de uma teoria geral que vise a proteger o indivíduo dele próprio.

Se é certo que há múltiplas situações nas quais o indivíduo não possui autonomia real, sujeitando-se aos diversos poderes de fato existentes, também é verdade que ainda há inúmeras situações em que o indivíduo busca exercer a sua autonomia de forma consciente, com o objetivo de realizar o seu projeto de vida.

Hesse (1995, p. 61), a respeito do tema, expõe que a proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas deve-se dar com prudência, já que a função dos direitos fundamentais é garantir um mínimo de liberdade individual e não reduzir as possibilidades de liberdade. Nessa medida, a incidência direta dos direitos

2 Ainda que não seja um perfeito exemplo do que se busca mencionar em matéria de restrição a direitos dos trabalhadores em razão de acordos individuais chancelada pelo Poder Judiciário, na medida em que o exame se deu em um contexto que pode ser tido como jurisprudência de crise, fruto de uma situação de crise de saúde pública e excepcionalidade financeira, a expressão “segurança jurídica” foi algumas vezes citada na apreciação pelo Pleno no julgamento da medida cautelar proposta na ADI 6363, em que foi vencedora, por 7 votos a 3, a interpretação de que seria aparentemente constitucional (tratava-se de uma medida cautelar) o conteúdo dos artigos 11 e 12 da MP 936, que abordam os acordos individuais restritivos de direitos trabalhistas.

fundamentais nas relações privadas deverá ser graduada para não sacrificar o princípio da liberdade contratual, que compreende a liberdade de contratar ou não, a de eleger o outro contratante e a de determinar o conteúdo do contrato.

O desafio, portanto, reside em determinar quando deve o indivíduo ser protegido e quando deve prevalecer a sua autonomia, inclusive ao se tratar de ato volitivo unilateral capaz de limitar certos direitos fundamentais.

Ainda que a questão da renúncia a direitos fundamentais exista tanto no âmbito das relações entre Estado e indivíduo quanto no âmbito das relações entre particulares, ao objeto deste estudo interessa particularmente esta última hipótese, em que há uma gama variada de transações econômicas entre particulares nas quais se pode negociar em torno dos direitos fundamentais em prol de benefícios (econômicos ou não), aspecto que se converteu, ao longo do tempo, em um dos principais argumentos de defesa na esfera privada para a admissão do consentimento do obreiro na restrição ao exercício dos seus direitos fundamentais no seio empresarial.

A maior dificuldade consiste, entretanto, na prática, em equilibrar a maior proteção aos indivíduos, oriunda da aplicação dos direitos fundamentais, com a autonomia privada deste, isto é, proporcionar o máximo de proteção e o máximo de autonomia, já que o respeito a esta é essencial para que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não se torne um instrumento excessivamente protetor, que imponha uma determinada visão de mundo e suponha serem os particulares incapazes de agir e contratar autonomamente.

3 - A DISTINÇÃO ENTRE RENÚNCIA E NÃO EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

No exame a respeito da possibilidade de o titular de um direito fundamental pactuar a limitação do seu exercício, uma primeira diferença que precisa restar clara é a que existe entre renúncia e falta de exercício de um direito.

Forçoso reconhecer que ambos os conceitos expressam a ideia de que o indivíduo, diante de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, consente em enfraquecer essa posição em face do Estado, de entidades públicas ou de particulares. Contudo, a despeito deste elemento comum, há diferenças entre os dois institutos. A renúncia ocorre quando o titular do direito se vincula juridicamente a não invocar o direito fundamental perante outros. É um compromisso que o titular assume de não se valer de certa posição jurídica. Por sua vez, o não exercício do direito fundamental ocorre quando o indivíduo opta por não exercer uma posição jurídica que o ordenamento lhe permite. Exercer ou não exercer está dentro da esfera mais ampla considerada como exercício do direito fundamental. Isso quer dizer que o fato de não agir conforme a posição jurídica lhe assegura não significa que o particular abdicou desse direito, mas apenas que o está exercendo conforme a sua vontade. A diferença entre o não exercício e a renúncia é que, nesta última, o particular se obriga a não exercer, enquanto no não exercício não há qualquer vinculação.³

3 Há casos que são meros exercícios negativos dos direitos fundamentais, mas que são confundidos com a renúncia, como, por exemplo, quando o policial entra na casa de alguém a seu pedido para verificar se nela há assaltantes.

Sendo pacífica na doutrina e na jurisprudência a aceitação da possibilidade de não exercício de um direito fundamental, é exatamente sobre a obrigação assumida de não exercer o direito em uma de suas faculdades ou em sua totalidade que repousa a cizânia que será detalhada no tópico seguinte.

4 · BREVE REFLEXÃO SOBRE A INALIENABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia da inalienabilidade dos direitos fundamentais se relaciona à própria origem desses direitos. Na formulação de Locke acerca da origem da sociedade, os direitos humanos seriam inatos e inalienáveis, o que impediria os indivíduos de renunciarem a eles em favor do Estado (*apud* ZIPPELIUS, 1997, p. 436). Afinal, ninguém poderia transferir para outro um poder maior que aquele que tem sobre si mesmo. No mesmo sentido, também as clássicas declarações de direitos consideraram a indisponibilidade dos direitos fundamentais, sob o argumento de eles serem pré-estatais e inatos. Há até mesmo Constituições modernas, como a alemã (artigo 1º),⁴ que se referem ao caráter inalienável desses direitos.

A doutrina mais contemporânea que sustenta a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais não argumenta em termos jusnaturalistas, todavia se apoia na concepção da dupla dimensão dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais constituem, além de direitos subjetivos, também elementos de uma ordem objetiva, sob uma perspectiva funcional. A partir dessa ideia de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e desempenham uma função institucional, há autores que entendem serem eles indisponíveis, pois não estariam à livre disposição do indivíduo, a exemplo do direito ao voto secreto e dos demais direitos que envolvam participação política.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais também é sustentada por parte da doutrina sob o argumento da dignidade da pessoa humana. Dentro dessa ótica, a toda pessoa corresponde uma dignidade, a qual ele não pode renunciar. Não seriam permitidos atos de renúncia e de disposição de direitos que ferissem a dignidade humana, sendo o consentimento do titular incapaz de validar o ato.

A impossibilidade de haver renúncia do titular aos direitos fundamentais é defendida, entre outros, por Ferrajoli (2001, p. 32) e reforçada a partir da divisão dogmática que o autor realiza entre direitos patrimoniais e direitos fundamentais. Para ele, esses direitos possuem contrastes tão radicais que jamais poderiam ser acolhidos dentro de uma mesma classificação. Enquanto os direitos fundamentais seriam direitos universais, reconhecidos a todas as pessoas de forma igualitária, os direitos patrimoniais seriam direitos singulares, no sentido de que pertencem a cada um de forma diversa. Além disso, seriam os direitos fundamentais inalienáveis, indisponíveis, invioláveis e

4 “Artigo 1º. Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em: set. 2020.

personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais, como o direito à propriedade e o direito de crédito, seriam, por sua natureza, passíveis de disposição.

Ferrajoli entende que é a impossibilidade de alienação que transforma os direitos em direitos fundamentais. Isto é, o que caracterizaria os direitos fundamentais seria exatamente o fato de não serem disponíveis por seus titulares. Textualmente, registra que

a vida, a liberdade pessoal, o direito de voto são fundamentais não tanto porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. É algo tão sério que ali onde se permitisse a sua disposição – por exemplo, admitindo a escravidão ou de qualquer a alienação das liberdades, da vida, do voto – esses se rebaixariam a direitos patrimoniais. (FERRAJOLI, 2001, p. 32).

Dessa forma, na visão do autor, os direitos fundamentais não constituem limites apenas aos poderes públicos, mas à própria autonomia privada, uma vez que o consentimento e a vontade não são suficientes para possibilitar a alienação da própria vida ou da liberdade. Nessa linha de pensamento, a inalienabilidade dos direitos fundamentais é um custo que se deve suportar, ainda que se considere esse limite excessivamente protecionista. Do contrário, se se admitisse essa alienação, imediatamente cessaria a universalidade desses direitos, predominaria a lei do mais forte e haveria a regressão ao estado de natureza.

Porém esta visão não é despida de firme crítica, como se vê adiante.

5 · POSSIBILIDADE DE O PARTICULAR CONSENTIR NA AUTORRESTRICÇÃO AO EXERCÍCIO DE FACULDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que a absoluta irrenunciabilidade dos direitos fundamentais seja um “mantra” reiterado em julgados e em diversos estudos, não é uma ideia que possa ser aceita sem que seja antecedida de alguma reflexão.

Inicialmente, é importante ressaltar que a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não implica logicamente a conclusão acerca da impossibilidade de sua renúncia. Isso se dá porque, não obstante o seu caráter objetivo, os direitos fundamentais continuam a ser direitos subjetivos e, portanto, quando o particular renuncia a um direito, o faz somente em relação a sua concreta conformação enquanto garantia subjetiva, não prejudicando o âmbito objetivo do direito fundamental. Além disso, a liberdade, que está intrinsecamente relacionada ao sistema de direitos fundamentais, não é liberdade para atingir fins públicos ou objetivos estatais, mas simplesmente liberdade (para todos os fins).

Também é passível de crítica a noção de indisponibilidade absoluta sob o fundamento de proteção à dignidade humana, uma vez que, em relação a esta, pode-se argumentar também de forma contrária, já que a irrenunciabilidade de todos os direitos fundamentais significaria a eliminação da capacidade de autodeterminação do indivíduo e, por conseguinte, ameaçaria a própria dignidade humana.

No Estado Democrático de Direito, o custo da ausência de autonomia do indivíduo é muito alto para ser tolerado, sem que haja sequer a busca pela conciliação entre o máximo de liberdade com o máximo de proteção à pessoa. O não reconhecimento de que os direitos fundamentais se relacionam de forma estrita com a autodeterminação

dos indivíduos poderia sacrificar o ideário democrático, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais, cuja função primordial é a de proteger as liberdades, tanto privadas como públicas. Tem-se, nesse diapasão, como muito criticável a tese de Ferrajoli, segundo a qual o elemento caracterizador dos direitos fundamentais é a sua inalienabilidade, pois isso implicaria a conclusão de que não haveria nenhuma situação em que seria possível a disposição desses direitos ou a renúncia a eles ou a faculdades que lhes sejam inerentes. No que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, é essencial que a proteção propiciada por esses direitos não elimine a autonomia privada dos indivíduos, sob o risco de o Estado assumir o papel paternalista de proteger os indivíduos contra eles próprios.

De fato, a nosso juízo, o problema da renúncia a direitos fundamentais é por demais complexo para ser resolvido a partir das clássicas teorias jusnaturalistas que sustentam que os direitos fundamentais, por serem inatos, não são passíveis de disposição por parte de seu titular. Além disso, em razão da grande abrangência do tema, que envolve desde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo e, nas relações privadas, os limites do poder de autodeterminação do indivíduo, até a existência de desigualdades fáticas que impedem a real manifestação da autonomia dos indivíduos, é fundamental que não se busquem soluções simplificadas generalizantes, que não levem em consideração distintas situações fáticas e as peculiaridades dos diferentes direitos fundamentais.

Isso posto, diante da profundidade da questão, entende-se que a saída para a equação, em que se busca o máximo de proteção jurídica por meio dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o máximo de autodeterminação individual, pode-se dar a partir da distinção entre a titularidade e a capacidade de exercício desses direitos. Partindo dessa premissa, seria viável admitir como legítimo o consentimento do particular em negócio jurídico que implicasse restrição ao exercício de certas faculdades dos direitos fundamentais e considerar-se ilegítima a renúncia à sua titularidade.

Segundo Novais (1996, p. 282), a maioria dos estudos vai de encontro a essa distinção, por entender que um direito fundamental, sem a possibilidade de seu exercício, seria o mesmo que um direito sem conteúdo essencial. Contrariamente a esse argumento, o autor afirma que, quanto à possibilidade dogmática de distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, absolutamente distinta, é ter a capacidade de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.

A consideração acerca da possibilidade de o particular consentir na limitação ao exercício dos seus direitos fundamentais é essencial para que se retire desses direitos o seu caráter paternalista-protetor, responsável por tornar todos os direitos fundamentais análogos a deveres. Se for verdade que no Estado Democrático de Direito há direitos obrigatórios, como é o direito e o dever de educar os filhos, por exemplo, seria inviável e indesejável estender essa obrigatoriedade a todos os direitos fundamentais.

Ademais, um argumento interessante a favor da possibilidade de consentimento que autorize a limitação ao exercício de faculdades inerentes aos direitos fundamentais é o seguinte: se o não exercício dos direitos fundamentais pelo seu titular

é admissível, por que não seria legítimo o compromisso assumido pelo titular de que não exercerá o seu direito ou uma parte das faculdades que lhe são inerentes?⁵

A afirmação de que há um âmbito de liberdade relacionado aos direitos fundamentais pode ser baseada na ideia de que a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental envolve o poder de disposição sobre as possibilidades de ação decorrentes dessa posição, principalmente no que diz respeito à decisão sobre “se”, “quando” e “como” se dará o exercício fático do direito. Sob essa ótica, resta claro que o consentimento na restrição ao exercício de uma liberdade é também um modo de o titular do direito fundamental exercê-la.

A concepção de Novais, segundo a qual é possível renunciar ao exercício de certos direitos fundamentais, como bem salienta Mendes (2006, p. 130), assemelha-se, em boa medida, à concepção de outros autores, que refutam a hipótese de renúncia, mas aceitam a ideia de que o titular de um direito fundamental tem um espaço de liberdade para exercer o seu direito. É o caso de Canotilho (2003, p. 107), que, embora rejeite expressamente a noção de renúncia, afirma que, no que concerne aos direitos, às liberdades e às garantias encontra-se a ideia de que “os mesmos se caracterizam pela sua densidade subjetiva autônoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada de decisões fundamentais nesse domínio”. Deve-se ressaltar que o reconhecimento de que o titular do direito fundamental tem autonomia para exercê-lo conforme os seus planos de vida e a sua vontade decorre da própria ideia de dignidade humana e do princípio da autodeterminação, que integram e moldam o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, encontra neste princípio o seu próprio limite.

Nesse sentido, a afirmação sobre a possibilidade de o particular consentir na limitação ao exercício de direitos fundamentais exige que se estabeleça em que situações este consentimento será possível, bem como os pressupostos para sua validade.

6 · CRITÉRIOS PARA A VALIDADE DO ATO JURÍDICO ATRAVÉS DO QUAL SE CONSENTE NA LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DE FACULDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Admitida neste estudo a possibilidade de consentir o obreiro na intromissão do empregador no exercício de um direito fundamental no marco de uma relação de trabalho (em relação ao exercício desse direito ou de algumas de suas faculdades durante o liame laboral), desde que observados certos pressupostos para a validade do ato restritivo, torna-se necessário analisar a viabilidade concreta de que esta seja perpetrada em relação a um direito fundamental do trabalhador na empresa.

Inicialmente, é primordial que a declaração de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica seja dada pelo próprio titular do direito

5 Exemplo claro de consentimento na restrição ao exercício de direitos fundamentais se dá quando um homem ou uma mulher entram para o seminário, renunciando ao direito de constituir família. Da mesma forma, é pacificamente válido o consentimento não viciado daquele que, aprovado em concurso público para os cargos de juiz ou de membro do Ministério Público, consente expressamente, durante o período em que está no cargo, em não exercer uma série de atividades vedadas aos titulares daqueles cargos, em manifesta restrição ao direito de livre exercício de qualquer trabalho.

fundamental, sendo inadmissível que outros o façam pelo titular. Andrade (2001, p. 320), a esse respeito, consigna que

as condições de validade jurídica da disposição limitadora do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitam essencialmente à garantia de autenticidade e da genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa; a renúncia, o acordo, o consentimento autorizante ou aquiescente só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma auto-limitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida.

Além disso, e esse talvez seja o pressuposto de existência mais importante, a restrição ao direito somente ocorrerá se a declaração tiver um caráter eminentemente voluntário. Isso significa que não serão considerados existentes os atos de disposição que decorrerem de declaração feita de forma não consciente, não voluntária ou sob coerção, pois é necessário que o indivíduo tenha a possibilidade real de escolher entre diversas situações. Por isso, tornou-se usual na doutrina a consideração de que dificilmente poder-se-ia considerar legítimo o consentimento em restrições ao exercício dos direitos fundamentais emitido em situações de desigualdade fática ou de desigualdade de poder social.

Devem ser consideradas, conforme escólio de Andrade (2001, p. 323), as diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação, visto que a diferença mais relevante é a que atende à existência, ou não, de uma relação de sujeição ou de dependência do titular do direito autolimitado perante outrem, que pretende ou acorda a limitação ou dela se beneficia. Assim, sob esta visão, já não estarão sujeitos às mesmas condições e limites o acordo ou o consentimento firmado, respectivamente, entre cidadão e autoridade dotada de poder jurídico ou de fato, ou numa relação entre iguais.

Nessa linha de pensamento, Ubillos (1997, p. 233) aponta como um dos critérios que podem ajudar na análise da licitude do consentimento na restrição ao exercício de direitos fundamentais no caso concreto o fato de que a eficácia dos direitos fundamentais diante de particulares será mais intensa quando se esteja diante de relações jurídicas assimétricas, não igualitárias, ou seja, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os conflitos. De modo que, quanto menor seja a liberdade da parte débil da relação jurídica, maior será a necessidade de proteção.

Com a menor liberdade real de autodeterminação, maior será a justificativa para a incidência do direito fundamental. Porém, mesmo nesses casos, não estaremos diante de uma incidência absoluta, persistindo a necessidade de ponderar os interesses colidentes. Assim, a título de exemplo, na seara laboral, a operatividade dos direitos fundamentais implica limitação ao poder de direção do empregador, que constitui parte inerente da liberdade de empresa com a qual deverá ser ponderado o direito do trabalhador.

Nesse mesmo diapasão, dando ênfase às assimetrias das relações jurídicas, são os ensinamentos de Prata (1982, p. 138), que indica que haveria a nulidade dos negócios (jurídicos) contrários aos direitos fundamentais sempre que uma das partes se encontre em situação de poder relativamente à outra parte, de modo que isso lhe permita estabelecer unilateralmente os termos do regulamento negocial a que a

outra parte tenha de se submeter, visto que neste caso patente restaria a ausência de igualdade real entre os sujeitos contraentes.

Não é distinta a posição de Canaris (2003, p. 71-73). Para ele, o argumento de que a proteção aos direitos fundamentais não se compatibiliza com a concepção liberal dos direitos fundamentais não convence porque a vinculação contratual, embora tenha o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, somente adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um “reconhecimento” por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estes com sanções, que vão até a execução forçada. E, ainda, acrescenta que uma segunda incumbência de proteção consiste em assegurar, tão amplamente quanto possível, que o ato de autonomia privada pelo qual se restringe um direito fundamental se baseia não apenas sob o aspecto formal, mas também materialmente, ou seja, no plano fático, numa decisão livre da parte contratual afetada. Em seguida, conclui que a autonomia privada não pode ser entendida apenas em um plano formal, mas antes também materialmente e que, portanto, uma concreta parte pode necessitar de proteção diante da vinculação a um contrato que lhe é desvantajoso, na medida em que, por ocasião da sua conclusão, estivesse consideravelmente afetada a sua possibilidade fática de autodeterminação no exercício da autonomia privada.

O segundo limite que a doutrina impõe para genericamente tratar do exercício da autonomia privada (para restrição de direitos fundamentais) se alicerça no argumento de que a eficácia vinculante será mais intensa quando seja a própria dignidade da pessoa humana que esteja sendo afetada, por se tratar de valor intangível e indisponível que deve ser preservado diante de qualquer agressão.

Ademais, devem ser consideradas as diferenças entre os vários tipos de direitos fundamentais, já que o problema da disponibilidade em geral dos direitos fundamentais se põe especialmente no que respeita aos direitos sobre bens pessoais, cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional são estabelecidos primordialmente em virtude da vontade do titular (inviolabilidade do domicílio, intimidade, imagem, propriedade). Nesse ponto, seu tratamento há de ser diferenciado em relação àqueles outros direitos relativos a bens que, ainda que sendo pessoais, constituem simultaneamente valores comunitários ou a estes estão intimamente associados, a exemplo dos direitos à vida, à cidadania e ao sigilo de voto.

Por fim, ressalta-se, ainda, que há de se admitir a livre revogabilidade da limitação voluntariamente assumida em relação aos direitos fundamentais, de forma que, em se tratando de limitação válida, esta há de ser adstrita a um lapso temporal. Assim, o consentimento na restrição ao exercício do direito fundamental deverá ser sempre limitado no tempo, uma vez que não se admite que o titular do direito fundamental renuncie a certa posição jurídica protegida constitucionalmente por tempo indeterminado. Do contrário, estar-se-ia admitindo a renúncia à própria titularidade do direito e não apenas a possibilidade de se externar o consentimento para restrição ao seu exercício durante a relação de trabalho.

O Tribunal Constitucional espanhol, em sua jurisprudência sobre o assunto, tem admitido a possibilidade de renúncia voluntária ao exercício de um direito fundamental por um tempo determinado (STC 11/1981, de 8 de abril). Na sentença, tratando de cláusula de convênio coletivo em que se abria mão, durante seu prazo de

vigência, do direito a greve, restou expressamente consignado que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais seria algo indiscutível, porque a renúncia é sempre um ato definitivo e irrevogável, ao passo que aquela que se discutia no processo era apenas durante a vigência da norma coletiva e não afetava o direito em si mesmo, mas apenas o seu exercício. Ao final do voto, firmou posição no sentido de que a renúncia ao exercício seria plausível em especial quando o compromisso de não exercitar o direito se estabelece obtendo em troca determinadas compensações.

Como se vê, o Tribunal Constitucional da Espanha não admite a renúncia à titularidade do direito, mas admite limitações ao seu exercício, em especial quanto se dê a autorrestrrição em troca de outras vantagens, com exceção feita pelo próprio Tribunal Constitucional aos casos em que a limitação ao exercício dos direitos fundamentais seja imprescindível ao desenvolvimento da atividade laboral, hipótese em que esta já estaria implícita no contrato de trabalho, sendo inexigíveis compensações extras além daquelas já incluídas na contraprestação, bem como cláusula que expressamente indicasse o consentimento do obreiro autorizando a restrição (por todas, cita-se a STC 99/1994, de 11 de abril).

No Brasil, diante de um histórico de poucos julgados em que se sistematize a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma controvérsia que ajuda a encontrar a verdadeira posição do STF acerca da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, ainda que não verse sobre direitos trabalhistas inseridos na constituição ou sobre direitos da personalidade, ocorreu no julgamento da constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Arbitragem. À época da publicação do referido texto legal, muitos sustentaram a sua inconstitucionalidade, por entenderem que a inafastabilidade do controle jurisdicional e o amplo acesso à justiça (estatal) constituíam direitos fundamentais, que não poderiam ser afastados pela vontade das partes, ainda que através de uma renúncia parcial. De pronto, entendeu-se que a disponibilidade era vista como a possibilidade de abrir mão ou abdicar de algum direito fundamental mediante o consentimento do titular. E foi esta a tônica do julgado do STF – seria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional passível de *disposição* em prol do sistema arbitral? Seria válido o consentimento emitido?

Esclarecedoras as considerações de Martel (2010, p. 345) a respeito desse julgado quando afirma:

Em tema de disponibilidade dos direitos fundamentais, esse longo julgado é fulcral. Primeiro, porque a indisponibilidade foi compreendida, de modo uníssono, como a impossibilidade de abdicação, sob a forma de renúncia parcial, de um direito fundamental. Segundo, porque a indisponibilidade foi relacionada à limitação de liberdades constitucionalmente protegidas. Terceiro, porque foram discutidos os limites e o alcance da disposição de um direito fundamental. Quarto, porque, não obstante uma afirmação de que “[...] a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza”, foi admitida a disposição do direito fundamental de acesso à justiça estatal conforme delineada pela Lei de Arbitragem. Para obter a conclusão, entraram em jogo a dicção do dispositivo constitucional, que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional, o histórico do enunciado normativo, além de outros fatores, como as necessidades sociais.

Assim, é possível concluir que a posição do STF não discrepa quanto à aceitação do consentimento na restrição aos direitos fundamentais, já que a Corte Constitucional brasileira expressamente assinala que os direitos fundamentais são irrenunciáveis por sua natureza; todavia, em certos casos, admite, quando cotejado com outros valores constitucionais, o consentimento tácito ou expresso na limitação temporal e transitória de um direito fundamental.

7 · ALGUMAS CONCLUSÕES SOBRE O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO EM LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO

As mudanças conceituais no mundo do trabalho têm levado o trabalhador a certo isolamento, o que foi bastante reforçado em tempos de pandemia. Assim, cada posto de trabalho, cada especialidade, já não são igualmente vistos como parte de um “todo”, apresentando pesos diferenciados na medida em que as atividades realizadas em um setor tendem a ser cada vez mais independentes umas das outras.

Nesse contexto de cada vez maior individualização do trabalho, discute-se uma revalorização do contrato de trabalho como instrumento normativo dos direitos fundamentais inespecíficos. Em grande medida, entretanto, o que tem justificado o reforço rumo a uma maior personificação das relações laborais tem sido uma tentativa de recuperação dos espaços de liberdade do próprio trabalhador, ou seja, um reforço na autonomia privada com a finalidade de enfatizar os direitos fundamentais, reconhecendo cada trabalhador como um núcleo individualizado em relação aos demais empregados, motivado pela maior qualificação da classe trabalhadora e pelos valores individualistas que impregnam as atividades produtivas na atualidade e que terminaram por minimizar a “consciência de classe” e esvaziar o “pátio da empresa”.

Assim, é comum afirmar-se que o contrato de trabalho servirá para expressar e atender nem tanto a desigualdade e oposição de interesses entre as partes contratantes, mas principalmente a desigualdade e diferença de interesses entre os distintos trabalhadores, que perdem sua feição molecular, passando a ser vistos como partes individualizadas.

Se é certo que esse processo transformador está em andamento como decorrência da maior personalização da relação de trabalho, por outro lado não são poucas as vozes que vêm considerando que o incremento da autonomia individual nada mais é que um processo artificial que supõe, em última instância, um incremento das faculdades unilaterais das empresas, de forma que, na prática, este reforço das construções jurisprudenciais à autonomia individual seria um dos motivos da falta de proteção dos direitos fundamentais, em particular os inespecíficos, no ambiente laboral.

Nesse sentido, como afirma Baylos Grau (2009, p. 126), a revalorização da autonomia individual e a maior maleabilidade dos sistemas de determinação das condições de trabalho são exigências que podem até vir a atender à pretensão de alguns empregados em determinadas circunstâncias, mas apenas na medida em que estas coincidam com as necessidades de maior adaptabilidade específicas da empresa, de modo que o determinante não é o indivíduo/trabalhador, tampouco uma lógica de interesses contrapostos como a que simboliza o contrato, mas apenas uma coincidência entre os interesses dos obreiros com os fins organizativos da empresa e sua estrutura de atuação.

O que há de concreto nesta questão é que um dos maiores problemas terminam sendo as tentativas de apresentá-la como de fácil, generalizante e simplificada solução. Nesse sentido, tem sido tentador, por um lado, a partir do que é patológico no contrato de trabalho, rotular como “amaldiçoada” toda a liberdade no negócio jurídico, que deveria para o bem do trabalhador estar colonizado pelas fontes normativas estatais (em especial as leis), ou no máximo pelas normas coletivas, de forma que os contratantes, empresários e empregados, adeririam a estas cláusulas impostas pelo Estado; ou, talvez, por outro lado, com apoio no formalismo clássico exacerbado, em viés diametralmente oposto, haja a tendência de dar verniz de legitimidade a toda cláusula pactuada, fazendo coro entre os que sustentam ser esta sempre fruto de uma manifestação de vontade livre, raciocínio que levaria à aceitação de toda cláusula em que o trabalhador renunciasse ao exercício de um direito fundamental.

É seguro que a percepção da legitimidade da autonomia individual do trabalhador, inclusive como instrumental idôneo para a restrição ao exercício de direitos fundamentais, há de ter como base a força ou a debilidade contratual do indivíduo trabalhador isoladamente considerado. Assim, essa independência deverá ser vista como idônea ao seu fim quando se refira a trabalhador que, por suas singulares características ou outras circunstâncias relevantes para o contrato de trabalho, possua força negociadora suficiente para pactuar suas condições de emprego da melhor maneira possível para o atendimento de seus interesses. Entretanto, esta não pode ser a visão da autonomia individual do trabalhador quando em relação àquele outro que, pela precariedade de seu emprego ou modalidade do contrato de trabalho, carece de poder negociador por si mesmo. Neste último caso, a autonomia individual servirá de máscara e apenas dará cobertura formal à determinação pejorativa das condições de exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, impostas de maneira unilateral pelo empregador.

Assim, a análise há de ser feita caso a caso, apreciando se a cláusula figura expressamente no contrato, com redação clara, sem vícios de consentimento, fixada com tempo definido, preferencialmente para atos concretos (o que, na prática, entretanto, causaria graves empecilhos em um contrato de trabalho por prazo indeterminado), hipóteses em que, ainda assim, deverá ser interpretada restritivamente. Por seu turno, as cláusulas devem ser vistas com reticências quando impostas genericamente nos contratos (para todos os empregados), fixadas em abstrato ou *pro futuro* ou, ainda, quando manifestamente não haja uma contrapartida em favor do trabalhador, situação que equivalerá a uma imposição pelo empregador, quando será tratada da forma como são vistas as restrições impostas por este, tornando, neste caso, irrelevante o consentimento específico do obreiro.

De qualquer sorte, vale registrar que, ainda que todos os critérios/requisitos antes enumerados restem atendidos, sempre será inadmitido na relação de trabalho o consentimento em limitações impostas aos direitos fundamentais que não tenham relação direta com a atividade objeto da relação laboral. Assim, há que se verificar o próprio objeto do contrato e em que medida este, de acordo com parâmetros de boa-fé, exige ou pode exigir, implícita ou explicitamente, a limitação de determinado direito fundamental para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar. Neste caso, o consentimento ou teria efeitos meramente declaratórios – se se trata

de uma limitação necessária para o desenvolvimento da atividade laboral, situação em que, ainda que falte o consentimento expresso, a limitação seria legítima –, ou poderia ter o efeito de concretizar uma restrição que, sem ser necessária, fosse, contudo, exigível no marco daquela específica atividade.

Ademais, entendemos igualmente que não deve ser admitido o consentimento nas restrições àqueles outros direitos, relativos a bens que, como já visto, ainda que pessoais, constituem simultaneamente valores comunitários ou a estes estão intimamente associados, a exemplo dos direitos à vida, cidadania e sigilo de voto, salvo quando, em relação aos dois primeiros, as restrições sejam inerentes à própria atividade laboral pactuada, de modo que, entre os limites específicos e adicionais a que os direitos fundamentais dos trabalhadores estão sujeitos, se encontra a natureza da relação de trabalho. Assim, está implícita no desempenho de certas atividades a restrição ao exercício de determinadas faculdades de alguns direitos fundamentais.

É o que se dá com a integridade física de policiais ou a liberdade religiosa dos padres da Igreja Católica, a liberdade ideológica dos empregados de empresas de tendência (v.g. ONGs voltadas ao tratamento de questões raciais, escolas religiosas), empregados contratados para experimentar drogas farmacêuticas em fase de teste, entre outros que são restritos pela própria natureza da atividade.

Vale ressaltar, entretanto, que, mesmo em se tratando deste tipo de limitação, inerente à própria natureza da atividade laboral pactuada, temos que a interpretação restritiva que se exige em relação ao ato de disposição de faculdades próprias ao exercício de um direito fundamental deve ser mantida, ainda quando, frise-se, estes limites estejam implícitos na própria relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Constituição da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020*. Dispõe sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press/New York: Oxford University Press, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- GRAU, Antonio Baylos. *Derecho del trabajo*. Contrato individual. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul.-dez. 2010.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 121-133, jul.-ago.-set. 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição portuguesa de 1976*. Organização de Jorge Miranda. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE DA REDE PÚBLICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

Séfora Graciana Cerqueira Char¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Da natureza jurídica do direito ao meio ambiente do trabalho sadio. 2.1 O conflito de interesses entre a garantia da higidez do ambiente do trabalho dos profissionais da saúde e a assistência à saúde da população. 3 Da responsabilidade da Administração Pública sobre a saúde e segurança dos profissionais da saúde da rede pública. 3.1 Da responsabilidade pessoal do agente da Administração Pública. 3.2 Da responsabilidade objetiva da Administração Pública. 3.3 Da responsabilidade solidária da Administração Pública em unidades de saúde privatizadas. 4 Do controle administrativo e jurisdicional da gestão do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde. 5 Da competência da Justiça do Trabalho.

1 • INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da constatação de que a pandemia da Covid-19 colocou os holofotes sobre um problema crônico e conhecido no País: os riscos do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde.

Partindo das premissas da presunção da identidade valorativa constitucional entre o direito à proteção dos trabalhadores dos riscos de sua atividade e o direito da população de receber a necessária assistência, bem como da relação de interdependência entre o interesse menos abrangente com o mais abrangente, extrai-se a autorização para a utilização do recurso técnico da ponderação, exigindo-se a harmonização entre os interesses.

Compreende-se que as normas que versam sobre o meio ambiente do trabalho encontram-se dispostas em todo o ordenamento jurídico pátrio e vinculam o gestor da unidade de saúde, inclusive as normas mais específicas, desde que derivem de autoridade pública de saúde ou sanitária e se assentem em paradigmas científicos, ficando os agentes e o ente público sujeitos ao controle administrativo e jurisdicional.

O artigo conclui com a demonstração técnica da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as pretensões deduzidas sobre a saúde e segurança do trabalho dos profissionais da saúde, tanto na qualidade de empregados quanto de terceirizados e estatutários, revelando o protagonismo atribuído pelo ordenamento

1 Procuradora do Trabalho (BA). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista (EMATRA). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial/Universidade Federal da Bahia (UFBA).

jurídico pátrio à preservação da integridade física dos trabalhadores da saúde, evidenciando a natureza coadjuvante do vínculo jurídico mantido entre as partes.

2 · DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SADIO

A normatividade inscrita na Constituição Federal de 1988 (arts. 1º, IV; 5º, XXIII; 7º, XXII; 100, VIII; 170, *caput*, III, VI; 196; e 225, *caput*) demonstra iniludivelmente a consciência acerca da necessidade da real proteção da saúde dos trabalhadores, inclusive dos profissionais da saúde, com a efetiva redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, com vistas ao reconhecimento do valor do trabalho humano.

Merecem destaque, no plano internacional, as prescrições expressas na Convenção n. 155 da OIT, que indica “a adoção de medidas necessárias para a promoção da segurança no trabalho, com o objetivo de prevenir acidentes e danos para a saúde” (artigos 3º e 4º); e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que impõe em seu art. 12 que seja viabilizada “a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente” e em seu artigo 7º assegura aos trabalhadores “a segurança e a higiene no trabalho”.

No plano infraconstitucional, frisa-se o art. 157 da CLT, que trata das medidas voltadas à garantia da saúde e segurança do trabalho, que se concretizam em medidas protetivas administrativas, de engenharia, coletivas e individuais, as quais constituem piso normativo, aplicável aos trabalhadores públicos e privados, inscrito nas normas regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente Secretaria de Inspeção do Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia) segundo os arts. 155 e 200 da CLT.

É a Norma Regulamentadora n. 32 que versa especificamente sobre saúde e segurança do trabalho em serviços de saúde, incidindo tanto sobre os serviços privados quanto públicos, nos afigurando ainda mais exigível à Administração Pública o cumprimento das normas de medicina e segurança editadas pelos entes públicos.

No que tange especificamente aos profissionais da saúde que atuam no enfrentamento do coronavírus, é digno de nota o fato de encontrarem-se submetidos a agente biológico da classe de risco 3 (segundo a Classificação de Risco dos Agentes Biológicos, publicada em 2017 pelo Ministério da Saúde), com potencial risco à saúde humana, o que demanda a observância, conforme as orientações do próprio Ministério da Saúde, de medidas administrativas, de engenharia e de proteção coletiva e individual.

Acrescente-se que também a Lei Orgânica do Serviço Único de Saúde (SUS), Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, garante a promoção e proteção da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, bem como a recuperação, reabilitação e assistência às vítimas de acidentes doenças e agravos relacionados ao trabalho.

Com a sedimentação da situação da pandemia da Covid-19 e em harmonia com as prescrições citadas e que já estavam presentes no ordenamento jurídico antes do surto, as autoridades de saúde de todos os entes da federação, inclusive como decorrência do cuidado com a saúde pública, viram-se premidas a regular as condições de trabalho dos profissionais da saúde, voltando-se mais especificamente à prevenção

do contágio da Covid-19, em claro exercício do federalismo cooperativista, previsto no art. 23 da Constituição Federal.

Destacam-se, entre as orientações e recomendações referentes às medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2): a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n. 4/2020 (atualizada em 8.5.2020); a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n. 7/2020 (atualizada em 5.8.2020); e, principalmente, o documento publicado pelo Ministério da Saúde em abril de 2020 (elaborado sob a Coordenação-Geral de Saúde do Trabalhador, com a colaboração técnica do Ministério Público do Trabalho) intitulado “Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de Covid-19 e outras síndromes gripais”, segundo o qual

todos os serviços de saúde devem garantir a adoção de medidas e mecanismos de proteção e promoção à saúde para todos os trabalhadores que atuam nos serviços, sejam eles empregados, terceirizados ou pertencentes a outras modalidades de vínculos. (BRASIL, 2020d, p. 10).

Do exposto, as inúmeras prescrições, cada vez mais específicas, sobre as medidas coletivas e individuais, protetivas ou de organização do trabalho, assentadas nesses documentos apontam para a necessária vinculação dos gestores das unidades de saúde, cujo desatendimento pode gerar a responsabilização da gestão de saúde.

2.1 · O CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A GARANTIA DA HIGIEDEZ DO AMBIENTE DO TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE E A ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA POPULAÇÃO

Observa-se a idêntica envergadura constitucional entre os interesses ligados à saúde dos profissionais e os da população, o que não advém apenas da topologia constitucional mas também do assento de ambos interesses em princípios e valores nucleares da Norma *Mater*. É relevante evidenciar que o direito à saúde e, nesse sentido, à preservação da vida e integridade física dos trabalhadores é, em princípio, presumidamente indisponível e não se confunde com o interesse particular e disponível por parte do trabalhador, tão comum nas relações laborais estatutárias e celetistas, evitando-se com esse esclarecimento a confusão que pode ser provocada pela relação entre conteúdo e continente, pelo fato de o direito à saúde dos trabalhadores também estar contido no direito à saúde da população de natureza mais abrangente.

Outro ponto que merece destaque é a interligação entre os interesses em questão, de modo que o adoecimento dos trabalhadores da saúde importa na diminuição da assistência à população, tanto por ocupar a rede de saúde como mais um paciente como por reduzir a força de trabalho voltada ao atendimento da população, o que vem sendo salientado pelos próprios entes públicos: “o adoecimento de profissionais de saúde é especialmente preocupante, pois pode reduzir os recursos humanos e comprometer a qualidade e potencial de resposta dos serviços de saúde” (BRASIL, 2020d, p. 5).

Sob outro ângulo, o alto grau de contágio e os agravos advindos com a Covid-19, sobretudo entre os vulneráveis, importam em sobrecarga dos sistemas de saúde, público e privado, de modo que, por consequência, também incidem no aumento do risco ocupacional dos trabalhadores da saúde, dado o incremento no volume de

trabalho e a maior pressão psíquica a que são submetidos, por terem de lidar com uma doença ainda pouco estudada, sem cura, sem vacina e com recursos escassos para tratamento dos pacientes e para a proteção durante o desempenho das atividades dos próprios profissionais.

Nessa senda de ideias, percebe-se que a preservação da saúde dos profissionais da saúde e a assistência à saúde da sociedade possuem também uma relação de recíproca causa e efeito, conduzindo à conclusão de que a utilização precipitada da escusa na adoção das medidas protetivas do meio ambiente do trabalho dos trabalhadores por parte dos gestores das unidades de saúde e das autoridades públicas, a pretexto de evitar o colapso do atendimento público, deve ser encarada com cautela, sob pena de acelerá-lo.

Partindo das premissas da presunção da identidade valorativa entre os direitos postos e da relação de interdependência entre o interesse menos abrangente com o mais abrangente, extrai-se a autorização para a utilização do recurso técnico da ponderação, o que exige a compatibilização entre o direito à proteção dos trabalhadores dos riscos de sua atividade com o direito da população de receber a necessária assistência.

Nessa esteira de ideias, é imprescindível demonstrar clara e objetivamente que o cumprimento das medidas de proteção, tal como descritas na norma, implicaria comprometimento da assistência à população, a fim de que o conflito em tese seja alçado à condição de conflito concreto de interesses e desafie a utilização da ponderação.

Importante, nesses casos, atentar-se ao princípio da proporcionalidade como referência no controle da atuação das autoridades públicas, o qual demanda especial atenção quando estas atuam no âmbito da fronteira dos direitos fundamentais, assumindo esse princípio papel destacado notadamente quando, diante de dois ou mais bens jurídicos, tenha-se que procurar o equilíbrio com a concordância prática, o que se traduz na avaliação das medidas efetivamente adotadas pelas autoridades e gestores das unidades de saúde e da possibilidade de cumprimento das normas protetivas.

Segundo os Códigos de Ética, em geral aos profissionais da área de saúde impõe-se o dever profissional de prestar socorro aos pacientes, visando à proteção da vida e da saúde, sob pena de responsabilização pela omissão; todavia, é possível juridicamente a suspensão das atividades em determinadas circunstâncias e sob certas cautelas.

Ainda há que se considerar a Lei n. 7.783/1989, que, ao dispor sobre o direito de greve, não excluiu do seu exercício as atividades essenciais, desde que, durante a movimentação, fique garantida a prestação dos serviços indispensáveis (art. 11 da Lei n. 7.783/1989) às necessidades da coletividade, entendidos como indispensáveis aqueles que, se não prestados, coloquem em risco a saúde da população.

Normas internacionais, de igual forma, não descartam a possibilidade de resistência, sem perder de mira os princípios da razoabilidade e da publicidade, reclamando a necessária comunicação ao empregador ou tomador dos serviços, a quem incumbirá o saneamento das irregularidades e a adequação do ambiente laboral, antes de exigir o retorno da prestação do serviço.

No âmbito penal, para que a prestação de socorro seja percebida como dever jurídico profissional, basta a omissão de agir do agente, a exemplo do médico ou enfermeiro, independente do resultado, o qual pode importar em majoração da pena ou qualificação do crime. Acrescente-se que, se, em virtude de encontrar-se

sob estado de necessidade, o profissional não puder prestar socorro, este tem o dever de informar às autoridades ou ao seu empregador os riscos a que está submetido e que fundamentam sua recusa ou suspensão do trabalho, inclusive diante da Lei n. 8.080/1990, que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil. Consiste, ainda, em obrigação do Estado, segundo o art. 196 da Constituição Federal, prover as medidas de proteção aos profissionais de saúde.

Os gestores públicos e particulares das unidades de saúde que prestem assistência a sintomáticos de síndrome gripal têm o dever de garantir a salubridade no meio ambiente do trabalho. Cabe ao gestor da unidade de saúde em conjunto com a comissão de controle de infecção hospitalar, Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) ou órgão congênere de aferição do meio ambiente do trabalho, segundo os documentos publicados pelo Ministério da Saúde, avaliar o risco da área de prestação da assistência e a presença de profissionais de saúde considerados vulneráveis, para providenciar o atendimento das medidas protetivas aplicáveis.

3 · DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A SAÚDE E SEGURANÇA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE DA REDE PÚBLICA

Com o intuito de evidenciar a consciência jurídica já consagrada pela mais Alta Corte do País em torno da conclusão de que o ente público se submete às normas constitucionais e infraconstitucionais acerca da proteção do meio ambiente do trabalho, segue a ementa com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA – DESCABIMENTO. 1. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. SÚMULA 736/STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos da Súmula 736/STF, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. Não se diga que a Súmula 736/STF encontra-se superada, uma vez que, nos autos da Rcl 3303/PI, a própria Suprema Corte, em composição plenária, já ratificou a aplicabilidade do referido verbete, mesmo após a decisão proferida na ADI 3.395-MC. Precedente da SBDI-2/TST. 2. ENTE PÚBLICO. SERVIDORES PÚBLICOS. HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. Não há preceito constitucional ou legal que autorize a Administração Pública a descumprir normas que asseguram a higidez do meio ambiente de trabalho, que tem, inclusive, proteção constitucional (art. 200, VIII, da Constituição Federal). De outro norte, a Carta Magna expressamente estendeu aos servidores públicos o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (arts. 7º, XXII, e 39, § 3º, da Constituição Federal), sendo certo que esse direito fundamental dos administrados somente pode se materializar pela observância de normas concernentes à higiene e medicina do trabalho. O absoluto descumprimento dessas regras resulta no perecimento desse direito fundamental, o que não se pode admitir, sob pena de se relegar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), vértice axiológico da Constituição Federal e do próprio Estado, a um plano secundário. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (eDOC 6, p. 1-2, rel. min. Gilmar Mendes).

Nessa linha, não obstante o ponto pacífico em torno da existência e do reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública pela higidez do meio ambiente do trabalho dos profissionais de saúde da rede pública, importante jogar luzes sobre a análise da sua natureza nos casos em que a relação entre o ente público for direta ou indireta com o trabalhador, como se buscará evidenciar a reponsabilidade pessoal do agente da Administração identificado como responsável por adotar as medidas voltadas à preservação da saúde e segurança do trabalho dos profissionais.

3.1 · DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em decisão paradigmática, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, cõncio da importância e urgência requerida pelo contexto pandêmico, decidiu que os atos de agentes públicos em relação à pandemia da Covid-19 devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias, sob pena de responsabilização pelos danos causados.

Por maioria de votos, os Ministros do STF concederam parcialmente medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) para conferir essa interpretação à Medida Provisória (MP) n. 966/2020, que trata sobre a responsabilização pessoal dos agentes públicos durante a crise de saúde pública:

O Tribunal, por maioria, analisou a medida cautelar, vencido, preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela inadequação da ação direta. Na sequência, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Foram firmadas as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. Tudo nos termos do voto do Relator. Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia, que concediam a medida cautelar em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que a concedia para suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro

Dias Toffoli. Plenário, 21.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF – Decisão relacionada às ADIs n. 6421; 6422; 6224; 6425; 6427; 6428; 6431).

A Medida Provisória n. 966, editada em 13 de maio do corrente ano, previa, entre outros pontos, que os agentes públicos somente poderiam ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agissem ou se omitissem com dolo ou erro grosseiro relacionados às medidas de enfrentamento à pandemia e aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes.

É certo que o julgamento trazido reveste-se de relevância no que tange aos atos dos agentes públicos que importem em prejuízo ao erário, mas nada perto da importância evidenciada, dada a prevalência na escala de valores da preservação à vida, do reconhecimento da responsabilidade pessoal do agente que descumpra as medidas estabelecidas pelas autoridades de saúde e sanitárias, com lastro científico, voltadas a garantir a higidez do meio ambiente do trabalho dos profissionais de saúde.

3.2 · DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento constante do Tema 932 da Repercussão Geral, consistente na responsabilização objetiva do empregador por danos derivados de acidente do trabalho em razão da natureza de risco da atividade desenvolvida.

Compreende-se que bem sintetiza o entendimento a ementa do parecer do procurador-geral da República emitido nos autos da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 828.040/DF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 932 DE REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AO EMPREGADOR POR DANO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 7º-XXVIII DA CR/88. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DO TRABALHADOR A SEGURO SOCIAL CONTRA ACIDENTE DE TRABALHO, INDEPENDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NORMA DE GARANTIA MÍNIMA, QUE COMPORTA PROGRESSÃO TUTELAR. ARTS. 200-VIII, E 225-§ 3º, DA CR/88. PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE, INCLUSIVE DO TRABALHO. ART. 927, PAR. ÚNICO, DO CCB. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO. COMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. 1. Os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (CR/88, art. 7º, *caput*), constituem um arcabouço mínimo protetivo que comporta progressão por meio de outros direitos de fonte legal e negocial (CR/88, art. 7ºXXVI), além daqueles previstos em tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil (CR/88, art. 5º, § 2º). 2. O art. 7º-XXVIII da CR/88 garante ao trabalhador direito ao seguro acidentário, independente da responsabilidade civil do empregador “quando incorrer dolo ou culpa”, condição mínima passível de elastecimento pelo legislador ordinário, já que o *caput* do artigo confere espaço para progressão do direito, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador. Precedente. 3. É amplo o conceito de meio ambiente adotado pela Constituição, “nele compreendido o do trabalho” (CR/88, arts. 200-VIII), noção que se articula com o direito social fundamental do trabalhador à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”

(CR/88, art. 7º-XXII). Em decorrência dessa especial proteção, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, nos termos do art. 225-§3º da Constituição, “sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. 4. Em sintonia com essa normatização constitucional, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) adotou a responsabilidade objetiva do agente causador de dano ao meio ambiente, com base no princípio do poluidor-pagador, que considera os danos provenientes do exercício da atividade econômica como externalidades a serem suportadas pelo empreendedor (art. 14-§1º). 5. É plenamente compatível com a norma fundamental do art. 7º-XXVIII da Constituição o reconhecimento de responsabilidade civil objetiva do empregador por dano decorrente de acidente de trabalho em atividades de risco, com fundamento no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que consagra a responsabilidade civil independente de culpa “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. 6. Afronta o princípio isonômico (CR/88, art. 5º-*caput*) e o primado hermenêutico da unidade da Constituição interpretação que exclua do meio ambiente do trabalho a ampla responsabilidade objetiva destinada à proteção do meio ambiente (CR/88, art. 225-§3º; CCB, art. 927, par. único), em sua compreensão multidimensional, impedindo a legislação ordinária de imputar idêntica responsabilidade pela reparação de danos causados à saúde e segurança dos trabalhadores, decorrente acidente de trabalho em atividade de risco. 7. Proposta de Tese de Repercussão Geral (Tema 932): “não contraria a Constituição o reconhecimento de responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de acidente do trabalho, quando a atividade desenvolvida, por sua natureza, implicar risco à saúde e segurança do trabalhador. Interpretação sistemática dos arts. 7º-XXII-XXVIII, 200-VIII e 225-§ 3º da Constituição, arts. 14-§1º da Lei 6.938/81, e 927 – parágrafo único do Código Civil” – Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Compreende-se que, nos termos da Constituição Federal, em cotejo com a previsão da responsabilidade civil independente de culpa prevista no Código Civil e com a Lei n. 6.938/1981, além de fixado o dever ativo de promoção do meio ambiente do trabalho digno, também é reconhecida a responsabilidade objetiva do causador, inclusive do ente público, dos danos aos profissionais de saúde, em especial considerando atividades de risco que desempenham.

O maior risco de acidentes e adoecimento em decorrência do trabalho, experimentado pelos trabalhadores da saúde, é um problema crônico e antigo, como bem evidencia o Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho,² segundo o qual o setor econômico mais notificado e a profissão com mais notificações de casos de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho foram, respectivamente, o setor de atendimento hospitalar e a profissão de técnico de enfermagem, seja na esfera pública, seja na esfera privada.

Já no contexto da pandemia, em documento sobre o qual o Ministério da Saúde tem se balizado, a Occupational Safety and Health – OSHA graduou o risco do trabalho da seguinte forma: “Risco muito alto” – em que estão incluídos os profissionais

2 Desenvolvido pela equipe do SMARTLAB de Trabalho Decente, decorrente da parceria entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e concebido consoante parâmetros científicos a partir de informações coletadas dos bancos de dados governamentais disponíveis de 2012 a 2018.

com alto potencial de contato com casos confirmados ou suspeitos de contaminação pela Covid-19 durante procedimentos médicos, laboratoriais ou *postmortem*, tais como médicos, enfermeiras, dentistas, paramédicos, técnicos de enfermagem, profissionais que realizam exames ou coletam amostras e aqueles que realizam autopsias; “Risco alto” – estão incluídos os profissionais que entram em contato com casos confirmados ou suspeitos de Covid-19 (tais como fornecedores de insumos de saúde e profissionais de apoio que entrem nos quartos ou ambientes onde estejam ou estiveram presentes pacientes confirmados ou suspeitos), profissionais que realizam o transporte de pacientes (ambulâncias), profissionais que trabalham no preparo dos corpos para cremação ou enterro; “Risco mediano” – estão incluídos os profissionais que demandam o contato com menos de 2 metros com pessoas que podem estar infectadas com o novo coronavírus (Sars-Cov-2), mas que não são consideradas casos suspeitos ou confirmados; que têm contato com viajantes que podem ter retornado de regiões de transmissão da doença (em áreas sem transmissão comunitária); que têm contato, em áreas com transmissão comunitária, com o público em geral (escolas, ambientes de grande concentração de pessoas, grandes lojas de comércio varejista); “Risco baixo” – estão incluídos os profissionais cuja atividade não requer contato com casos suspeitos, reconhecidos ou com potencial de vir a contrair o vírus, que não têm contato a menos de 2 metros com o público, ou que têm contato mínimo com o público em geral e outros trabalhadores.

Quanto à responsabilização, a pioneira Lei n. 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – prescreve, há quase quarenta anos, no art. 3º, IV: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”; e no art. 14, § 1º:

[...] Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Também no contexto da pandemia da Covid-19, o STF manteve a coerência, ao examinar a Medida Provisória 927, cujo art. 29 determinava que os casos de contaminação pelo novo coronavírus não seriam enquadrados como doença ocupacional, salvo se comprovado o nexo causal, decidindo em plenário, nos autos da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 828.040- DF, no dia 12 de março de 2020, à luz da Constituição, pela responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de doenças ocupacionais nos casos de exposição a riscos inerentes à atividade executada pelo trabalhador. A lógica, nesses casos, é a mesma estampada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Considerando o reconhecimento formal da atividade de risco desenvolvida pelos profissionais da saúde da rede pública, é inafastável a admissão, com esboço constitucional, da responsabilidade objetiva da gestão pública e privada pelos danos causados, respectivamente, aos trabalhadores da saúde estatutários e celetistas.

Nessa linha, observamos que o fato de as decisões do STF versarem sobre a responsabilidade do empregador, referindo-se diretamente a relações empregatícias, não afasta a juridicidade do reconhecimento da responsabilidade objetiva do gestor

público, em face de a fonte normativa utilizada na decisão autorizar essa ilação facilmente, a exemplo do art. 5º, § 2º; art. 200, VIII; e 225, § 3º, da Constituição Federal; art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981; e art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

3.3 · DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM UNIDADES DE SAÚDE PRIVATIZADAS

No que tange às unidades públicas de saúde privatizadas, pululam modelos de contratação, muitas vezes de licitude questionável, sendo os mais utilizados o de cogestão e o de prestação de serviços. A prática da admissão de servidores públicos, selecionados após concurso público, tem sido substituída pela contratação de profissionais empregados ou autônomos – não mais diretamente pela Administração, mas pela empresa ou organização social contatada para prestar os serviços públicos de saúde – ou ainda de trabalhadores quarteirizados, nas hipóteses em que a empresa terceirizada, por sua vez, subcontrata uma outra.

No Direito do Trabalho, já é pacificado o entendimento da responsabilização subsidiária do tomador de serviço no tocante às parcelas contratuais inadimplidas pela empresa terceirizada, atentando para que a Suprema Corte, no Recurso Extraordinário n. 760931, em regime de repercussão geral relativo ao tema 246, consolidou a tese jurídica no sentido de que:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Tal como se dá em relação aos créditos trabalhistas dos terceirizados, o ente público, quando na posição de contratante, tem o dever de fiscalizar, em todo o tempo de duração de um contrato administrativo, plenamente e tempestivamente, o cumprimento pelo contratado da obrigação de manter a higidez do meio ambiente do trabalho; todavia, visando à promoção do trabalho seguro e da saúde dos trabalhadores, o constituinte de 1988 estabeleceu responsabilidades compartilhadas entre a sociedade e o Poder Público na proteção e tutela do meio ambiente, de sorte que a responsabilidade pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador é solidária de todos aqueles que fazem parte da cadeia produtiva, como ocorre nas relações de consumo.

A jurisprudência dos tribunais vem acolhendo a tese de responsabilidade solidária entre a tomadora e a terceirizada (empregadora direta do trabalhador), objeto de discussão na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho que culminou com a aprovação do Enunciado n. 44, que assim preceitua:

Enunciado 44. Responsabilidade Civil. Acidente do Trabalho. Terceirização. Solidariedade. “Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores”. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Tratando-se de normas que tutelem a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, a sujeição da Administração Pública a esses faz-se claramente presente e, por assim ser, não pode o ente público se eximir da responsabilidade de observância

de tais preceitos, na medida que a base constitucional que os ampara está relacionada à proteção da vida do trabalhador e nesse sentido não há qualquer interferência quanto à natureza do vínculo existente entre o Poder Público, na qualidade de cogestor ou tomador de serviço, e os trabalhadores que prestam serviço de saúde pela rede pública contratados por empresa.

4 · DO CONTROLE ADMINISTRATIVO E JURISDICIONAL DA GESTÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

É ínsito ao Regime Democrático de Direito o controle da atividade dos entes públicos, notadamente, por exemplo, quanto à adoção das medidas pertinentes ao controle da pandemia da Covid-19. Pululam iniciativas direcionadas aos controles administrativos e jurisdicionais acerca da aquisição de aparelhos e insumos para utilização no combate à Covid-19, dos gastos públicos efetuados com essa justificativa, incluindo a ampliação e concretização da transparência, da abrangência e eficiência da assistência à saúde da população e, como não poderia ser diferente, das medidas imprescindíveis para a preservação da saúde e segurança dos profissionais de saúde da rede pública.

É de se observar, no que se refere ao controle judicial sobre os atos de gestão de saúde, que, em regra, o controle está restrito ao cumprimento da prescrição normativa, sendo admissível em relação aos aspectos vinculados do ato, seja ele predominantemente vinculado ou predominantemente discricionário, ou ainda sobre o conteúdo discricionário, como há muito já se defende.

A jurisprudência tem avançado e ampliado o controle judicial sobre os atos discricionários com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição e em outros princípios constitucionais aplicáveis à atuação administrativa, como entendeu a Suprema Corte nos seguintes julgados:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014).

TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos

pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par.1, da CF. NOTÓRIO SABER – Incisos III, art. 235 e III, par.1, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação enseja a qualquer do povo sujeitá-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. (BRASIL, 1994).

A doutrina contemporânea prevê que duas são as teorias que garantem um amplo controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários: a teoria que trata do desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes. Acerca destas teorias, o Ministro do STF Alexandre de Moraes (2006, p. 18) destaca:

Pela primeira, o Poder Judiciário poderá exercer amplo controle sobre os atos administrativos, quando o administrador utilizar-se de seu poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou, ou seja, utilizar-se indevidamente dos critérios da conveniência e oportunidade [...] Pela teoria dos motivos determinantes, os motivos expostos pelo administrador como justificativa para a edição do ato associam-se à validade do ato, vinculando o próprio agente, de forma que a inexistência ou a falsidade dos pressupostos fáticos ou legais ensejadores do ato administrativo acabam por afetar sua própria validade, mesmo que o agente não estivesse obrigado a motivá-lo.

Admite-se, ainda, o controle pelo Poder Judiciário quando existentes conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, aqueles que não apresentam noções precisas, cabendo ao judiciário substituir a interpretação realizada pela Administração Pública quando abusiva ou arbitrária, como também pontua Moraes (2014).

Neste contexto, Di Pietro (2007, p. 3) alerta que, atualmente, o controle pautado na legalidade não deve estar adstrito tão somente à lei:

Amplia-se a possibilidade de controle judicial porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Assim, falar hoje em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico.

Observa-se, destarte, que correntes doutrinárias já têm permitido essa ampliação do controle jurisdicional nos atos discricionários da administração, advertindo que por vezes, ao praticar o ato, o agente excede no seu poder, desvinculando-se dos reais motivos que autorizariam a sua conduta.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello (2014, p. 979):

Assim como ao judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem instrumentos de controle judicial dos atos administrativos discricionários, principalmente para inibirem abusos de poder sob a aparência de legalidade, sujeitos tanto ao controle

administrativo, inclusive pelo Ministério Público do Trabalho, quanto ao jurisdicional, pela Justiça do Trabalho.

No mesmo sentido, conforme já afirmado, no julgamento acerca da constitucionalidade da MP n. 966/20, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que os atos de agentes públicos em relação à pandemia da Covid-19 devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias sob pena de responsabilização pelos danos causados, demonstrando à sociedade a imprescindibilidade do controle jurisdicional dos atos do ente público, notadamente, no contexto de combate à pandemia.

5 · DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho, no rol de sua competência prevista no art. 114 da Constituição Federal, estabeleceu que cabe a esta justiça especializada o processamento e julgamento de ações que envolvam indenização por dano moral ou patrimonial, bem como outras controvérsias decorrentes da relação de emprego (incisos VI e XI). Partindo de tal premissa e, considerando que a base do Direito do Trabalho se pauta na proteção dos trabalhadores, a violação aos direitos positivados no art. 7º do texto constitucional enseja a competência da Justiça do Trabalho, quando diretamente afetados por comportamento inadequado do empregador.

Nesse sentido, adentrando-se especificamente nas normas constitucionais e legais que regem a proteção da segurança e saúde do obreiro, é de se considerar que a disposição contida no art. 225 da CF/88, que trata do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, inclui, por essência, o meio ambiente do trabalho. Dessa forma, a base constitucional a que é atribuída a proteção da ambiência laboral reflete sua observância em quaisquer atividades que envolvam relações de trabalho, sejam elas prestadas por pessoas jurídicas de Direito Público, seja pelas de Direito Privado.

Por tais considerações, e tratando-se de normas que tutelam, acima de tudo, a proteção da vida do trabalhador, é que não se pode admitir tratamento diferenciado quanto à competência da Justiça do Trabalho para as questões que envolvam meio ambiente do trabalho quando, no polo passivo da demanda, encontra-se ente da Administração Pública direta ou indireta.

Nesse sentido já há entendimento fixado pela Suprema Corte, conforme a Súmula n. 736, que reconhece tal competência quando a questão objeto da lide envolve descumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho, de modo que a Administração Pública assegure direitos constitucionais sem que haja violação à separação dos Poderes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA – DESCABIMENTO. 1. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. SÚMULA 736/STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos da Súmula 736/STF, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. Não se diga que a Súmula 736/STF encontra-se superada, uma vez que, nos autos da Rcl 3303/PI, a própria Suprema Corte, em composição plenária, já ratificou a aplicabilidade do referido verbete, mesmo após a decisão proferida na ADI 3.395-MC. Precedente da SBDI-2/TST. 2. ENTE PÚBLICO. SERVIDORES PÚBLICOS.

HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. Não há preceito constitucional ou legal que autorize a Administração Pública a descumprir normas que assegurem a higidez do meio ambiente de trabalho, que tem, inclusive, proteção constitucional (art. 200, VIII, da Constituição Federal). De outro norte, a Carta Magna expressamente estendeu aos servidores públicos o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (arts. 7º, XXII e 39, §3º, da Constituição Federal), sendo certo que esse direito fundamental dos administrados somente pode se materializar pela observância de normas concernentes à higiene e medicina do trabalho. O absoluto descumprimento dessas regras resulta no perecimento desse direito fundamental, o que não se pode admitir, sob pena de se relegar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), vértice axiológico da Constituição Federal e do próprio Estado, a um plano secundário. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (eDOC 6, p. 1-2, rel. min. Gilmar Mendes).

Nesse diapasão, também o Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo do julgamento do Recurso de Revista n. 2330-22.2012.5.10.0009 em 12 de fevereiro de 2020, consagrou entendimento acerca da competência dessa justiça especializada para ações envolvendo a tutela do meio ambiente do trabalho, ainda que sejam os servidores submetidos a regime estatutário. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO DISTRITO FEDERAL. TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. ABRANGÊNCIA DE TODOS OS TRABALHADORES, INCLUSIVE DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. MATÉRIA EMINENTEMENTE TRABALHISTA. SÚMULA 736 DO STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nesta fase processual, encontra-se em discussão qual seria o Órgão jurisdicional competente para julgar ação civil pública tendo como objeto a tutela do meio ambiente do trabalho, por meio da qual se busca dar efetividade ao comando do art. 225 da Constituição Federal. A presente ação tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Distrito Federal, das normas relativas à higiene, saúde e segurança do trabalho – o que configura direito constitucionalmente assegurado tanto aos trabalhadores regidos pela CLT quanto àqueles submetidos ao regime estatutário, conforme o disposto nos arts. 7º, XXII, e 39, § 3º, da CF. Frise-se que a natureza do vínculo empregatício firmado entre o ente público e o trabalhador, no caso concreto, não tem relevância para alterar a competência para julgar esta lide, haja vista que a tutela do meio ambiente do trabalho deve se dar de forma efetiva e adequada quer se trate de servidor público estatutário, quer envolva empregados celetistas – de modo que o bem jurídico que se busca proteger se encontra diretamente relacionado à competência da Justiça do Trabalho, subsumindo-se às hipóteses previstas no art. 114, I, da Constituição Federal. Ressalte-se ser comum que, no mesmo ambiente laboral dos Órgãos públicos, convivam pessoas ligadas à Administração Pública por diferentes vínculos: servidores públicos estatutários, empregados públicos regidos pela CLT, servidores contratados por tempo determinado (Lei 8.745/93), trabalhadores prestadores de serviços terceirizados e estagiários. Nesse contexto, como as condições de segurança, saúde e higiene de trabalho afetam a todos os trabalhadores indistintamente, seria inviável definir a competência para apreciar ações como esta, tendo como fundamento determinante a condição jurídica individual de cada trabalhador dentro da Administração Pública. Cuida-se, destarte, de situação distinta da examinada pelo STF na ADI 3.395-6, para a qual a definição da competência jurisdicional decorreu da natureza do regime jurídico:

se celetista ou estatutário. Destaque-se, inclusive, que o entendimento jurisprudencial do STF acerca da matéria em discussão demonstra que a limitação de competência imposta à Justiça do Trabalho pela decisão daquela Corte na ADI 3395-6 não alcança as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. Nessa linha de raciocínio, tem aplicação à hipótese dos autos a Súmula 736 do STF, segundo a qual “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”. *Portanto, insere-se no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho a apreciação e julgamento de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, mediante a qual se formulam pedidos relativos à adequação do meio ambiente de trabalho, em face de ente público, para todos os trabalhadores, independentemente do vínculo jurídico laboral, inclusive para os servidores estatutários.* Julgados desta Corte Superior. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2020g, grifo nosso).

Além disso, no julgamento proferido pelo STF quando da apreciação da Reclamação n. 3.303-PI, proposta em face de ação civil pública ajuizada pelo MPT contra o Estado do Piauí, firmou-se o entendimento no sentido de ser a Justiça do Trabalho competente para julgar ação que tenha por objetivo obrigar a Administração Pública – ainda que se trate de relação submetida ao regime estatutário – a obedecer às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. A decisão, proferida pelo relator, ministro Carlos Ayres Britto, possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto. (BRASIL, 2007).

Para que dúvidas não restem quanto à competência da Justiça do Trabalho para ações que envolvam violação as normas de saúde e segurança do trabalho em que seja parte o ente público, independentemente do tipo de vínculo constituído com os trabalhadores, destacam-se outros julgados da Corte Trabalhista que reconhecem pacificamente tal entendimento:

RECURSO DE EMBARGOS. REGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. SERVIDORES ESTADUAIS ESTATUTÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A eg. Quarta Turma não conheceu do recurso de revista, sob o fundamento de que a Justiça do Trabalho é incompetente para resolver controvérsias envolvendo servidor público estatutário mesmo nos casos que envolvam o meio ambiente e a segurança do trabalho e as condições de saúde do servidor. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 3.303/PI, DJe 16/05/2008, concluiu que a restrição da competência da Justiça do Trabalho para julgar as causas de interesse de servidores públicos, resultante do decidido na ADI nº 3.395/DF-MC, não alcança as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho cuja causa de pedir seja o descumprimento de normas de segurança, saúde e higiene dos trabalhadores. Recurso de embargos conhecido

e provido. (E-ED-RR-60000-40.2009.5.09.0659, Subseção I - Especializada em Dissídios Individuais, rel. min. Waldir Oliveira da Costa, *DEJT* 29 nov. 2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. ABRANGÊNCIA DE TODOS OS TRABALHADORES, INCLUSIVE DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. MATÉRIA EMINENTEMENTE TRABALHISTA. SÚMULA 736 DO STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A presente ação civil pública tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Estado do Rio de Janeiro, das normas relativas à higiene, segurança e saúde do trabalho – o que constitui direito constitucionalmente assegurado tanto aos trabalhadores regidos pela CLT quanto àqueles submetidos ao regime estatutário, conforme o disposto nos arts. 7º, XXII, e 39, § 3º, da CF. Frise-se que não está em discussão a natureza do vínculo empregatício, que não tem relevância para o objeto da presente ação. Situação, portanto, distinta da examinada pelo STF na ADI 3.395-6, para a qual a definição da competência jurisdicional decorre da natureza do regime jurídico: se celetista ou estatutário. Nessa linha de raciocínio, tem aplicação à hipótese dos autos a Súmula 736 do STF. Julgados desta Corte Superior. Portanto, insere-se no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho a apreciação e julgamento de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, mediante a qual se formulam pedidos relativos à adequação do meio ambiente de trabalho em face de ente público para todos os trabalhadores, independente do vínculo jurídico laboral, inclusive para os servidores estatutários. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL, 2019b).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N. 13.015/2014 E 13.105/2015 – DESCABIMENTO. [...] 2. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. SÚMULA 736/STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos da Súmula 736/STF, “compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”. Não se diga que a Súmula 736/STF encontra-se superada, uma vez que, nos autos da Rcl 3303/PI, a própria Suprema Corte, em composição plenária, já ratificou a aplicabilidade do verbete, mesmo após a decisão proferida na ADI 3.395-MC. Precedentes. [...] Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (BRASIL, 2017).

É observado que resta sedimentado, inclusive pela mais Alta Corte, o entendimento pela competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões que envolvam trabalhadores sujeitos a regime estatutários, uma vez que tais questões são puramente afeitas às normas de proteção à segurança e à saúde do trabalhador, amparadas, integralmente, pela Constituição Federal na forma já exposta.

O que, por outro lado, verifica-se é que, ou no contexto da pandemia ou mesmo em outras oportunidades, a aplicação da boa técnica jurídica conduz à constatação que determinados fatos podem desafiar concomitantemente a apreciação de vários

ramos do Judiciário, observadas as regras de divisão de competência, de acordo com o que seja objeto de apreciação.

O reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para julgar as pretensões deduzidas sobre saúde e segurança do trabalho, esfera judicial materialmente especializada na apreciação do meio ambiente do trabalho, cerne e origem do próprio Direito do Trabalho, é revelador do protagonismo atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro à preservação da integridade física do trabalhador, independente da qualidade do seu vínculo jurídico.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n. 04/2020*. 2020a. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/Nota+T%C3%A9cnica+n+04-2020+GVIMS-GGTES-ANVISA/ab598660-3de4-4f14-8e6f-b9341c196b28>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n. 07/2020*. 2020b. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/NOTA+T%C3%89CNICA+-GIMS-GGTES-ANVISA+N%C2%BA+07-2020/f487f506-1eba-451f-bccd-06b8f1b0fed6>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 66*, de 13.5.2020. 2020c. Disponível em: https://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=25453. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452/1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n. 7.783/1989*. Lei de Greve. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.019/1974*. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.080/1990*. Lei Orgânica do SUS. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.666/1993*. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia – Secretaria do Trabalho. *Norma Regulamentadora n. 32: Segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde*. 2005. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-32.pdf. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Petição inicial da Ação Civil Pública - MPT n. 0100370-10.2020.5.01.009.*

BRASIL. Ministério da Saúde. *Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de Covid-19 e outras síndromes gripais.* Abr. 2020d. Disponível em: <http://profsaude-abrasco.fiocruz.br/sites/default/files/publicacoes/cgsat-recomendacoes-de-protecao-aos-trabalhadores-dos-servicos-de-saude-no-atendimento-de-covid-19.pdf>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIs 6342; 6344; 6346; 6348;6349;6352; 6354 – Ref-MC/DF.* Relator ministro Marco Aurélio. Red. p/ o ac. ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 29 abr. 2020e. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 658.171 – DF.* Relator Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 1º abr. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25061175/agreg-no-recurso-extraordinario-re-658171-df-stf/inteiro-teor-118287716>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 1062324. Relator ministro Gilmar Mendes. *DJ* 25 mar. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000343933&base=baseMonocraticas>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos.* 2020f. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 3.303-PI. Relator ministro Carlos Ayres Brito. *DJ*: 19 nov. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725140/reclamacao-rcl-3303-pi>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 167.137 – TO. Relator ministro Paulo Brossard. Data do julgamento: 18 out. 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705204/recurso-extraordinario-re-167137-to/inteiro-teor-103097478?ref=juris-tabs>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1090-60.2015.5.22.0105. Relator ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento: 14 jun. 2017. Publicação: *DEJT* 23 jun. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#440da2a1d53d4e48b74a00cdf691ee1>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 10429-57.2013.5.01.0021. Relator ministro Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 28 ago. 2019. Publicação: *DEJT* 30 ago. 2019b. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750896150/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-104295720135010021>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos Declaratórios em Recurso de Revista n. 60000-40.2009.5.09.0659. Relator ministro Walmir Oliveira da Costa. *DJ* 22 nov. 2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/653841429/embargos-declaratorios-recurso-de-revista-e-ed-rr-600004020095090659>. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 2330-22.2012.5.10.0009. Relator ministro Mauricio Godinho Delgado. *DJ* 12 fev. 2020g. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810387381/recurso-de-revista-rr-23302220125100009?ref=serp>. Acesso em: set. 2020.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. 251, p. 61-76, maio/ago. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – Redae*, n. 9, 2007.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, v. 243, p. 13-28, set./out./nov./dez. 2006.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n. 155 – Saúde e Segurança dos Trabalhadores*. 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm. Acesso em: set. 2020.
- RODRIGUES; Lucas Amadeu Lucchi; LUCCHI, Renatha Doano Pires. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com base nos princípios da administração pública e da inafastabilidade da jurisdição*. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/controle-jurisdicional-dos-atos-administrativos-discricionarios-com-base-nos-principios-da-administracao-publica-e-da-inafastabilidade-da-jurisdicao/>. Acesso em: 21 maio 2020.
- SMARTLAB. *Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho*. Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst>. Acesso em: set. 2020.

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

O abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do Direito brasileiro

Tainá Viana¹
Marcelo Beckhausen²

“Se quisermos ser capazes de julgar com largueza, como é óbvio que devemos fazer, precisamos tornar-nos capazes de enxergar com largueza.”

(CLIFFORD GEERTZ)

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentação teórica. 2.1 Conceituação da prática: o que é o abandono de gemelar. 2.2 Definição legal: teoria do delito – excludente de ilicitude. 2.3 Do aspecto antropológico, social e multicultural. 2.4 Do procedimento penal de réu indígena. 2.5 Do acolhimento do gemelar abandonado. 3 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

O abandono de gemelares entre as comunidades Guarani é um evento relevante ao direito em suas várias perspectivas. Além de ser um desafio lidar com a questão da imputação deste abandono de menor dentro de uma esfera cultural e social como uma prática costumeira e aceitável, tem-se o fato de a criança ficar eventualmente vulnerável, necessitando de amparo estatal.

Este estudo busca uma classificação a partir da teoria do delito e da esfera constitucional para esse tipo específico de ato na cultura indígena, com reflexos no direito estatal, e também uma solução social para o gemelar desamparado.

Assim, o presente artigo tem o objetivo de demonstrar que o ato de abandonar um gemelar pela cultura Guarani, seguindo suas crenças e costumes, pode evidenciar uma excludente de ilicitude no direito penal brasileiro. Conforme será delineado ao longo deste estudo, para punir o índio praticante de tal ato ante sua compreensão diversa do ilícito, o que poderá ser enquadrado como erro de proibição, deve-se assegurar que esse possa ser corretamente defendido, pois em não sendo assim estaria o Estado agindo com inconstitucionalidade e de forma inadequada.

1 Acadêmica do curso de Direito. Aluna de iniciação científica na Universidade do Vale do Rio dos Sinos com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra.

2 Procurador Regional da República (com experiência na área cível e criminal). Ex-Procurador Regional dos Direitos do Cidadão. Membro do Núcleo de Apoio Operacional à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PRR4. Professor de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela UNISINOS. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

No que tange à questão social e ao desamparo da criança abandonada pelos Guaranis, sugere-se aqui a figura do acolhimento institucional estatal, dando-lhe a chance de ser adotada e inserida em um novo núcleo familiar, priorizando as famílias indígenas da mesma etnia.

Portanto, aqui se partirá de uma perspectiva constitucional para tratar do abandono de gêmeos no sistema jurídico brasileiro, buscando alternativas teóricas e práticas para o enquadramento dessa prática indígena ante o direito estatal.

2 · FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 · CONCEITUAÇÃO DA PRÁTICA: O QUE É O ABANDONO DE GEMELAR

Talvez o Constituinte de 88 tenha caminhado aquém do desejado pelos povos indígenas: um fechamento da diferenciação funcional no sentido da autonomia dessas populações através do reconhecimento de uma “judicialização” interna do comportamento de seus respectivos sistemas sociais, que ocorre em outros países latino-americanos, como a Bolívia, que estabelece “*la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades*”, no artigo 179 da Constituição boliviana, ou como a Colômbia, ao estatuir que “*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos*”, artigo 246 da Constituição colombiana.

Mesmo que a Carta Constitucional não tenha chegado a essa integração institucional, seu art. 231 permite que se inicie um percurso judicial a partir da diferença cultural, reconhecida claramente pelo texto, em sua composição com outros direitos igualmente fundamentais. Assim, em que pese a grande discussão hoje sobre perspectivas interculturais – em que a simetria entre expectativas de comportamento entra em jogo – e multiculturais, em que o Estado assume uma posição de interlocutor e gestor de políticas, a ideia presente ao longo do texto é apresentar uma proposta de atuação para os agentes responsáveis pela proteção dessas Comunidades, ou para essas próprias, a fim de que possam lidar com situações bastante desafiadoras, cuja complexidade, aliás, o texto constitucional não conseguiu incorporar em larga medida a ponto de criar um vínculo mais estreito da Magna Carta com o agir das instituições.

A Constituição de 1988 preencheu diversas lacunas normativas e transformou outros dispositivos a partir de demandas internacionais do agregado e nacionais, por pressões sociais dos mais diferentes grupos, diante de um momento que procurava a democratização das instituições, devidamente integradas ao texto constitucional, determinando que essas cumprissem tarefas relacionadas aos mais variados temas, desde o meio ambiente até a diferença cultural. A Constituição agregou instituições que atuam na ordem constitucional permitindo que da ação coletiva e dinâmica dessas “e dos indivíduos, no plano constitucional, possa se desdobrar uma resultante predominância de efeitos benéficos ao sistema e aos destinatários de sua atividade” (BOLONHA; RANGEL; ALMEIDA, 2014, p. 13), entre os quais destaco as populações indígenas, e possibilitando, também, “um eficiente e estável funcionamento deste agregado”.

Dessa forma, populações indígenas e instituições que devem atuar na proteção destas assumem um compromisso irrevogável de defesa da Constituição, ao

fundador do sistema do Direito, na medida em que essa interação pode ser observada a partir de eventuais paradoxos ocasionados pela hipercomplexidade do sistema social Guarani e da correlata hipercomplexidade de respostas normativas e judiciais. As comunidades indígenas devem ser objeto de uma ação conectada com o texto constitucional, em que ocupam igualmente um espaço de fundamentalidade, em face de sua plurivulnerabilidade (política, sociocultural, imunológica), ensejando ações articuladas entre os entes federados (BRASIL, 2020).

Os aportes antropológicos já existentes permitem iniciar o percurso e evidenciar o tema de forma bastante abrangente. O livro *Diálogos com os Guaranis*, das autoras catarinenses Nádia Heusi Silveira, Clarissa Rocha de Melo e Suzana Cavalheiro de Jesus, traz de forma conceitual o abandono de gemelares na cultura Guarani. Nele as autoras explicitam que, para a comunidade, tanto entre os grupos *Mbya* quanto entre os *Nhandeva*, os desdobramentos em função de uma gestação de gêmeos começam desde cedo. E assim, as índias gestantes implementam, inclusive, dietas alimentares e as restrições envolvidas nos processos de produção de corpos já visando evitar o nascimento de crianças com deficiência e (ou) gêmeas.

A concepção de deficiência pelo fator gemelar decorre de que “não é bom que pessoas com essas constituições venham a nascer nesta terra, por diversas razões, especialmente por, provavelmente, seus corpos serem mais frágeis” (SILVEIRA; MELO; JESUS, 2016). Assim, existe um entendimento tradicional de que o corpo alterado é consequência de falta de cuidados por parte dos pais, o que indica que eles precisam ter um grau de cuidados ainda maior com crianças gêmeas.

No que diz respeito a essas crianças, as autoras trazem algumas explicações da narrativa sobre *Pa'i Rete Kuaray*, conhecida como mito dos gêmeos. Nessa senda, Léon Cadogan escreve sobre relatos Guarani que percebem o nascimento de gêmeos como resultado de uma união que desagrada os deuses. Explica o antropólogo que “as crianças gêmeas nasceriam portadoras de espíritos malignos e nenhuma mulher em idade fértil as poderia tocar, ver ou ouvir o choro dessas crianças” (CADOGAN, 1946). Mas, ainda hoje é comum entre os Guaranis práticas culturais destinadas à prevenção do nascimento de gêmeos, mostrando ser esse fato um grande desafio à tribo, pois para eles isso é uma ameaça às gerações futuras.

Para as comunidades *Nhandeva*, a questão da produção de corpos distintos engloba tanto o bebê com alguma deficiência quanto gêmeos. As autoras Silveira, Melo e Jesus explicam (2016) que,

nas narrativas dos mais velhos, quando um casal tem filhos gêmeos, do mesmo sexo, espera-se que *Nhanderú* leve um deles. Mas se nascerem de sexos diferentes, um menino e uma menina, ambos sobreviverão e um deles terá um filho com alguma deficiência.

Resta claro que a semelhança dos corpos é narrada como fato extraordinário. Assim, no entendimento Guarani, duas pessoas do mesmo sexo, que nascem da mesma gestação, possuem poucas chances de sobreviver. E, quando são de sexos diferentes e sobrevivem, o fato de uma delas gerar um filho com deficiência pode indicar também que a gemelaridade está relacionada às causas de deficiências e, portanto, deve a criança ser excluída da sociedade indígena.

Nesse sentido, Silveira, Melo e Jesus novamente explicam (2016):

Mesmo a categoria deficiência utilizada no cotidiano não corresponde ao significado dado pela Política Nacional. Por fim, reconhecemos que inclusive a ideia de corpo distinto, que usamos neste texto, não preenche totalmente o sentido que é explicitado nas narrativas ouvidas entre essas parcialidades, pois a semelhança acentuada dos gêmeos idênticos também caracteriza um corpo que pode ser considerado fora do padrão social. Desse modo, a categoria corpos distintos visa abarcar corpos que se diferenciem dos demais por um fenômeno que a biomedicina ou a área da educação especial denominaria de deficiência e corpos que tenham nascido juntos, em uma mesma gestação, que é o caso das crianças gêmeas (JESUS, 2013). Assim, tanto semelhanças quanto diferenças significativas são critérios para definir e classificar quem não está dentro daquilo que se percebe como padrão corporal naquela sociedade.

É preciso entender que o nascimento de crianças gêmeas nas aldeias é compreendido como falha na comunicação com os deuses, e essas crianças amaldiçoadas não devem compor a aldeia, sendo por esse motivo rejeitadas.

No já referido livro, *Diálogos com os Guaranis* (SILVEIRA; MELO; JESUS, 2016), as autoras ainda esclarecem:

Para evitar o nascimento de crianças gêmeas, as mulheres grávidas Mbya seguem alguns preceitos, tais como: evitar deixar objetos iguais próximos um ao outro, como duas panelas de igual tamanho sobre o fogo de chão, entre outras associações que possam atrair a gemelaridade na gestação. Nesses casos, os Mbya se furtam de criar os gêmeos nas mesmas parentelas, por entenderem que tal atitude pode trazer mau agouro a todos os parentes. Sendo assim, no caso desses nascimentos, os Mbya logo os separam através da escolha de uma das crianças que será transferida para outras parentelas, geralmente da parcialidade. Tal decisão, bastante difícil para a mãe, constitui-se, desse modo, em um sacrifício individual em favor do social.

As mulheres Mbya relatam que, antigamente, ao tomarem conhecimento da gemelaridade na gestação através das consultas com os pajés, essas mães já não investiam nos cuidados necessários, desde a gravidez, para a conformação do Ser, dentro do que seja considerado humano por esse povo. Assim, essas crianças não eram consideradas humanas desde muito antes do nascimento e, em tempo anteriores, não as deixavam para que pudessem viver.

Porém, atualmente, existe um controle estatal por meio dos órgãos de saúde indígenas que, ao diagnosticarem a gestação de gêmeos, informam essas mulheres das implicações a respeito de práticas culturais antigas. Resta clara a complexidade do caso dessas crianças na sociabilidade Guarani em frente aos desafios do Estado na compreensão da diferença cultural existente dentro de nosso País. Assim, necessária se faz a análise das teorias do delito para a compreensão do enquadramento da prática do abandono dentro do ordenamento jurídico brasileiro, já que é papel da Constituição “permitir que a relação entre as instituições assumam formas diversas para se adaptar às circunstâncias internas ou externas ao sistema que poderão comprometer o seu regular funcionamento” (BOLONHA; RANGEL; ALMEIDA, 2014, p. 25).

2.2 · DEFINIÇÃO LEGAL: TEORIA DO DELITO – EXCLUDENTE DE ILICITUDE

O exposto neste estudo resulta de uma teia social que regula a vida indígena, demonstrando que a vida coletiva é priorizada em relação à individual e, assim, o nascimento de um gêmeo é, culturalmente, uma ameaça à saúde de toda uma

aldeia Guarani, caracterizando-se como um mal que deve ser banido, algo que lhes foge do alcance crítico e consciente.

Nas palavras de Van Broeck (2001), quando se refere a *cultural offences*, os crimes culturalmente motivados são:

Un acto de un miembro de una cultura minoritaria que es considerado un delito por el sistema jurídico de la cultura dominante. El mismo acto es, sin embargo, dentro del grupo cultural del delincuente, perdonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o, incluso, promovido em una situación dada.

Por sua vez, no conceito de Cristina de Maglie (2017, p. 70), os crimes culturalmente motivados podem ser identificados como

[u]m comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário, que vem a ser considerado como delito pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente, é, por outro lado, aceito como normal ou aprovado ou, em determinadas situações, é ate mesmo imposto.

Nessa senda, as tradições, usos e práticas culturais têm influência nas decisões e ações individuais. Se assim é, isso significa que a motivação cultural configura o sentido interno da ação, constituindo um fator explicativo da sua prática e, por isso, um aspecto relevante na apreciação da responsabilidade criminal do agente (DIAS, 2015).

Conforme dispõe a autora Fátima Cisneros Ávila (2018, p. 226):

Os requisitos exigidos para a configuração de um crime culturalmente motivado possuem estruturação em forma de níveis. Essa estruturação parte do fator psíquico, que se relaciona à ingerência da cultura no arbítrio do indivíduo; passa pelos fatores objetivos atinentes à identidade de reações entre o autor cultural e os demais integrantes do grupo; por último, há a verificação da existência de relação antagonica entre a cultura majoritária e a de pertença.

Assim, o ato de abandonar um gemelar não pode ser tipificado como doloso, uma vez que falta aos Guaranis a intenção de prejudicar a criança em si, ou seja, não está presente o dolo direto ou eventual para a ação, pois como explicitado não se trata de um ato discricionário de vontade, mas de algo que é culturalmente aceito e imposto de geração em geração.

Conforme Raul Zaffaroni e Pierangeli sugerem, existe uma categoria autônoma, o erro de compreensão culturalmente motivado, tendo em conta que a situação de consciência divergente é capaz de conduzir a um legítimo erro de compreensão invencível e apta a ensejar a não culpabilidade, pois decorre justamente da hipótese de que sujeitos instruídos por bases culturais distintas, as quais são internalizadas desde tenra idade por intermédio de comandos de conduta, entram em conflito com o sistema jurídico dominante (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019).

Desta forma, estamos diante do erro de proibição, que é aquele em que o agente desconhece a ilicitude do ato praticado ou acredita que tal ato é justificável ante a sua percepção cultural. Esse tipo penal está previsto no art. 20 e seguintes do Código Penal brasileiro, em especial no tocante ao texto do § 1º deste, bem como o temos expressamente tipificado no art. 21 do mesmo diploma legal.

Desse modo,

o erro de compreensão culturalmente condicionado será um erro de proibição invencível, que eliminará a culpabilidade da conduta, por mais que a consciência

dissidente, em princípio, por si mesma, não seja uma causa de inculpabilidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019).

Assim, o erro de proibição inevitável anula a consciência da ilicitude, então, constatando-se essa hipótese se exclui a culpabilidade que, por sua vez, afasta a condenação por dolo e (ou) culpa, que é o de que trata o presente estudo. Por sua vez, quando se tratar de erro de proibição evitável, afasta-se a condenação por dolo, podendo apenas recair a condenação sobre o fator culpa, mas que se aplica com atenuante de pena (TOLEDO, 1984), o que se enquadraria em nosso caso apenas no tocante ao agente que não tenha em seu laudo antropológico atestada sua conduta como socialmente aceita pelo sistema cultural ao qual pertence.

Isso porque, para a aferição do fato culturalmente motivado, é necessário um processo composto por três fases distintas e sobrepostas entre si, quais sejam: fases do motivo cultural, da coincidência de reação e do confronto entre culturas, ocasião em que se concluirá pela existência ou não de um fato culturalmente motivado (MAGLIE, 2017).

Cabe também deixar claro que a competência para julgar esses ilícitos é da justiça federal, conforme o texto da Súmula n. 140 do Superior Tribunal de Justiça, pois “a ‘disputa’, lide, conflito, litígio, eventualmente associada à diversidade cultural indígena ativa a apreciação e decisão de tal demanda pelo judiciário federal” (BECKHAUSEN, 2009, p. 166). Nesse sentido, o seguinte julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. EXCESSO DE PRAZO PARA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. 1. A *jurisprudência consolidou entendimento no sentido de que os crimes envolvendo a disputa sobre direitos e culturas indígenas a competência para processar e julgar é da Justiça Federal*. 2. O reconhecimento do excesso de prazo durante a instrução somente é admissível quando a demora for injustificada, impondo-se a adoção de critério de razoabilidade no exame da sua eventual ocorrência. 3. Os prazos para conclusão de inquérito policial ou instrução criminal não são peremptórios, podendo ser dilatados dentro de limites razoáveis, quando a complexidade da investigação assim exigir. 4. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto. 5. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do *periculum libertatis*, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal. 6. Verificada a presença dos elementos necessários à aplicação da prisão preventiva. 7. Denegada a ordem de *habeas corpus*. (TRF4, HC 5053726-82.2019.4.04.0000, Oitava Turma, relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 20.2.2020, grifo nosso).

Ressalta-se, portanto, no que tange à responsabilidade criminal, o entendimento de que, sem levar em consideração os aspectos socioculturais envolvidos no fato, não se pode atribuir aos indígenas a responsabilidade prevista no art. 133 do Código Penal brasileiro, que trata do abandono de incapaz, muito menos a hipótese do art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre o descumprimento dos deveres de tutela familiar.

Nesse ponto, necessária se faz a análise dos impactos das teorias multiculturalistas na resolução de conflitos.

2.3 · DO ASPECTO ANTROPOLÓGICO, SOCIAL E MULTICULTURAL

A definição de multiculturalidade pode se dar através do que nos diz Costa e Werle (2000), que seria então a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento da pluralidade de valores e da diversidade cultural no arcabouço institucional do Estado Democrático de Direito, mediante o reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e o reconhecimento das necessidades particulares desses como membros de grupos culturais específicos. E, portanto, como compila Humberto Cunha Filho (2018), a preocupação do multiculturalismo não é com o conjunto de direitos culturais em si, mas com um deles em específico em termos de identificação, porém genérico quanto a sua abrangência: o direito à diversidade.

Assim, essas múltiplas facetas culturais e ideológicas presentes em sociedade nada mais são do que a coexistência de grupos sociais distintos a conviver entre si dentro do mesmo espaço geopolítico (ÁVILA, 2018).

A concepção de que existe apenas um grupo homogêneo considerado externamente como índio já está a ser superada, isso porque, ao possuímos a visão de que somente existe um modelo de índio, não percebemos que cada grupo étnico possui um conjunto de tradições, costumes e linguagem distintos dos demais grupos e é justamente essa diferença que é protegida pela Constituição Federal (BECKHAUSEN, 2009).

Logo, é através do estudo antropológico que se identificam os costumes, crenças, hábitos e aspectos físicos dos diferentes povos que habitam o planeta. Portanto, os antropólogos e etnólogos estudam a diversidade cultural dos povos e das comunidades, investigam as culturas humanas no tempo e no espaço, suas origens e desenvolvimento, suas semelhanças e diferenças. Partindo desta concepção, são, então, capazes de qualificar e quantificar atos, costumes e formas de vida dentro desses sistemas de convivência paralela que são as aldeias indígenas.

No que diz respeito à identificação étnica do acusado por abandono gemelar e suas garantias no processo penal brasileiro, a Resolução n. 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça traz, de forma inovadora e muito consciente, a figura essencial da qualificação deste como índio através da autodeclaração e também da necessidade de compreensão por parte desses réus de seus direitos e garantias perante o sistema judiciário do País. Assim, é de extrema importância a identificação e qualificação do acusado como membro indígena para lhe assegurar o tratamento diferenciado necessário durante o rito processual.

A invocação da motivação cultural no processo significa que a particularidade do agente – a sua condição cultural diversa – pode explicar a prática do fato e ter por isso relevância no apuramento da sua responsabilidade criminal. Ignorar este aspecto é negar a garantia constitucional à diferença que ele alberga e, dessa forma, negar ao agente o tratamento isonômico (DIAS, 2015).

Conforme refere a Convenção n. 169/89, artigo 1º, número 2, indígena é o indivíduo que se considera como pertencente a um povo ou comunidade, nos seguintes termos: “2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

De acordo com a Resolução n. 287 do Conselho Nacional de Justiça, no sistema judiciário brasileiro, para se obter uma prestação de serviço justa ao índio acusado, deve haver um cadastro de profissionais especializados nas etnias indígenas aptos a elaborar o laudo pericial antropológico com base na estrutura social do réu. Tais profissionais cadastrados devem ter sólido conhecimento sobre a cultura, as tradições e a forma de organização social da comunidade indígena em questão e podem ser antropólogos de formação, cientistas sociais, linguistas ou ainda outros profissionais especialistas na temática.

Como já referido no início do tópico em questão, o laudo antropológico é ferramenta fundamental para o tratamento judicial dos réus indígenas porque permite entender a pessoa julgada a partir do contexto da comunidade em que ela se insere. Compreender esse contexto exige um saber específico e que não pode ser apreendido automaticamente dentro dos atos processuais ordinários, pois também as narrativas, a sistematização do conhecimento, os critérios de verdade e a organização das narrativas são elementos condicionados pelos contextos culturais. Sobre a necessidade de laudo antropológico, mister se fazem algumas considerações. Um profundo estudo antropológico poderá apontar as questões socioculturais referentes ao abandono e também projetar eventuais encaminhamentos para solucionar a situação, servindo tais elementos como guia para a decisão judicial. Nas disputas judiciais que envolvem os elementos da cultura indígena, deverá, de forma obrigatória, ser utilizada a pesquisa antropológica para amparar qualquer decisão. Neste sentido encontra-se o posicionamento de Bartolomé Clavero (1994). Para o ilustre jurista, os problemas que envolvem direitos indígenas, individuais e coletivos, no âmbito de uma cultura constitucionalista, só podem ser resolvidos através de uma análise antropológica. São suas palavras: “*Sigue siendo la antropología quien nos aclara estas cosas*”. E, no mesmo sentido, Aracy Lopes da Silva afirma que “a antropologia é a única disciplina plenamente capacitada para a apreensão da realidade dos povos indígenas por havê-los escolhido como seu objeto por excelência, desde que se constituiu como disciplina” (SILVA, 1994, p. 64).

A necessidade da prova cultural para uma realização da justiça penal em sintonia com os princípios da igualdade e da culpa obriga a convocação ao processo penal de intérpretes, antropólogos, etnólogos e etnopsiquiatras com conhecimentos especializados e (ou) trabalho realizado como o grupo étnico em questão (DIAS, 2015).

Assim, o laudo antropológico, no processo judicial brasileiro, deve esclarecer a correspondência entre a conduta praticada e os costumes, crenças e tradições da comunidade indígena a qual o réu pertence. À medida que a Constituição, em seu capítulo VIII, reconhece e respeita os costumes indígenas, não pode a autoridade judicial considerar criminoso uma conduta que seja praticada em conformidade com esses valores, sem que exista a necessária avaliação antropológica do ato. Importante ressaltar que essa é uma hipótese de exclusão da culpabilidade. Aqui, por conseguinte, tem-se que a conduta praticada poderá estar em conformidade com as tradições e costumes indígenas aos quais a pessoa pertence e que são reconhecidos pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se que cabe ao laudo antropológico indicar se a conduta imputada é considerada pela própria comunidade indígena como passível de responsabilização e, em caso de resposta positiva, se existem e quais são os mecanismos próprios de justiça interna a serem adotados no processo de ressocialização do índio.

É muito importante que a pesquisa às comunidades indígenas sobre a forma de responsabilização do indivíduo acusado seja feita de boa-fé, oferecendo de forma clara e simples informações completas sobre a conduta imputada ao réu e as possíveis consequências jurídicas na justiça estatal. Por sua vez, em relação ao resultado, a consulta deve ser efetiva, com seriedade, e os resultados contemplados adequadamente na decisão proferida pela autoridade judicial. A pesquisa não pode ser encarada como mera formalidade; caso contrário, não se respeitará sua dupla dimensão de direito coletivo à participação e de direito individual à ampla defesa.

Cabe ainda trazer ao estudo em tela a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, que dispõe nessa mesma linha de proteção:

Artigo 1º 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam rígidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; [...] 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. [...]

Artigo 2º [...] 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; [...]

Artigo 5º Ao se aplicarem as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; [...]

Artigo 8º 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos I e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Da mesma forma o acolhimento da pessoa após condenação também se dará na comunidade originária, conforme dispõe a Resolução n. 287/2019. Assim, conforme veremos adiante, se o réu for condenado a prestar serviços à comunidade ou se lhe

for concedido o regime semiaberto, este deverá retornar à comunidade onde se deu o fato gerador do processo; portanto, é essencial que ele seja aceito e que sua prática não seja vista como punível pela aldeia.

Portanto, o fato estudado neste artigo pode, eventualmente, ser considerado lícito, ou ser reconhecida uma excludente de ilicitude, tendo em vista que a conduta praticada é reconhecida pelo meio em que vive o acusado. E que, por outro lado, se este desobedecer ao sistema interno de condutas, poderá ser punido pela comunidade em que vive. O Estado deve reconhecer e estar ciente dessas situações ensejadas pela afirmação da diversidade cultural; pois, como Ronald Dworkin (2006) afirma, “uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e as perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima”.

Com isso, percebe-se que a identificação de um acusado como membro de uma comunidade indígena e como pessoa de etnia indígena assegura-lhe direitos específicos, como de um julgamento conforme a sua realidade, as suas necessidades, ou seja, um julgamento diferenciado, voltado à análise de uma série de elementos externos que vão muito além da materialidade, da autoria e do fato gerador do delito, sendo capaz de tornar tal conduta justificável culturalmente e não punível pelo Estado.

2.4 · DO PROCEDIMENTO PENAL DE RÉU INDÍGENA

O artigo 10 da Convenção n. 169/2004 da Organização Internacional do Trabalho, recepcionada pelo ordenamento brasileiro através do Decreto Lei n. 5.051/2004, fixa as normas dos processos criminais que tenham como parte ré um indígena. Neste artigo tem-se que, como regra, não se encarcera esse agente, isso porque existe o dever de respeito à organização social própria das comunidades indígenas e assim o juízo deve considerar a homologação de práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena do acusado, como bem determina o art. 7º, parágrafo único, da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 287/2019.

Nesse sentido, de acordo com o art. 9º dessa mesma Resolução do CNJ, apenas excepcionalmente (diante, por exemplo, da expressa indicação pela comunidade de que o tratamento mais adequado é a punição estatal ou da inexistência de uma comunidade indígena), a autoridade judicial poderá prolatar uma sentença condenatória aplicando penas restritivas de direitos, e essas poderão ser adaptadas às condições e aos costumes indígenas como meio de ressocialização desse indivíduo no interior de sua aldeia.

Ainda com relação à aplicação da pena, cabe ainda aos profissionais dos órgãos indigenistas contribuir para que os procedimentos judiciais sejam culturalmente adequados e que as necessidades particulares de cada pessoa indígena sejam levadas em consideração pela autoridade judicial no procedimento de julgamento.

A questão do abandono de gemelares pelos índios Guaranis exige, portanto, a aferição da correspondência entre a conduta praticada pelo indígena e os valores da comunidade a que pertence, bem como a identificação da possibilidade de aplicação de mecanismos indígenas de solução de conflitos; e um instrumento é essencial, o laudo pericial antropológico com a consulta às comunidades indígenas (que já fora delineado no tópico anterior) em relação a suas práticas.

A Resolução n. 287/2019 do CNJ dita também, em seus primeiros artigos, os mecanismos a serem utilizados nesses casos para assegurar aos indígenas o direito constitucional a um processo justo, imparcial e igualitário, tais como:

- I. o direito a contar com intérprete em todas as etapas do processo (art. 5º da Res. n. 287/2019);
- II. possibilidade de a autoridade judicial, ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica;³
- III. a aplicação preferencial de mecanismos de responsabilização próprios da comunidade indígena (art. 7º da Res. n. 287/2019);
- IV. o respeito aos costumes e tradições na aplicação de medidas cautelares (art. 8º da Res. n. 287/2019);
- V. o respeito aos costumes e tradições na aplicação de penas restritivas de direitos (art. 9º, I, da Res. n. 287/2019);
- VI. a conversão da multa em prestação de serviços à comunidade (art. 9º, II, da Res. n. 287/2019);
- VII. o cumprimento preferencial da prestação de serviços à comunidade para a comunidade indígena (art. 9º, III, da Res. n. 287/2019);
- VIII. a aplicação do regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 do Estatuto do Índio quando haja condenação a pena de reclusão e de detenção (art. 10 da Res. n. 287/2019); e
- IX. a adequação das condições de cumprimento de pena em estabelecimento penal às especificidades culturais indígenas em matéria de visitas sociais, alimentação, assistência à saúde assistência religiosa, acesso a trabalho e educação (art. 14 da Res. n. 287/2019).

Tais medidas legais são de extrema importância ao assunto em análise, visto que podem ser aplicadas ao cenário aqui apresentado, ou seja, ao caso do abandono de gemelares pelos Guaranis, podendo ser considerada essa uma conduta atípica, sem ilicitude, ante o fator cultural determinante de a prática analisada ser prevalente sobre o conceito externo de crime. Frise-se, como exposto no tópico 2.2, que se entende que a prática do abandono de menores, eventualmente, não se constitui como elemento de tipo doloso ou culposos, mas sim, tem-se apenas a aplicação do conceito da teoria do erro de proibição ou, quando ausente a verificação do fator cultural dominante da ação, pode-se aferir no máximo uma conduta culposa que deve ter então sua sanção estatal atenuada.

Tal conclusão, todavia, evidencia a necessidade de estudar formas de acolhimento e readaptação do menor gemelar que é retirado de sua aldeia Guarani, as quais serão tratadas no tópico subsequente.

3 Nesse sentido: “EMENTA: HABEAS CORPUS. DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. NECESSIDADE. 1. A realização da perícia antropológica faz-se necessária a fim de assegurar os direitos dos indígenas no âmbito criminal do Poder Judiciário, conforme Resolução n. 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. 2. Concedida parcialmente a ordem de *habeas corpus*”. (TRF4, HC 5050230-45.2019.4.04.0000, Oitava Turma, relator Nivaldo Brunoni, juntado aos autos em 24.1.2020).

2.5 · DO ACOLHIMENTO DO GEMELAR ABANDONADO

Em relação à questão de saúde pública, a proteção e a integração da criança abandonada pela tribo Guaraní em sociedade, entende-se que se faz necessário o processo de acolhimento segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito civil brasileiro, para que o menor não fique desamparado ante a não aceitação de sua tribo, mas sim que consiga então ter um lar adotivo em alguma família, priorizando-se a comunidade indígena disposta a aceitar o acolhimento.

O acolhimento institucional é uma medida de proteção em diferentes tipos de equipamentos, destinado a famílias e (ou) indivíduos com vínculos familiares rompidos ou fragilizados, a fim de garantir proteção integral do menor desamparado. A organização do serviço deverá garantir a privacidade, o respeito aos costumes, às tradições e à diversidade de: ciclos de vida, arranjos, raça/etnia, gênero e orientação sexual. O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, publicado em 2006, prevê três modalidades de acolhimento: abrigos institucionais, casas-lares e famílias acolhedoras.

Por sua vez, a Lei Nacional da Adoção, Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, incluiu dispositivos específicos para os indígenas no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, estabelecendo o respeito a sua identidade cultural, de modo que a colocação familiar ocorra prioritariamente na sua comunidade, com a intervenção de antropólogos e do órgão federal indigenista:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

[...]

Art. 161. [...] § 2º Em sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, é ainda obrigatória a intervenção, junto à equipe profissional ou multidisciplinar referida no § 1º deste artigo, de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, observado o disposto no § 6º do art. 28 desta Lei.

Com efeito, os tribunais brasileiros vêm adotando esse mesmo entendimento quanto à readaptação do menor indígena e a sua colocação em família substituta, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. DIREITO INDÍGENA. COLOCAÇÃO DE MENOR INDÍGENA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA.

PREVISÃO DE INTERVENÇÃO OBRIGATORIA DA FUNAI NO PROCESSO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA QUE A NULIDADE SEJA DECRETADA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. CRIANÇA INSERIDA HÁ QUATRO ANOS EM FAMÍLIA COMUM. CONSTITUIÇÃO DE LAÇOS AFETIVOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. No inciso III do § 6º do art. 28 da Lei 8.069/1990 (ECA), introduzido pela Lei 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), está disciplinada a obrigatoriedade de participação do órgão federal de proteção ao indígena, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI –, além de antropólogos, em todos os procedimentos que versem sobre a colocação do menor indígena em família substituta, seja por meio de guarda, tutela ou adoção. 2. A intervenção da FUNAI nesses tipos de processos é de extrema relevância, porquanto os povos indígenas possuem identidade social e cultural, costumes e tradições diferenciados, tendo, inclusive, um conceito de família mais amplo do que o conhecido pela sociedade comum, de maneira que o ideal é a manutenção do menor indígena em sua própria comunidade ou junto a membros da mesma etnia. A atuação do órgão indigenista visa justamente a garantir a proteção da criança e do jovem índio e de seu direito à cultura e à manutenção da convivência familiar, comunitária e étnica, tendo em vista que a colocação do menor indígena em família substituta não indígena deve ser considerada a última medida a ser adotada pelo Estado. 3. A adoção de crianças indígenas por membros de sua própria comunidade ou etnia é prioritária e recomendável, visando à proteção de sua identidade social e cultural. Contudo, não se pode excluir a adoção fora desse contexto, pois o direito fundamental de pertencer a uma família sobrepõe-se ao de preservar a cultura, de maneira que, se a criança não conseguir colocação em família indígena, é inconcebível mantê-la em uma unidade de abrigo até sua maioridade, sobretudo existindo pessoas não indígenas interessadas em sua adoção. 4. A ausência de intervenção obrigatória da FUNAI no processo de colocação de menor indígena em família substituta é causa de nulidade. A decretação de tal nulidade, contudo, deve ser avaliada em cada caso concreto, pois se, a despeito da não participação da FUNAI no processo, a adoção, a guarda ou tutela do menor indígena envolver tentativas anteriores de colocação em sua comunidade ou não for comprovado nenhum prejuízo ao menor, mas, ao contrário, forem atendidos seus interesses, não será recomendável decretar-se a nulidade do processo. 5. No caso concreto, verificou-se que: (I) tal como a FUNAI em seu agravo de instrumento, o ora recorrente, representado pela curadoria especial, agora no recurso especial não indicou concretamente qual seria o prejuízo que teria o menor indígena ou seu genitor sofrido com o encaminhamento à instituição de acolhimento e a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA); (II) não foi interposto recurso especial particularmente pela FUNAI, o que leva à conclusão que tenha o órgão indigenista se conformado com o acórdão proferido pelo Tribunal estadual e entendido por bem deixá-lo transitar em julgado; (III) na prática, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, apesar da não intervenção do órgão indigenista no feito, foram realizadas diversas tentativas para que o acolhimento das crianças fosse efetivado por seus famílias indígenas. Somente quando se mostraram infrutíferas as diligências é que se deu prosseguimento ao pedido de destituição do poder familiar, de adoção e de inscrição no CNA. Portanto, não está demonstrado, na hipótese dos autos, nenhum prejuízo aos menores indígenas, de maneira que não se mostra recomendável a decretação da nulidade do processo por ausência de intervenção da FUNAI. 6. A criança indígena adotada foi inserida em família comum com cinco anos de idade, em 15/02/2013, há

mais de quatro anos, portanto, a indicar que o decreto de nulidade, na hipótese, seria prejudicial aos próprios interesses do menor, uma vez já consolidados os vínculos de afetividade, os quais seriam desfeitos em prestígio de formalidade. 7. Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 1566808 MS 2015/0288539-3, relator: ministro Marco Aurélio Bellizze, data de julgamento: 19.9.2017, T3 - Terceira Turma, data de publicação: *DJe* 2 out. 2017).

Ainda, importante destacar que todos os casos de acolhimento devem se dar mediante ordem judicial. Entretanto, existem casos excepcionais ou urgentes, tal como nas hipóteses de crianças e adolescentes abandonados e encontrados nas vias públicas, que são exceções a essa regra. Nestes casos, deve-se comunicar à autoridade judiciária posteriormente, de acordo com o art. 93 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ (OLIVEIRA, 2001).

Assim, conclui-se que, apesar de não ser aceito por sua família Guarani, o gemelar abandonado tem a possibilidade de ser encaminhado a uma instituição social de acolhimento, para que, mais tarde, após serem realizados os procedimentos necessários, esse possa encontrar um lar, que preferencialmente será em outra família indígena da mesma etnia e assim não ficará mais desamparado pelo Estado, permanecendo em uma nova família. O respaldo normativo-institucional se encontra na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, norma com *status* supralegal, que estabelece: (I) os serviços de saúde devem ser planejados e administrados em cooperação com os povos indígenas; e (II) o Estado deve assegurar a existência de instituições e mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam tais povos (BRASIL, 2020).

3 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de índio vem sendo modificada conforme a dinâmica das alterações culturais e sociais ocorridas na comunidade brasileira. Através dessa percepção de diversidade e pluralismo cultural, constatou-se que o ordenamento jurídico pátrio possui diversos mecanismos legais para o julgamento de supostos ilícitos praticados por índios. E, assim, tem capacidade de lidar com as diferentes concepções advindas das crenças e costumes dos povos indígenas quando se depara com conflitos entre as leis e regras internas dessa comunidade e o entendimento jurídico estatal, cujos sistemas se comunicam via Constituição.

Desta forma, o abandono de gêmeares pelos índios Guaranis sob a perspectiva do direito brasileiro pode ser enquadrado na teoria do delito como erro de proibição, devendo o réu índio ser amparado e julgado de acordo com suas especificidades a fim de se garantir o devido processo legal e assegurar a esse a ampla defesa e o contraditório, preservando assim seus direitos fundamentais.

Portanto, quando verificado, no aspecto antropológico, que a conduta de abandonar um menor gemelar é um crime culturalmente motivado, o índio acusado pode ser absolvido com base na ausência de dolo e culpa quanto ao ato praticado, por ser este motivado por sua especificidade cultural e amparado por seu direito fundamental à diversidade.

4 “Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade.”

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Fátima Cisneros. *Derecho penal y diversidad cultural*. Valência: Tirant lo Blanch, 2018.

BECKHAUSEN, Marcelo. Diversidade cultural e processo penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 62, p. 145-170, nov. 2008/abr. 2009. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468185.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Máira. A proposta de uma Constituição sistêmica. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 34.1, p. 13-38, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1185/1151>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto Lei n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convcao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre Adoção. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, de 24 de fevereiro de 2005*. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Resolução n. 287, de 25 de julho de 2019*. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Súmula n. 140*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt#:~:text=S%C3%BAmula%3A%20140%20COMPETE%20A%20JUSTI%C3%87A,FIGURE%20COMO%20AUTOR%20OU%20VITIMA. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Brasília, DF, 8 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-e&q=STF+ADPF+709>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1566808 MS 2015/0288539-3*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505977945/recurso-especial-resp-1566808-ms-2015-0288539-3/inteiro-teor-505977965>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *HC 5053726-82.2019.4.04.0000*. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/813700504/habeas-corpus>

- hc-50537268220194040000-5053726-8220194040000/inteiro-teor-813700522?ref=feed. Acesso em: 25 ago. 2020.
- BROECK, Jeoren Van. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 9, p. 1-32, jan. 2001. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/249570103_Cultural_Defence_and_Culturally_Motivated_Crimes_Cultural_Offences/citation/download. Acesso em: 30 jul. 2020.
- CADOGAN, Léon. Las tradiciones religiosas de los Mbya-guarani del Guaira. *Revista de la Sociedad Científica del Paraguay*, Asunción, v. 2, n. 1, 1946.
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. Madrid: Siglo veintiuno editores, 1994.
- COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- COSTA, Sérgio; WERLE, Denílson Luís. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitários e as relações raciais no Brasil. In: SCHERER WARREN, Ilse *et al. Cidadania e multiculturalismo: a teoria social no Brasil contemporâneo*. Lisboa: Editora da UFSC e Socius, 2000. p. 82-116.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.
- DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 25, p. 95-108, jan./abr. 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da; CORREIO, Lia de Souza Siqueira; RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público dos Estados Unidos da América: uma análise das atuações federal e estadual. *RDIET*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 119-151, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/7529/4914>. Acesso em: 1º jul. 2019.
- OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *A.G.T – adoção, guarda e tutela como institutos jurídicos definidores de família substituta*. São Paulo: EDIPRO, 2001.
- SILVA, Aracy Lopes da. Há antropologia nos laudos antropológicos? In: *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: ABA, CPI/SP e UFSC, 1994. p. 60-66.
- SILVEIRA, Nádia Heusi; MELO, Clarissa Rocha de; JESUS, Suzana Cavalheiro de. *Diálogo com os Guaranis*. Florianópolis: UFSC, 2016. [Livro eletrônico].
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONTEXTOS HISTÓRICOS E DIREITOS HUMANOS

Tarcísio Henriques¹

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Economia e sociedade. 3 A institucionalização dos direitos humanos. 4 Direitos humanos ou direitos fundamentais? 5 A classificação dos direitos humanos. 6 A Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos. 7 Contextualização dos direitos humanos. 8 Considerações finais.

1 • CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os conflitos sociais concretos e o processo de aplicação das normas legais para a solução desses conflitos levam ao problema da construção de sentido das normas.

A teoria dos direitos humanos, estruturada a partir do processo histórico de institucionalização e reconhecimento desses direitos e das tentativas de sua classificação, seja em categorias ou dimensões, seja na busca de um fundamento de sua validade, não pode desconsiderar o contexto em que tais valores serão aplicados nas situações sociais concretas.

Nesse sentido, o exemplo da discussão em torno da possibilidade de adoção por casais homossexuais demonstra de uma forma clara os limites das teorias clássicas. Dessa forma, a efetividade desejada na aplicação de tais valores só será alcançada se contextualizarmos os direitos humanos e considerarmos elementos do caso concreto.

2 • ECONOMIA E SOCIEDADE

Ao apresentar uma síntese da República Velha, Winston Fritsch, alinhando o que classifica como os “focos de instabilidade” que marcaram o processo político daquele período histórico, aduz que foi

um dos poucos períodos da História republicana em que a sucessão de crises econômicas esgarça o tecido político além da sua possibilidade de resistência, ensejando não só um profundo redesenho das políticas econômicas, como das formas de organização do Estado. (FRITSCH, 1989).²

1 Procurador da República (MG). Professor do Ibmec em Belo Horizonte-MG e da Escola Superior Dom Helder Câmara (BH). Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

2 Fazendo menção a esta análise, em artigo jornalístico, Miriam Leitão aponta que os “focos de instabilidade” foram os seguintes: as “divergências entre São Paulo e Minas, [...] nos anos 1920”, a posição e o interesse dos “estados intermediários” – Rio, Rio Grande do Sul, Bahia e Pernambuco –, [que] queriam mais poder” e “o terceiro foco era o descontentamento dos ‘políticos dissidentes’, intelectuais e setores da imprensa com a natureza antidemocrática e centralizadora do regime” (LEITÃO, 2020, p. 6).

Esta concepção de crises econômicas permanentes e seus resultados políticos pode ser estendida de maneira a explicar outros períodos da nossa história. Miriam Leitão, por exemplo, lançando mão desta mesma implicação entre economia e política, sustenta que a mesma observação pode ser feita para o momento atual. Segundo ela,

o parágrafo acima, escrito [para] [...] descrever as primeiras décadas do século passado, soa perfeito para o atual momento. Aqui chegamos, com uma sucessão impressionante de crises que esgarçam nosso tecido político, social. (LEITÃO, 2020, p. 6).

Observo que aqui, de maneira mais ampla, a implicação das questões econômicas passa a “esgarçar” também o “tecido social”. É este esgarçamento que dá relevância ao tratamento das questões dos direitos humanos.

Só partindo deste processo, contextualizando-o, é possível compreender, de modo preciso e adequado, o sentido dos direitos humanos e a inevitável vinculação de todos eles como sendo consequência e resultado de um “processo de afirmação histórica”.³

3 · A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Hoje é ideia corrente a centralidade da previsão dos direitos humanos nos documentos constitucionais. A Declaração institucional destes direitos é um “dos momentos centrais de desenvolvimento e conquista” do constitucionalismo e “consagra as vitórias do cidadão sobre o poder” (MATTEUCCI, 2004, p. 353).

Esta constitucionalização é decorrência direta da noção de que “os homens têm direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o Estado deve reconhecer e garantir” (MATTEUCCI, 2004, p. 353), que acabaram por se transformar em critérios jurídicos de legitimação de “toda a associação política” (MATTEUCCI, 2004, p. 353).

Resenhando os antecedentes dessas declarações formais, Nicola Matteucci assim disserta:

para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar à *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, na qual se proclamava a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicavam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis

3 Como se pode exemplificar na decisão do processo de Extradicação n. 783, em que no voto do ministro Celso de Mello se encontra a seguinte afirmação: “A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do direito das gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos povos e das nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos”. (Ext. 783 QO-QO, rel. p/ o ac. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 28.11.2001, p. DJ de 14 nov. 2003).

(a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima. Na realidade, a *Déclaration* tinha dois grandes precedentes: os *Bills of rights* de muitas colônias americanas que se rebelaram em 1776 contra o domínio da Inglaterra e o *Bill of right* inglês, que consagrava a gloriosa Revolução de 1689. (MATTEUCCI, 2004, p. 353).

O processo histórico de reconhecimento desses direitos em uma perspectiva integral, desde a sua inserção formal nos textos das constituições, seja como princípios abstratos, seja como princípios ideológicos, atravessa os séculos seguintes, direcionando-se no sentido de uma imposição necessária aos poderes instituídos, de modo a viabilizar, ao final de tudo, condições jurídicas necessárias a que os direitos reconhecidos sejam efetivamente reconhecidos de modo a “se tornarem direitos juridicamente exigíveis” (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Toda a discussão teórica em torno da natureza desses direitos é assim assinalada por Nicola Matteucci:

os que defendem que tais direitos são naturais, no que respeita ao homem enquanto homem, defendem também que o Estado possa e deva reconhecê-los, admitindo assim um limite preexistente à sua soberania. Para os que não seguem o jusnaturalismo, trata-se de direitos subjetivos concedidos pelo Estado ao indivíduo, com base na soberania do Estado, que desta forma não se autolimita. Uma via intermediária foi seguida por aqueles que aceitam o contratualismo, os quais fundam estes direitos sobre o contrato, expresso pela Constituição, entre as diversas forças políticas e sociais. (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Qualquer que seja a natureza desses direitos, fundamental é o desenho jurídico de tutela e de efetividade estabelecido pelos diferentes ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, o sistema predominante é o norte-americano. Como sustenta Nicola Matteucci, “a tradição americana, desconfiada da classe governante, quis uma Constituição rígida, que não pudesse ser modificada a não ser por um poder constituinte e um controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelo legislativo” (MATTEUCCI, 2004, p. 354). Ainda em suas considerações, afirma:

Isto garante os direitos do cidadão frente ao despotismo legal da maioria. Os países que viveram a experiência do totalitarismo, como a Itália e a Alemanha, inspiraram-se mais na tradição americana do que na francesa para a sua Constituição. (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

A outra “tradição”, a francesa, como sustenta o mesmo autor, “se cingia à separação dos poderes, e sobretudo à autonomia do poder judiciário, e à participação dos cidadãos através dos próprios representantes, na formação da lei” (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Nossa constituição segue neste sentido: aproveita-se de aspectos das duas tradições, como seria inevitável, mas é no sistema do controle de constitucionalidade que estrutura suas mais adequadas práticas de tutela desses direitos.

4 · DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Como bem elucida Fernando Aith, os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais estão “relacionados com os direitos básicos de cada ser humano” (AITH, 2013, p. 276). A distinção teórica entre os dois conceitos, ainda de acordo com o mesmo doutrinador, “reside exatamente no grau de reconhecimento que um determinado direito humano tem no ordenamento jurídico” (AITH, 2013, p. 277).

Vale, para uma síntese teórica dessa distinção, continuar citando as considerações de Fernando Aith:

A expressão *direitos humanos* é do século XX e veio substituir as expressões até então correntes, como direitos naturais ou direitos do homem. Revela a evolução destes direitos ao longo da história e insinua o porvir desta evolução. A expressão *direitos humanos* nos revela direitos que estão além daqueles verificados nos textos legais ou nos livros de direito: ela nos revela direitos morais, direitos que estão no cerne da existência de uma sociedade, de uma coletividade, ou ainda a consciência de uma ética coletiva.

Já a expressão *direitos fundamentais* é usualmente mais utilizada para se referir aos direitos humanos que já se encontram em fase mais adiantada de reconhecimento, positivados em um dado ordenamento jurídico, inseridos no ordenamento jurídico formal de um Estado ou de uma comunidade internacional por meio de Constituição, leis ou Tratados. (AITH, 2013, p. 276-277). (Grifos nossos).

Toda diferença, desta perspectiva, se encontra na amplitude dos direitos: “enquanto a expressão *direitos humanos* possui uma acepção mais ampla, a expressão *direitos fundamentais* mostra-se mais restrita”⁴ (AITH, 2013, p. 277, grifos nossos).

Considerando a própria evolução histórica desses direitos e a necessidade “irrecusável de admitir” a ampliação das hipóteses de proteção jurídica e dos sujeitos protegidos, seria necessária a estruturação de um termo que pudesse designar essas espécies de direitos.

Sustentar-se-ia, nesse sentido, um retorno aos direitos naturais, abrangendo inclusive a hipótese de reconhecimento de proteção jurídica mais efetiva para outros seres vivos. Contudo, enquanto não se viabiliza esta ampliação, o mais adequado é a utilização da terminologia mais ampla possível: direitos humanos.

5 · A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ainda lançando mão das considerações teóricas feitas por Nicola Matteucci, os direitos humanos podem ser classificados em três grandes grupos: “civis, políticos e sociais” (MATTEUCCI, 2004, p. 354). Segundo o autor mencionado, e no que interessa,

4 Em acréscimo a tais argumentos, Fernando Aith reproduz passagem de Fábio Konder Comparato: “[n]ão é difícil entender a razão do aparente pleonasma da expressão direitos humanos ou direitos do homem. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Mas como reconhecer a efetiva vigência destes direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade? É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica alemã, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são direitos humanos reconhecidos como tal tanto pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.... Por outro lado, se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos e não apenas reconhecer sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado pode também suprimi-los, ou alterar o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis. É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência da ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da pessoa humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais” (AITH, 2013, p. 277; COMPARATO, 1999, p. 45, 46 e 47).

Os [civis] são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e de liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito de outros.[...] obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial, implicam, por seu lado, um comportamento ativo por parte do Estado ao garantir aos cidadãos uma situação de certeza. (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Eis um adequado quadro teórico para se desenvolverem considerações sobre tais direitos.

De um início restrito, voltado para a “garantia” de direitos e interesses individuais, o reconhecimento histórico posterior dos direitos humanos nos coloca diante de uma situação social mais complexa, em que se passa a ver o indivíduo não como um cidadão isolado, mas membro de um grupo social e se constrói um conjunto de direitos relacionados a essa nova perspectiva. De um Estado que não precisa fazer, passivo, passa-se à ideia de que ele deve agir, desenvolvendo ações que atendam a interesses sociais, inevitavelmente mais amplos do que os anteriores.

Nas palavras de Nicola Matteucci,

viu-se que o indivíduo não é tão livre e autônomo como o iluminismo pensava que fosse, mas é um ser frágil, indefeso e inseguro. Assim, do Estado absentista, passamos ao Estado assistencial, garante ativo de novas liberdades. O individualismo [...] foi superado pelo reconhecimento dos direitos dos grupos sociais: particularmente significativo quando se trata de minorias (étnicas, linguísticas e religiosas), de marginalizados (doentes, encarcerados, velhos e mulheres). (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Nesse contexto, são apresentadas as disposições normativas, sobretudo as de natureza constitucional, que, mais do que reconhecer esses direitos, apontam para o processo social complexo de sua implementação e garantia. No fim, só a “coexistência” ou “existência solidária” e só o processo conjunto de defesa desses direitos permitem que a sociedade se desenvolva e atinja seus principais objetivos.

Isso se torna mais relevante hoje, num período histórico em que são atacados os direitos sociais das minorias em nome de uma pretensa vontade soberana da maioria circunstancial formada pelos movimentos eleitorais distorcidos pelas informações abundantes e falsas das redes sociais.

É preciso um retorno ao texto constitucional.

6 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS

Nos artigos iniciais do texto de nossa atual Constituição, encontram-se muitos dispositivos que apontam para a fundamentalidade dos direitos humanos.

Assim, são indicados no art. 1º e seus incisos os fundamentos da República brasileira. Vale ressaltar, especificamente, a indicação da cidadania (inciso II) e da dignidade da pessoa humana (no inciso III) como valores fundamentais, e a própria

concepção do Estado como um “Estado Democrático de Direito”, objeto de expressa menção no *caput* desse artigo.

No art. 3º da Constituição, o constituinte originário fez inscrever como “objetivos” expressos do Brasil os seguintes:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesses dispositivos, pode-se encontrar embasamento para a construção das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos humanos.

Não fossem tais dispositivos suficientes, o constituinte ainda se dignou, antes de tratar os direitos humanos no art. 5º, de relacionar os “princípios” que deveriam nortear nossas “relações internacionais”. É o conteúdo do art. 4º, com a seguinte redação:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Neste conjunto de “princípios”, merece expressa menção a ideia de que em nossas relações devem “prevalecer” “os direitos humanos” e a defesa de ações de cooperação para “o progresso da humanidade”, como indicam os incisos II e IX acima transcritos.

Sobre a ideia de prevalência dos direitos humanos, o STF já deixou consignado, em decisão relatada pelo ministro Maurício Corrêa, que

no Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. [...] A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. (BRASIL, 2004).

Essa prevalência dos direitos humanos pressupõe a ideia de que a sua implementação não deve sofrer retrocesso, e o próprio Supremo Tribunal Federal faz “uso da doutrina de não regressividade” (SAMPAIO, 2013, p. 399) dos direitos humanos.

Como sustenta José Adércio Leite Sampaio neste preciso sentido:

Com relativa frequência, o Supremo Tribunal Federal tem feito uso da doutrina de não regressividade dos direitos fundamentais, quase sempre limitados aos de caráter prestacional. Entende-se que os padrões de efetividade jusfundamental atingidos não podem retroceder. Vale dizer que dada promoção de direitos passa a integrar seu conteúdo e objeto como uma barreira que se impõe a práticas estatais que lhe sejam contrárias. O nível de efetivação de um direito compõe, desde o seu atingimento, o aspecto ou dimensão negativa desse direito, criando um dever de abstenção de interferência estatal que não seja para ampliá-lo. De acordo com a Segunda Turma: “o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais [como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.], assume o dever não só de torná-los efetivos, mas também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados”⁵ (SAMPAIO, 2013, p. 399).

Não é só no âmbito dessa questão social, mas sobretudo no que se refere à ideia de que não há “regressividade” possível no nível de efetividade dos direitos humanos, que se deve compreender, a partir de uma contextualização histórica, o sentido jurídico desses próprios direitos.

7 · CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são resultado de um processo histórico social. Só podem, pois, ser compreendidos com sua contextualização histórica e a avaliação de sua decorrente evolução. Nessa perspectiva, Robério Nunes dos Anjos Filho aduz:

Como se sabe, os direitos humanos são um objeto histórico-cultural, e, como tal, estão sujeitos a um contínuo processo de transformação, o que é natural diante do caráter extremamente dinâmico das nossas sociedades. Embora se espere que cada conquista obtida não apenas se solidifique, por meio de sua efetiva concretização na vida de todos, como, ainda, se some a outras futuras, a verdade é que não há qualquer certeza quanto à manutenção desses direitos, pois as mudanças político-sociais nem sempre são positivas: é fato que algumas sociedades do mundo vivem hoje dias nos quais antigas conquistas em termos de direitos humanos, especialmente no campo das liberdades e da igualdade de gênero, foram mitigadas ou mesmo perdidas. Uma prova dessa realidade é a construção teórica do princípio da vedação ao retrocesso, que tenta pôr a salvo os avanços alcançados pelas gerações passadas. (ANJOS FILHO, 2013, p. 9).

Tais considerações, antecipando em anos o momento que hoje vivemos, mostram e demonstram a dinâmica do processo de efetivação dos direitos humanos.

O “catálogo de direitos fundamentais” (ANJOS FILHO, 2013, p. 9) extraído do próprio texto constitucional, assim, é submetido a “ações e discursos que buscam enfraquecer, desmerecer ou extinguir os direitos humanos protegidos” (ANJOS FILHO, 2013, p. 9). Exemplos desse processo são dados pelo mesmo autor, como

a frequente tentativa de esvaziar o conteúdo dos direitos humanos em geral sob a falsa premissa da necessidade de concretizar a qualquer custo um deles. Um dos pseudo confrontos entre direitos humanos mais recorrentes, no Brasil e no mundo, diz respeito ao direito à segurança, cuja concretização exigiria abrir mão

5 A afirmação jurisprudencial é extraída da decisão no ARE-AgR n. 639.337/SP.

da liberdade. Mas há muitos outros [exemplos] para os quais temos que estar bem atentos, como, por exemplo, aquele que busca atacar políticas de ações afirmativas voltadas à promoção da igualdade material porque as mesmas violariam a igualdade formal. (ANJOS FILHO, 2013, p. 9 e 10).

Assim, a efetividade e a própria compreensão de sentido dos direitos humanos pressupõem “atenção” permanente do intérprete e a atribuição de significados que eles lhe fazem.

Como sustentam Bernardo Gonçalves Fernandes e Renan Sales de Meira, “qualquer tentativa de efetivação dessas garantias individuais [e dos próprios direitos humanos] permeia o âmbito dos discursos, quer sejam os de justificação – [...], quer sejam os de aplicação [...]” (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 53).

Ainda de acordo com esses autores, tais circunstâncias levam à necessidade de uma “reconstrução discursiva” desses direitos e ponderam que

falar em, por exemplo, um “direito à igualdade” só possui importância prática na medida em que, por meio da linguagem, estabelece-se qual o significado, para aquela comunidade, essa expressão significa: quais as obrigações que dela derivam, qual a deontologia por trás dessa. “Direito à igualdade”, por si só, não corresponde a nada se não estiver contextualizado em uma sociedade concreta, o que quer dizer, portanto, que como palavras “deslocadas” de uma situação que lhe atribua um significado, representante da exigência jurídica contida nessas, nenhuma – ou quase nenhuma – utilidade possuirá sua invocação na retórica judicial. [...] É preciso reconhecer que a interpretação de qualquer coisa perpassa necessariamente pela noção de uma fusão de horizontes, em que o intérprete, por meio de suas tradições e pré-conceitos busca compreensão de algo [...] uma antecipação de sentidos, que irão, posteriormente, ser reconstruídos pelo diálogo com a coisa a ser interpretada [...] a compreensão da deontologia presente nas garantias individuais dependem de sua contextualização com o mundo-da-vida do intérprete, capaz esse não de meramente “ler” o que os direitos fundamentais lhe impõem, mas de construir conjuntamente com o texto (e dos sujeitos por detrás dele) e com a comunidade na qual está inserido os significados dessas. (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 53-54).

Sucintamente, isso quer dizer que o contexto determina o sentido, mas este só pode ser definido socialmente. Por essa razão, esse processo deve acontecer na mais ampla discussão social, com o envolvimento efetivo de todos.

Nas palavras dos autores citados, e complementando as considerações acima,

[a] efetivação das garantias individuais não seria fardo a ser deixado “nas mãos” dos magistrados, como se coubesse unicamente ao Poder Judiciário executar as “promessas não cumpridas” do poder constituinte; antes, cabe a todos, permeados pelo diálogo, readequar quais são essas exigências a cada contexto específico, cooperando para a efetivação dessas. Não se trata, portanto, da busca pela realização de ideais abstratos, mas de se ter consciência que cada “ideal” só faz sentido ante a compreensão de sua contrafacticidade com a realidade. (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 54).

A expressa menção ao “diálogo”, na passagem acima, realizado no âmbito de “cada contexto específico” assegura e viabiliza uma construção adequada do sentido e dos efeitos dos “ideais abstratos” (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 54) alinhados nos textos constitucionais que tratam dos direitos humanos.

Essa perspectiva teórica inverte a “tendência clássica” (FERNANDES, 2015, p. XVI) de compreensão do direito. Como aduz Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, as pessoas agem no dia-a-dia sem se perguntarem sobre as condições que lhes permitem conhecer o mundo, [...] acreditam que o comum é que possam conhecer racionalmente cada coisa devido a suas características singulares (essência) que às distinguem de outras coisas. [...] No Direito, há como no senso comum, uma tendência a atuarmos do mesmo modo. Há uma tendência clássica em categorizar, definir e classificar conceitos assumindo-os como verdadeiros sem se preocupar em como chegamos aos conceitos e sobre o modo como lidamos com eles [...]. (FERNANDES, 2015, p. XVI).

É importante, assim, reconhecendo que “não há como chegarmos à essência das coisas, [porque] conceitos não conseguem esgotar o objeto conceituado e chegar à essência das coisas” (FERNANDES, 2015, p. XVII), direcionar o trabalho de interpretação das “coisas” jurídicas para o contexto.

Nos argumentos que apresentam para construção desta perspectiva de compreensão dos conceitos jurídicos, Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota apontam que “mesmo os positivistas já haviam percebido” (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 5) que

os conceitos e coerências de que dispomos simplesmente não se encaixam perfeitamente nas coisas que se apresentam a nós [...] os conceitos não conseguem esgotar o objeto conceituado e chegar à essência das coisas [...]. (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 5).

Isso porque, como sustentam os autores mencionados,

ao menos a partir de Hart, já estava claro que a compreensão de qualquer texto não pode ser alcançada tão somente com as dimensões sintáticas e semânticas, pois o contexto de aplicação, como hoje nos parece tão natural, não pode ser olvidado.

Será que, para compreender o sentido de expressões como “boa-fé”, “dignidade da pessoa humana”, “honra subjetiva”, “esfera íntima”, “abalo moral”, “devido processo legal” e outras tantas cunhadas sob a perspectiva de uma “cláusula geral”, basta verificarmos a posição em que elas aparecem na oração (sujeito ou predicado) e conferidos no dicionário o respectivo significado?

Sabemos que não. Também sabemos que os conceitos mudam. Mas por que mudam? [...] as pessoas enxergam as mudanças e as intoxicações com problemas de compreensão alocados na linguagem. “Os” termos e expressões é que seriam ambíguos, “a” linguagem é que seria obscura e, assim, vista como um ente externo ao homem, uma mera ferramenta para descrição do mundo.

[...] [a] ambiguidade está em nós! Ou seja, ambiguidade, obscuridade e quaisquer intoxicações não estão na linguagem, e, sim, em nós, porquanto a linguagem nos constitui! (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 5-7).

Tudo isso para lembrar que a “completa definição de alguma coisa é algo impossível” (CRUZ; WYKROTA, 2015, nota 16, p. 6) e isso nos obriga a reavaliar permanentemente nossas concepções e conceitos, contextualizando-os nas situações concretas a serem decididas.

Um bom exemplo em que tais perspectivas teóricas podem ser demonstradas está nas adoções por homossexuais.

Voltemos à lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Fernanda Monteiro Saldanha, que, a respeito de tais adoções, alegam que, “diante de um conflito pela guarda de um menor de idade, deve-se [ante o que determina o art. 227 da Constituição Federal] dar preferência para aquela pessoa ou família que possa proporcionar o melhor bem-estar daquele indivíduo em formação” (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 88).

Esta é uma perspectiva utilitarista, como apontam os autores mencionados, em que se constrói a solução jurídica baseada em “um cálculo utilitarista de atendimento ao melhor interesse da criança” (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 88).

Os mesmos autores questionam acerca de uma situação como essa:

O que está por trás desse entendimento? A simples obediência à legislação e ao *standard* do melhor interesse do menor? Ou a repulsa por um modelo de família que não se encaixa nos moldes da tradição brasileira?

Se a argumentação utilitarista precisa ser afastada, [...] ela deve começar pela desmistificação de que seja uma postura neutra e imparcial diante de valores humanos.

A preferência pela realização de adoção de menores por heterossexuais em face da adoção por homossexuais, ou até mesmo pela recusa da possibilidade de adoção por homossexuais, tem como fundo a ideia de que uma família formada por um menor e por um adotante homossexual constitui uma família de segunda categoria. [...] justificativa [...] imbuída da ideia de que um “desvirtuamento” sexual prejudicará a formação social do menor, sendo que essas mesmas características não são vistas nas famílias formadas por laços de consanguinidade e naquelas constituídas por um adotado e um adotante heterossexual. (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 88).⁶

Eis uma situação concreta em que a opção teórica por uma interpretação é feita sem a compreensão de que as relações sociais são mais ricas em contextos do que se quer admitir. É essa riqueza do contexto que deve levar à posição de reavaliação permanente dos fundamentos argumentativos ou normativos dos interesses em conflito.

Não há outro caminho para uma efetiva aplicação dos valores construídos em torno dos direitos humanos estabelecidos nos textos constitucionais. Sem essa preocupação tais valores permanecerão frases no papel.

8 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se em tempos diferentes hoje. Poucos foram os instantes em que as ações humanas foram mais importantes do que a própria existência humana. O momento

6 Como sustentam, nesta situação, os mencionados autores: “não se trata simplesmente da escolha entre um casal homossexual e um orfanato público. Trata-se da necessidade infinita do ser humano de ser amado por uma família. Não há, portanto, base para comparação, pois não há régua para medir o amor. Nesse sentido, a defesa de Maria Berenice Dias: ‘As justificativas [para a resistência à adoção por casais homoafetivos] são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar; ausência de referenciais de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando; obstáculos da Lei de Registros Públicos, entre outros. Mas o motivo é um só: o preconceito. É enorme a dificuldade de aceitar os pares do mesmo sexo como família. Há a crença de que se trata de relacionamento isento de perfil de retidão e moralidade. [...] Negar a possibilidade de reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber’” (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 89 e DIAS, 2011, p. 499-500).

pandêmico convida nações a fecharem suas fronteiras, a buscar a proteção de seus nacionais, ainda que em detrimento do sentimento de solidariedade que deveria guiar as práticas internacionais para enfrentamento dessa realidade. Essas decisões são equívocas e não trarão a desejada proteção em meio ao progressivo alastrar-se do vírus.

Exatamente por essa razão é que nunca foi tão oportuna a discussão sobre a natureza supranacional dos direitos humanos.

Há muito, reconheceu-se o Direito como ciência, e de fato ele o é. E é, pois, em razão disso que ele cumpre sua função essencial de harmonizar a convivência humana, promovendo com isso a pacificação social.

Esse escopo, quando se tem em conta a realidade mundial de hoje, só é passível de ser atingido se a supranacionalidade dos direitos humanos for considerada princípio fundamental de cada nação, transformando-se no fundamento normativo da própria ideia de Estado de Direito: Estado de direitos humanos.

As ordens econômica e social mundiais revelam que não é mais suficiente a centralidade dos direitos humanos nos espaços nacionais ou em seus documentos constitucionais específicos. Para além, o cenário que se apresenta reclama essa mesma centralidade não só nos diplomas legais internacionais, mas em toda política governamental com potencialidade de repercutir na ordem econômica. A centralidade dos direitos humanos há de ser, portanto, transnacional, supranacional, ou, em um arrastado neologismo, a-nacional, em obsequiosa postura ao objetivo que se impõe de construção de uma sociedade mundial justa, solidária e, principalmente, impregnada de humanidade.

Esse é, pois, o único caminho possível de ser seguido, o único objetivo passível de ser perseguido para que se consolide o processo de reafirmação histórica dos direitos humanos no cenário mundial.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para efetivação de um direito social. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 268-305.

ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC n. 82.424. Rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17.9.2003, p. *DJ* de 19 mar. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SALDANHA, Fernanda Monteiro. Por uma interpretação não utilitarista do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 52-113.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. vol. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1-51.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. Prefácio do Volume I. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. XV-XXIX.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; MEIRA, Renan Sales de. A reconstrução discursiva dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 38-57.

FRITSCH, Winston. Apogeu e crise na Primeira República. In: ABREU, Marcelo de Paiva (org.). *A ordem do progresso: 100 anos de política econômica republicana, 1889-1989*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1989. p. 6-8.

LEITÃO, Miriam. Um jornal que aprendeu a não ter medo de crise. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, edição do dia 29 de julho de 2020.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

MEIRA, Renan Sales de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A reconstrução discursiva dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 38-57.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Da cláusula do não retrocesso social à proibição de reversibilidade socioambiental. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 391-417.

A “DISFORIA DE GÊNERO” INFANTOJUVENIL E O DIREITO FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Um debate necessário

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A Constituição Federal e a infância e juventude. 3 Transgeneridade: um tema polêmico. 4 Aspectos controvertidos da “transição” de crianças e adolescentes. 5 A medicalização de crianças e adolescentes no Brasil. 6 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

Em 2020, comemoraram-se os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), completados no último 13 de julho. A Lei n. 8.069 de 1990, conhecida como ECA, é um conjunto de princípios e regras jurídicas cujo objetivo é concretizar o mandamento constitucional de proteção à criança e ao adolescente.

A Constituição Federal de 1988 adotou a chamada *doutrina da proteção integral da infância e juventude*. A base da doutrina da proteção integral foi elaborada e consolidada em documentos e convenções internacionais sobre os direitos infantojuvenis, como a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e especialmente a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989.

A doutrina da proteção integral confere à infância e à juventude um conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, cultural e social, reconhecendo seus portadores como pessoas em condição ímpar de desenvolvimento, que necessitam de cuidados e de proteção especiais em razão de sua vulnerabilidade. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é uma constatação constitucional, expressamente prevista no art. 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. O reconhecimento desta condição é direito fundamental conferido às crianças e aos adolescentes, demandando a tutela do Estado e dos órgãos de proteção à infância e à juventude, de modo a não se tornar letra morta.

Não há dúvidas que existem desafios grandes para o efetivo cumprimento do mandamento constitucional de proteção aos jovens, especialmente aqueles relacionados à pobreza, à baixa educação e à violência. Entretanto, existe um tema que está cada dia mais recorrente nas grandes mídias, nas famílias e no Direito, mas

1 Procuradora da República. Mestre em Criminologia e Execução Penal (Universitat Pompeu Fabra – Espanha). Especialista em Segurança Pública e Justiça Criminal (PUC-RS).

que não vem recebendo a devida atenção. Trata-se do debate da transição social e modificação corporal de crianças e de adolescentes ditos como trans.

Neste assunto, existe um discurso pronto, cujo questionamento gera olhos desconfiados, quando não mesmo censura. A narrativa segue o seguinte roteiro (4THWAVENOW, 2016):

1. A identidade de gênero é indiscutivelmente legítima. Aqueles que questionam são fanáticos religiosos, de extrema direita, ignorantes ou sem coração.
2. As crianças conhecem sua própria identidade de gênero. Se a criança afirma constantemente que é algo diferente de seu corpo biológico, ela deve ter razão.
3. Se o pai ou a mãe não aceitarem e acolherem imediatamente a suposta identidade de gênero professada, causarão graves danos à criança, o que pode até mesmo induzir a um comportamento suicida.
4. O melhor e único tratamento para uma menina que diz ser menino ou vice-versa, algo diferente da realidade de seu corpo, é uma “transição” – social, médica ou ambas. O fato de a criança ou o adolescente ter condições de saúde mental delicadas, como ansiedade, depressão, trauma, autismo, abuso de substâncias ou transtorno bipolar, não importa.
5. Uma vez que uma criança afirma ser de outro sexo, os adultos ao redor devem seguir sua manifestação, providenciando o tratamento e as acomodações solicitadas por essa criança.

Certamente trata-se de uma situação delicada e dramática. Entretanto, está longe de ser pacífica e não pode ficar refém da guerra ideológica que se trava em outros *fronts*. O Ministério Público Federal não pode omitir-se de sua missão constitucional na seara da infância e juventude. A Constituição Federal prevê especial proteção às crianças e aos adolescentes e, com base nesse direito fundamental, são necessárias a transparência, a honestidade intelectual e sobretudo a precaução.

2 · A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INFÂNCIA E JUVENTUDE

A Constituição Federal, em seu art. 227, preconiza:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010).

Além da previsão do *caput*, o art. 227 da Constituição Federal desenvolve, em seus parágrafos e incisos, outras facetas da proteção integral. Consolida-se o entendimento que ao jovem é reconhecida uma proteção especial. Despreendem-se dois cânones principais.

O primeiro, expresso no *caput*, é o princípio da prioridade absoluta. A segurança e bem-estar da criança e do adolescente devem estar em primeiro lugar nas considerações de políticas públicas, repercutindo até nas análises orçamentárias. É o que prevê o ECA no parágrafo único de seu art. 4º.

O segundo é a compreensão de que as crianças e os adolescentes se encontram em um estágio peculiar de amadurecimento, declarado no inciso V do § 3º do art. 227 da CF/1988. São reconhecidas como pessoas em desenvolvimento, tributárias de uma

salvaguarda especial, em razão do reconhecimento deste fator como uma vulnerabilidade. Assim, segundo Norberto Bobbio, os direitos da criança são considerados direitos especiais relativamente ao direito comum, das pessoas adultas (BOBBIO, 2002).

A peculiar condição de pessoa em desenvolvimento é assentada por nossa Suprema Corte, que consigna que “a liberdade das crianças e adolescentes não é absoluta, admitindo restrições legalmente estabelecidas e compatíveis com suas condições de pessoas em desenvolvimento, conforme a parte final do art. 16, I, do ECA. Nesse sentido, a capacidade de exercício de direitos pode ser limitada, em razão da imaturidade”.² Nesse mesmo julgamento, ao tratar da inimputabilidade penal das crianças, a Corte esclareceu que o tratamento adequado para a criança infratora é um desafio para a sociedade:

A decisão do legislador de não aplicar medidas mais severas está em harmonia com a percepção de que a criança é um ser em desenvolvimento que precisa, acima de tudo, de proteção e educação, ou seja, trata-se de uma distinção compatível com a condição de maior vulnerabilidade e de pessoa em desenvolvimento, quando comparada a adolescentes e pessoas adultas. *O legislador dispõe de considerável margem de discricionariedade para definir o tratamento adequado à criança em situação de risco criada por seu próprio comportamento.* (ADI n. 3.446, rel. min. Gilmar Mendes, j. 8-8-2019, p. Informativo n. 946, grifo nosso).

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal inclui, no reconhecimento constitucional da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a proteção às crianças e aos adolescentes contra riscos e efeitos de suas próprias más escolhas. Mas o que se entende como “pessoa em desenvolvimento”?

Segundo o pesquisador Assis da Costa Oliveira (OLIVEIRA, 2014), a ideia de “pessoa em desenvolvimento” é uma concepção científico-cultural ocidental, desenvolvida ao longo do século XX, que estrutura a vida humana em fases. Com a demarcação destas biofases, devem também ser elaborados os instrumentos sociais mais condizentes.

É a ideia da progressão da racionalidade das crianças. Cada estágio de desenvolvimento compreende a reunião de certas características e atributos físicos, psíquicos e sociais e pressupõe uma maturação gradual. Existem algumas classificações, mas a mais comum é a que divide em primeira infância (até 3 anos), segunda infância (de 3 a 6 anos), terceira infância (6 a 12 anos) e adolescência (12 a 20 anos). Cada estágio agrega maior maturidade, habilidade, autonomia e racionalidade (OLIVEIRA, 2014).

Esta construção é condizente com estudos neurocientíficos. De fato, a neurociência fornece dados seguros de que o cérebro do adolescente é diverso do cérebro adulto – e diverso do cérebro de criança também. Experimentos com utilização de imagens de ressonância magnética mostram que, por exemplo, ao avaliarem comportamentos arriscados, o córtex pré-frontal dos adolescentes é menos acionado que o de adultos (SAPOLSKY, 2018). O córtex pré-frontal é a parte do cérebro relacionada ao planejamento, à tomada de decisões, à avaliação de riscos e à análise das consequências.

Não por outro motivo que o tema da inimputabilidade penal é tão caro aos defensores do ECA. Os menores de idade, embora possam ser responsáveis em vários aspectos de suas vidas, são resguardados da responsabilização penal adulta. Enquanto as crianças

2 ADI n. 3.446, rel. min. Gilmar Mendes, julgada em 8/8/2019 (Informativo n. 946).

são consideradas isentas de responsabilização penal, aos adolescentes é previsto um sistema substancialmente mais brando, que leva em conta este estágio de maturidade ainda em formação. De fato, os estudos da neurociência atestam que o cérebro não está totalmente formado até pelo menos 25 anos de idade (SAPOLSKY, 2018).

Esta condição especial de vulnerabilidade deve ser levada em conta nas políticas públicas voltadas à saúde infantojuvenil, como se verá adiante. Antes, porém, é imprescindível fazerem-se algumas considerações sobre a transgeneridade e seus aspectos políticos.

3 · TRANSGENERIDADE: UM TEMA POLÊMICO

A *American Psychological Association* (APA) define o termo transgênero como um conceito geral para pessoas cuja identidade, expressão ou comportamento de gênero não correspondam ao que normalmente está associado ao sexo do nascimento. A identidade de gênero refere-se ao senso interno de uma pessoa de ser homem, mulher ou de ter outra realidade; já a expressão de gênero refere-se à maneira pela qual uma pessoa comunica a identidade de gênero a outras pessoas por meio de comportamento, roupas, penteados, características de voz ou corpo.³ Na realidade, o termo transgênero está atualmente defendido como um conceito guarda-chuva, para incluir todos aqueles que não pensam ou não se comportam totalmente como o esperado para pessoas de seu sexo biológico.

Para quem não tem familiaridade com a terminologia, dois alertas são essenciais. Primeiro, a transgeneridade não pressupõe a homossexualidade, ou seja, alguém pode não se sentir conforme ao seu sexo biológico, mas ainda sentir atração sexual por pessoas do sexo oposto. Assim, crianças ou adolescentes que pareçam, desde a tenra idade, manifestar uma orientação sexual homossexual, não teriam uma predisposição “natural” a se identificarem como trans. São duas situações distintas.

O segundo alerta refere-se à diferenciação entre o conceito de intersexualidade (antigamente chamado de hermafroditismo) e o conceito de transexualidade. Enquanto a transexualidade seria uma condição psicológica, social e política, a intersexualidade é uma condição médica. A intersexualidade é uma condição biológica, de ocorrência rara, em que algum tipo de má-formação ou alteração cromossômica pode alterar a formação da genitália de bebês, tornando-a ambígua ou podendo modificar o curso normal de maturação dos caracteres sexuais secundários em um adolescente. A intersexualidade é um conceito guarda-chuva também, que abrange uma grande variedade de condições, como as mais conhecidas Síndrome de Klinefelter (XXY), Síndrome de Turner (X0) e a Síndrome da Insensibilidade Androgênica (MARINOV, 2020).

Ter clara a distinção entre transexual e intersexual é essencial para o debate, uma vez que a abordagem terapêutica será completamente distinta a depender do caso, assim como a abordagem jurídica.

Nas cortes nacionais, acriticamente, a temática da transgeneridade tem conquistado vitórias jurídicas. É o caso, por exemplo, da possibilidade de alteração de nome

3 Disponível em <https://www.apa.org/topics/lgbt/transgender>.

e informação sobre o sexo nos registros públicos das pessoas naturais, definida em última instância pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018). À unanimidade, decidiu-se que a pessoa transgênera dispõe do “direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil”, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Por maioria, decidiu-se também que, para a mudança, basta a mera autodeclaração realizada por via administrativa e que a condição biológica da pessoa deve ser omitida dos registros.

Este precedente teve como mérito a carregada sensibilidade com os dramas humanos dos sujeitos a quem se buscou tutelar. Entretanto, este julgamento caracterizou-se essencialmente pela ausência de oposição. De fato, foram admitidos diversos *amici curiae*,⁴ que, à unanimidade, puseram-se de acordo com o autor da ação, postulando mais avanços, como a extensão do benefício aos travestis. Mas não foram ouvidas posições divergentes.⁵

A ausência de debate esclarecido também é recorrente quando o assunto é a “transição” social e modificação corporal de crianças e adolescentes que apresentam sintomas do que seria incongruência de gênero. Sheila Jeffreys, professora associada de Ciência Política da Universidade de Melbourne (Austrália), é autora de uma das poucas obras críticas ao fenômeno transgênero, o livro chamado *Gender Hurts* (JEFFREYS, 2014). Neste livro, a autora denuncia que a transgenerização de adultos e crianças se normalizou, mas sem os devidos debates.

Segundo Jeffreys, os críticos são rotulados como transfóbicos, “sujeitos a campanhas de difamação na Internet” e, em alguns casos, sofrem o que hoje estão chamando de campanha de cancelamento (JEFFREYS, 2014, p. 2). Ela dá o exemplo do psicólogo J. Michael Bailey, que publicou o livro *The man who want to be queen* e sofreu uma grande campanha de difamação, que incluiu a colocação de fotos de seus filhos em um site da internet com legendas insultantes (p. 32). A própria autora conta episódios nos quais foi impedida de falar em conferências e eventos (p. 55), além de denunciar o assédio sofrido por aqueles que expõem seus arrependimentos ao fazer a transição (p. 74).⁶

A politização da transexualidade está se sobrepondo à ciência. Em países estrangeiros, são vários os exemplos que comprovam que posições divergentes das narrativas militantes estão sendo afastadas do debate universitário, em detrimento

4 Entre eles, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), grupos e associações pela causa LGBT, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM), o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS), o Conselho Federal de Psicologia e a Defensoria Pública da União.

5 A ausência de divergências também parece predominar na ADPF n. 527, pendente de julgamento. O tema foi objeto de considerações da autora no artigo “Perguntem aos promotores: as transmulheres em presídios femininos e a ADPF 527” (In: *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público, no prelo).

6 Conferir em “Let us be free to debate transgenderism without being accused of ‘hate speech’” (*The Guardian*). Disponível em: www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/may/29/transgenderism-hate-speech. Acesso em: ago. 2020.

da busca pela verdade (VIGO, 2018). Há situações de assédio, como a sofrida pela pesquisadora Rebecca Tuvel depois de escrever um artigo comparando a ideologia transgênera à ideia de “transracionalismo”, e o caso da bioética e historiadora da Northwestern University, Alice Dreger, que sofreu ameaças pessoais e foi submetida a procedimentos éticos em sua universidade porque publicou um livro analisando o mencionado caso de Michael Bailey. O psicoterapeuta James Caspian foi forçado a retirar sua proposta de pesquisa sobre a reversão da transição de transgêneros na Universidade de Bath Spa, por “temores de uma reação violenta de ativistas transgêneros”. Lindsay Shepherd,⁷ professora de letras na Wilfrid Laurier University (WLU) em Ontário – Canadá, sofreu procedimento disciplinar por promover em sala de aula um debate sobre uso de pronomes trans. Por fim, a Brown University, em Providence, Rhode Island, cedeu à pressão da militância trans e cancelou um comunicado de imprensa sobre um estudo revisado por pares, publicado no *PloS One* pela pesquisadora médica Lisa Littman, referente ao chamado *Rapid Onset Gender Dysphoria*, que será analisado adiante (VIGO, 2018).

O exemplo mais categórico do ataque à ciência é o caso do pesquisador e psicólogo canadense Kenneth Zucker. Este era reconhecido como a maior autoridade em questões de incongruência de gênero em crianças, possuindo experiência de mais de 30 anos em tratamento com crianças no *Centre for Addiction and Mental Health* (CAMH), em Toronto. Não obstante ser o médico declaradamente defensor do direito de gays e transgêneros, ele sustentava que a saúde das crianças e dos adolescentes com disforia é mais beneficiada quando ajudados a aceitarem seus corpos biológicos. Tal posição, baseada em experiência clínica e pesquisas científicas, o levou a sofrer uma longa campanha de desinformação e, no final, perdeu seu posto de trabalho, e a clínica que tratava as crianças foi fechada⁸ (CRETELLA, 2018; VIGO, 2018).

No Brasil parece não ser diferente. Em março de 2020, uma comitiva de parlamentares estaduais tentou impedir uma palestra da psiquiatra Akemi Shiba, na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, sobre o crescimento das autodeclarações de transgeneridade. O grupo também representou contra a profissional no Ministério Público do Estado, e o Conselho Estadual de Promoção dos Direitos LGBT gaúcho protocolou uma representação contra a médica no Conselho Regional de Medicina. A porta-voz da campanha *No Corpo Certo*, Eugênia Rodrigues, igualmente relata que, em 2018, ativistas LGBTs pressionaram os organizadores da Semana de Psicologia da Universidade Federal Fluminense para cancelarem duas palestras suas no evento. A pressão se deu tanto presencialmente como através do envio de *e-mails* por diversas entidades e pelo uso das redes sociais, sempre tachando a palestrante de transfóbica e fascista.⁹

Assim, deve ser reconhecida, na temática da transgeneridade, a existência de um ambiente conflituoso, de disputas ideológicas, onde as incertezas são muito

7 Ver em https://en.wikipedia.org/wiki/Lindsay_Shepherd.

8 Sobre o assunto, é imperdível o documentário da BBC “Transgender kids: who knows best?”, banido no Canadá e indisponível no YouTube, podendo ser acessado em <https://www.dailymotion.com/video/x58s24i>.

9 Conferir em <http://www.nocorpocerto.com/10-motivos-para-suspendermos-a-resolucao-no-2265-19-do-conselho-federal-de-medicina/>.

mais pungentes que as certezas. Para piorar, o debate é frequentemente dificultado, quando não efetivamente impedido. Com estas considerações em mente, passa-se à análise da repercussão desta temática sobre as crianças e os adolescentes.

4 · ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA “TRANSIÇÃO” DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A coerência se faz necessária. A imaturidade infantojuvenil, atestada cientificamente e reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, suscita reflexões sobre a validade da autopercepção da criança ou do adolescente como fator preponderante para iniciar um processo de intervenção médica, que pode trazer consequências por vezes irreversíveis física e psicologicamente. A psicoterapeuta americana Lisa Marchiano, que possui um trabalho consolidado com crianças que se identificam como trans, traz o seguinte alerta sobre a supervalorização da vontade infantil:

Eu não sei se você tem filhos, mas há poucas coisas que uma criança poderia pedir aos pais e ouvir como resposta um mero: “Sim, tudo bem, querido”. Eu conheço garotos de 13 anos que insistiam que era literalmente uma questão de vida ou morte ter ou não um iPhone. Como adultos, sabemos que isso não é verdade. Nós sabemos que ninguém vai morrer se não tiver um iPhone. Conheço crianças que viveram como gatos por meses. Mas seria absurdo se deixar levar por suas palavras e dizer-lhes que sim, que eles são de fato um gato. Então, parte da parentalidade é empática, com sintonia, sabendo quando dizer não aos filhos, quando colocá-los em uma estrada diferente e quando ajudá-los a se adaptar a algo que pode ser desconfortável para eles naquele momento, mas faz parte do mundo ao qual eles precisam se adaptar.

De onde surgiu essa ideia de aceitar qualquer coisa que a criança nos diz? Nós não as deixamos comer o que bem entendem, nós as obrigamos a tomar banho, nós fazemos com que troquem de roupa... Há todo tipo de coisa que fazemos aos nossos filhos – se chama ser pais.¹⁰

A persistência na declaração da criança em dizer-se de sexo oposto, no entanto, deve ser levada a sério. A insistência, além de um tempo razoável, pode ser sintoma de uma condição mental chamada incongruência de gênero infantil ou “disforia de gênero” infantil. É uma condição que possui tratamento, no sentido de auxiliar o indivíduo a conviver com seu corpo natural e evitar uma vida de insatisfações, submissão a cirurgias e dependência do consumo por toda a vida de substâncias não naturais ao seu corpo. Infelizmente, este tipo de tratamento, considerado o mais eficaz antes da politização da questão, foi proibido no Brasil pelo Conselho Federal de Psicologia, por meio da Resolução n. 01/2018. Os psicólogos estão impedidos de oferecer o melhor tratamento individual aos seus pacientes, sob pena de sofrerem procedimento ético-disciplinar e perderem a licença para atuarem (CFP, 2018). Não há exceção em relação ao tratamento de crianças, embora, como se verá abaixo, a maioria das crianças que apresenta incongruência de gênero não se declare trans na vida adulta.

10 Tradução da entrevista concedida por Lisa Marchiano a Meghan Murphy sobre a tendência das “crianças trans”. Disponível em: <https://medium.com/hormonionaoebrinquedo/lisa-marchiano-fala-sobre-os-problemas-de-transicionar-crian%C3%A7as-f6f7b1ffe9f>. Acesso em: ago. 2020.

Existe uma inescrupulosa tentativa de associação do tratamento psicológico para incongruência de gênero com a funesta “cura gay”. Como foi mencionado, orientação sexual é diferente de transgeneridade. Ao contrário da transexualidade, quem se reconhece homossexual não busca por tratamentos químicos e cirúrgicos irreversíveis, com efeitos de longo prazo ainda incertos, especialmente em relação ao uso contínuo de hormônios. Quem perde nesta disputa ideológica é a saúde das crianças e dos adolescentes.

Segundo a *American Psychiatric Association*,¹¹ até 98% dos meninos confusos de gênero e 88% das meninas confusas de gênero acabam aceitando seu sexo biológico depois de passar naturalmente pela puberdade. Em uma meta-análise, feita em 2011, foram analisados 10 estudos, realizados entre 1968 e 2008, que mostraram que, de um total de 246 crianças, apenas 39 delas mantiveram a disforia. A taxa geral de persistência foi de 16%, variando entre os diferentes estudos de 2% a 27% (STEENSMA *et al.*, 2011). Entre 73% e 98% das crianças acompanhadas não se declararam trans na vida adulta. Ademais, o estudo posicionou-se contra a chamada “transição social” (mudança de nomes, pronomes, documentos etc.) para crianças menores de 10 anos, argumentando que, a partir dos dados levantados, ela diminui as chances de desistência (RODRIGUES; GAYS PELA ABOLIÇÃO DE GÊNERO, 2020).

Este dado é reconhecido mesmo por grupos ativistas da causa transgênera. Embora não admitido como *amicus curiae* na já mencionada ADIN n. 4275 no STF, a Associação de Travestis e Transexuais do Rio Grande do Sul (NUANCES) contestou o argumento da possibilidade de o transexual, adulto, se arrepender da alteração. Segundo eles, “cerca de 75% dos meninos” que aparentam “disforia de gênero” na infância, quando chegam à idade adulta, descrevem-se como bissexuais ou homossexuais, deixando de apresentar os sintomas da transexualidade. Isto seria diferente para o indivíduo adulto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

A alta taxa de reorientação natural da identidade de gênero, após a puberdade, é fato até então não contestado. A grande maioria das crianças que apresentaram incongruência de gênero acabam por aceitar seus corpos naturais (AMERICAN COLLEGE OF PEDIATRICIANS, 2016; KORTE *et al.*, 2008; STEENSMA *et al.*, 2011). O que parece haver é uma confusão comum na infância ou adolescência, em razão da homossexualidade. De fato, muitos acabam por assumirem depois a homossexualidade ou bissexualidade. Confundem inicialmente a orientação sexual com a identidade de gênero. Isto também leva à reflexão de se, mesmo inconscientemente, há uma não aceitação da própria homossexualidade, talvez decorrente de um ambiente de pouca aceitação do diferente. Para algumas famílias de valores mais conservadores, pode ser menos doloroso diagnosticar o filho com incongruência e transformá-lo em filha, que aceitar sua homossexualidade e sua personalidade feminizada.¹²

11 Em seu *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, na quinta edição (DSM-V), páginas 451-459 (taxas de persistência de disforia de gênero).

12 Questiona-se: não seria isto a “cura gay”? A Associação de Gays pela Abolição de Gênero denuncia o que seria uma nova patologização da homossexualidade. Ver em <https://medium.com/@gayantiqueer/incongru%C3%Aancia-de-g%C3%AAnero-na-inf%C3%A2ncia-ou-repatologiza%C3%A7%C3%A3o-da-homossexualidade-7620024f32ba>. Acesso em: 27 ago. 2020.

A narrativa *born this way* para a transexualidade não parece ser a mais acertada também. Estudo com gêmeos monozigóticos (idênticos) e gêmeos dizigóticos, em que pelo menos um deles se declarava trans, investigou se haveria diferenças entre manifestações de incongruência de gênero entre irmãos gêmeos. De fato, houve mais coincidência, ou seja, ambos se declaravam transgêneros, em irmãos monozigóticos, que carregam o mesmo DNA, sugerindo uma possível predisposição biológica. Entretanto, a coincidência em gêmeos idênticos só foi manifestada em menos de 30% dos pares. Em mais de 70% dos gêmeos idênticos, a transexualidade só se manifestou em um deles (DIAMOND, 2013). Fatores ambientais não compartilhados parecem exercer uma influência maior.

A psicoterapeuta Lisa Marchiano traz um relato interessante:

Há muito pouca pesquisa sobre isso – é informal, mas é uma informação bastante interessante. Muita coisa é proveniente de histórias pessoais de pessoas que fizeram a transição. E, francamente, encontrei muito do que eu já esperava encontrar. Em alguns casos, eram mulheres jovens que estavam tendo dificuldade, talvez porque sofreram trauma. Muitas delas foram estupradas e apresentavam sintomas de transtorno de estresse pós-traumático, incluindo desassociação. Algumas delas foram intimidadas, algumas eram socialmente isoladas, algumas tinham muita homofobia internalizada – muitas delas identificadas como lésbicas. Fica bastante óbvio que é muito mais legal ser um garoto heterossexual do que uma lésbica, para muitas das jovens lésbicas de hoje em dia. Elas chegaram a acreditar que eram transexuais e não tiveram ajuda de terapeutas para desvendar o que realmente estava acontecendo. Nenhum terapeuta perguntou se elas poderiam ou não ser lésbicas. Nenhum terapeuta contou que a maioria das mulheres jovens passa por um período em que odeiam seus corpos, e que isso é incrivelmente comum em nossa cultura e não apenas para mulheres jovens.

Parte do perigo do autodiagnóstico é que, se você passar algum tempo na internet pesquisando os sites para crianças que estão buscando informações sobre elas serem ou não trans, os sintomas são muito vagos: “Você odeia usar vestido? Bem, talvez você seja trans. Você odeia seu corpo? Talvez você seja trans”. Então, em muitos casos, essas jovens mulheres que eu conheci – apesar de também ter conversado com alguns homens que destransicionaram – estavam lutando contra coisas normais contra as quais muitas mulheres jovens lutam, especialmente mulheres lésbicas ou bissexuais. E ninguém as ajudou a interpretar isso dessa maneira. Elas obtiveram ajuda para interpretar o que estava acontecendo em sites e redes sociais. As pessoas nos sites garantiram que elas eram transgênero. Quando elas buscavam um terapeuta, em muitos casos, os terapeutas não as ajudavam a aprofundar o tema.¹³

O relato de Lisa Marchiano coincide com os resultados da investigação de Lisa Littman, sobre o chamado *Rapid Onset Gender Dysphoria* (ROGD), em português “início súbito de ‘disforia de gênero” (LITTMAN, 2018). O ROGD é o fenômeno pelo qual as redes sociais e a pressão dos colegas parecem ter alimentado a tendência dos adolescentes de se declararem transgêneros. Dois aspectos se sobressaem. O mais importante é que estes adolescentes, em nenhum momento de suas infâncias, apresentaram sintomas de incongruência de gênero. Entretanto, 62% deles foram diagnosticados com pelo

13 Tradução da entrevista concedida por Lisa Marchiano a Meghan Murphy sobre a tendência das “crianças trans”. Disponível em: <https://medium.com/hormonionaoebrinquedo/lisa-marchiano-fala-sobre-os-problemas-de-transicionar-crian%C3%A7as-f6f7b1ffde9f>. Acesso em: ago. 2020.

menos um transtorno de saúde mental ou deficiência no desenvolvimento neurológico antes do início da declaração de disforia de gênero. O segundo é que o RODG é prevalente em meninas, representando mais de 80% das incidências.

Experiências clínicas de alguns transtornos, em que a prevalência incide em adolescentes do sexo feminino, podem ser úteis na avaliação da RODG. Apontam-se aqui dois casos em particular: a anorexia e o transtorno dismórfico corporal (TDC). Na anorexia, a garota, não importa quão magra seja, vê-se como gorda; no TDC, vê-se como feia. As falsas crenças acima, fruto de perturbações psicológicas, geram sofrimento emocional para o indivíduo e põem sua vida em risco. Uma lipoescultura para a adolescente anoréxica, ou uma cirurgia plástica para aquela que se sente feia, podem aliviar o momentaneamente seu sofrimento emocional, mas não é uma cura para o problema psicológico subjacente. Certamente, a anorexia e a TDC não são iguais à incongruência de gênero infantojuvenil, mas é possível estabelecer semelhanças com a finalidade de refletir sobre a efetiva proteção de crianças e adolescentes.

De fato, em ambos os transtornos, é documentada a existência do que é conhecido como contágio social. O contágio de pares é o processo em que um indivíduo e um par se influenciam mutuamente de uma forma em que se promovem emoções e comportamentos que podem potencialmente ter efeitos negativos em seu desenvolvimento. No caso do RODG, como relatou Lisa Marchiano, o excesso de conteúdo *on-line* promovendo acriticamente transgeneridade pode encorajar indivíduos vulneráveis a se autodiagnosticarem como transgênero. Na investigação de Lisa Littman, 86,7% dos pais relataram que, junto com o início súbito da “disforia de gênero”, seu filho isolara-se e aumentara o uso de mídia social/internet ou pertencera a um grupo de amigos em que um ou vários amigos se identificaram como transgênero (LITTMAN, 2018).

A imaturidade natural da parca idade ou a própria fase difícil da adolescência demandam estritos cuidados em relação às escolhas que podem ter consequências permanentes na vida de uma pessoa. Vale lembrar o exemplo prosaico da necessidade de autorização dos pais para fazer uma tatuagem em menores de 18 anos.

A transição de gênero pressupõe, minimamente, uma transição social (nome e vestuário, por exemplo), hormonal (utilização de hormônios bloqueadores ou cruzados) e cirúrgica (cirurgias plásticas de feminização ou masculinização dos corpos). Aos menores de idade no Brasil, como será visto adiante, são permitidas e viabilizadas as transições sociais e hormonais.

Não é necessário esforço argumentativo para se concluir que uma transição social e hormonal gera consequências físicas e psicológicas ao menor de idade. Considerando, como já mencionado, que a maturação do córtex pré-frontal no cérebro humano não está totalmente completa antes dos 25 anos, é válido questionar-se até mesmo a possibilidade de realização de procedimentos cirúrgicos logo após os 18 anos de idade.

Não é por outro motivo que médicos e profissionais da saúde estão expondo o crescimento dos casos de “destransição de gênero”, que significa o arrependimento do jovem que realizou uma transição precipitada.¹⁴ O relatório da pesquisa sobre

14 Conferir em <https://quillette.com/2020/01/02/the-ranks-of-gender-detransitioners-are-growing-we-need-to-understand-why/>; e em https://www.dailymail.co.uk/news/article-7505617/Professor-John-Whitehall-doctors-want-parliamentary-inquiry-childhood-gender-dysphoria.html?fbclid=IwAR12QIBh6-Yapflq0t7PhPypKGesKfRjqs_KLvBziLnH_FwNKNJ1tKD9wiw.

transgêneros nos Estados Unidos, patrocinado pelo Centro Nacional de Igualdade Transgênera, mostrou que, em 2015, 11% das mulheres biológicas que fizeram a transição se arrependeram (JAMES *et al.*, 2016). Esta cifra é contestada por grupos críticos à forma como estão impostas as questões de identidade de gênero, pois, segundo eles, esta pesquisa foi conduzida por entidade interessada, cujos participantes são aqueles que ainda estão filiados a movimentos ativistas LGBT.¹⁵ Sugerem que o número de “destransicionados” seria muito maior porque geralmente os arrependidos se desfiliam deste tipo de entidade e seguem suas vidas.¹⁶

A necessidade de proteção especial às crianças e aos adolescentes também foi mote de um movimento da Suécia. Em 2019, a Sociedade Sueca de Pediatras encaminhou uma representação ao governo federal, apontando que o amadurecimento psicológico de crianças e adolescentes envolve naturalmente buscas e experimentações com suas identidades. Para os médicos que firmaram a representação, “dar às crianças o direito de fazer autonomamente decisões que mudam suas vidas numa idade na qual elas não podem compreender as consequências destas decisões carece de evidência científica e é contrário à prática médica estabelecida”. Segundo matéria da campanha *No Corpo Certo*, o governo local, aceitando o pleito, iniciou uma investigação e concluiu posteriormente que a prática de transicionar menores careceria de evidência médica.¹⁷

Casos reais de arrependimento levantam os alertas sobre a necessidade de avaliações mais criteriosas da autopercepção da criança ou do adolescente. Em março de 2020, a BBC Brasil publicou matéria¹⁸ relatando o caso de uma mulher de 23 anos que processou o sistema de saúde público britânico (NHS) por iniciar, ainda na adolescência, a masculinização de seu corpo. Segundo a requerente, ela não teria, à época, maturidade para dar o consentimento informado sobre um tratamento que seria irreversível.

A Constituição Federal e o ECA reconhecem os jovens como pessoas em desenvolvimento. A proteção integral também prevista nestes diplomas impõe que eles sejam protegidos até de suas próprias más escolhas. Este cuidado deve ser ainda mais evidente quando os efeitos sobre as medidas que afetam as crianças e os adolescentes são ainda incertos e de duvidosos benefícios.

5 - A MEDICALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou, em janeiro de 2020, a Resolução n. 2.265/2019, que amplia o acesso ao atendimento de pessoas com incongruência de gênero. Em relação às crianças, permite o bloqueio da puberdade

15 Há outras pesquisas que afirmam que o arrependimento da transição seria um evento raro; contudo, também padecem da mesma desconfiança mencionada, pois seriam pesquisas patrocinadas por entidades interessadas em promover a transgeneridade (ver <https://www.genderhq.org/trans-youth-regret-rates-long-term-mental-health>; <https://www.stonewall.org.uk/about-us/news/dispelling-myths-around-detransition>; e <https://www.gendergp.com/evidenced-research-on-detransition-regret-newsnight/>).

16 Conferir em <https://www.hli.org/resources/what-percentage-of-transgenders-regret-surgery/>.

17 Conferir em <http://www.nocorpocerto.com/10-motivos-para-suspendermos-a-resolucao-no-2265-19-do-conselho-federal-de-medicina/>.

18 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51727313>. Acesso em: ago. 2020.

por meio de hormônios, a partir dos primeiros sinais de puberdade. Isto pode significar a medicalização de crianças de 8 anos de idade, segundo o próprio parâmetro da resolução, que considera como precoce o início da puberdade na idade de 9 anos para os nascidos meninos e de 8 anos para as nascidas meninas.¹⁹

Em relação aos adolescentes, permite o tratamento hormonal cruzado, ou seja, o uso de hormônios do sexo oposto para a modificação corporal, a partir dos 16 anos. Procedimentos cirúrgicos podem ocorrer depois dos 18 anos, após no mínimo um ano de acompanhamento por uma equipe multiprofissional e multidisciplinar. As normas do Ministério da Saúde, no entanto, exigem a idade mínima de 21 anos para as cirurgias irreversíveis e de 18 anos para o início do tratamento com hormônios cruzados (CFM, 2019).

Embora a resolução em tela tenha sido publicada em 2020, desde o ano 2013 existe autorização para medicalização e modificação corporal de crianças e adolescentes, segundo o Parecer CFM n. 8/2013, proveniente de uma consultoria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Assim, há 7 anos, existe autorização do CFM para que médicos prescrevam bloqueadores de puberdade para que, supostamente, as crianças tenham tempo de firmarem suas convicções antes de desenvolverem os caracteres sexuais secundários relativos aos seus sexos biológicos (CFM, 2013).

Nesse sentido, há dúvidas e contradições no tratamento dado ao tema. O Parecer n. 8/2013 do Conselho Federal de Medicina, cujo assunto é “Terapia hormonal para adolescentes travestis e transexuais”, ao mesmo tempo em que permite a utilização de bloqueadores de puberdade em crianças, admite que cerca de 80% a 95% dos pequenos que apresentam incongruência de gênero não a apresentará na adolescência.

O parecer traz argumentos a favor do retardo da puberdade que, em resumo, seria evitar as consequências desagradáveis de desenvolver características do sexo biológico da criança. Por sua vez, os argumentos contra seriam: (a) a impossibilidade de fazer diagnóstico definitivo da incongruência na adolescência, segundo alguns pesquisadores; (b) o bloqueio do desenvolvimento das características sexuais secundárias inibiria “a formação espontânea de uma identidade consistente de gênero, que ocorre em consequência da crise que envolve o momento da identificação de gênero”; (c) o “risco potencial para o processo de crescimento e do desenvolvimento cerebral e da massa óssea” (CFM, 2013, p. 4).

Sofia Favero e Paula Machado, psicólogas e pesquisadoras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), põem em dúvida os benefícios de um tratamento precoce para incongruência de gênero na infância (FAVERO; MACHADO, 2019). Primeiramente, elas denunciam a fragilidade do próprio diagnóstico, uma vez que se amparam em critérios estereotipados e aspectos sexistas como “gostar de brincar de Barbie”, brincar de carrinho, ter personagens femininos favoritos, ter preferência por se sentar ao urinar e outros sinalizadores do gênero.²⁰ Segundo as autoras,

se por um lado os diagnósticos de Disforia (DSM-5) ou Incongruência (CID-11) são articulados de maneira estratégica para adultos, tendo em vista que a

19 A resolução diz que a utilização do bloqueio hormonal deve se dar apenas em caráter experimental, em hospitais universitários ou de referência.

20 Constantes no já mencionado *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, quinta edição (DSM-V), da Associação Americana de Psiquiatria.

legislação de alguns países só oferece assistência em saúde a partir de um código nosológico (BENTO; PELÚCIO, 2012), por outro lado não temos os mesmos ganhos quando pensamos o deslocamento desses diagnósticos para a infância. (FAVERO; MACHADO, 2019, p. 108).

Em outros termos, é demandada a permanência de um código de adoecimento no referido manual de saúde, algo que pode ser estigmatizante, para que possam prevenir futuros estigmas. Um paradoxo. Querem criar o problema, para depois resolvê-lo. (p. 110).

As autoras seguem criticando a intervenção por inibidores de puberdade nas crianças. Segundo as pesquisadoras, o adiamento progressivo da terapia hormonal e dos inibidores é uma demanda de cunho estético. Declaram também que não é papel do profissional de saúde mental corroborar com os desejos estéticos dos pacientes, mas sim auxiliá-los a desafiar as próprias normas e estereótipos de gênero, dando-lhes os instrumentos para melhor enfrentar as adversidades da vida:

O que garante satisfação? Por que propor que os resultados devem ser melhores? Melhores em relação a quê? Distanciar-se o máximo possível de características que denunciem a transexualidade entraria no quadro de uma percepção satisfatória? Caso essa hipótese esteja correta, quais são os efeitos terapêuticos de um discurso que impõe a própria identidade do sujeito como algo a ser disfarçado? Ademais, desde quando uma disciplina que se importava com o sentir, pensar e agir passou a se preocupar com a aparência dos pacientes? De fato, a depender do grau de diretividade da abordagem psicológica, não é que a aparência dos pacientes seja desimportante, mas se um paciente nos procura porque quer perder peso, e perde peso durante o processo terapêutico, não caberá a nós, enquanto profissionais, comemorarmos esse emagrecimento. (FAVERO; MACHADO, 2019, p. 115).

Vale recordar que inibidores de puberdade são, em regra, hormônios artificiais. A campanha *No Corpo Certo* informa que estas substâncias foram desenvolvidas inicialmente para tratar o câncer de próstata e que suspendem a ação dos hormônios produzidos pelo organismo humano. Segundo os organizadores, esta informação pode ser confirmada na bula dos principais medicamentos usados, como Lupron Depot (acetato de leuprorrelina), Neo Decapeptyl (triptorrelina), Zoladex (goserelina) e Supprelin (acetato de histrelina).²¹ As bulas destas substâncias preveem possíveis efeitos colaterais e reações adversas em adultos e crianças, incluindo câncer, diabetes, depressão e tentativas de suicídio.

Os perigos dos hormônios cruzados, fornecidos aos adolescentes para simular as características do outro sexo, também são reconhecidos. Administrar estrogênio em rapazes, entre outras reações adversas, pode causar esterilidade, depressão, aumento do peso, aumento do risco cardiovascular e câncer de mama. Alguns questionam o interesse e o financiamento de indústrias farmacêuticas em estudos que incentivam a reafirmação da transgeneridade e os benefícios dos tratamentos hormonais (TRANSGENDER TREND, 2018).

Michael Laidlaw, médico endocrinologista, diferencia a administração de hormônios para adultos e para menores de idade, uma vez que os adultos, ao serem

21 Disponível em: <http://www.nocorpocerto.com/destransicao/>. Acesso em: ago. 2020.

informados dos riscos e benefícios, podem decidir o melhor para suas vidas. Além disso, segundo o especialista, as consequências da administração de hormônios em crianças e adolescentes são mais nocivas que no tratamento de um corpo adulto. As substâncias administradas em corpos em desenvolvimento potencializam efeitos adversos como esterilidade, disfunção sexual, complicações tromboembólicas, doença cardiovascular e câncer. Segundo Laidlaw, considerando que a qualidade das evidências dos benefícios é tão baixa, “como pode uma criança, adolescente ou até mesmo seus pais consentirem genuinamente para um tratamento dessa natureza?” (*apud* NAINGGOLAN, 2019, p. 7).

O próprio benefício da transição hormonal e cirúrgica de adultos é questionado por diversos profissionais. Paul McHugh, por 26 anos, foi chefe de psiquiatria do Hospital Johns Hopkins, nos EUA. Este hospital, ligado à universidade de mesmo nome, foi pioneiro no tratamento e transição de gênero. Paul McHugh questiona os benefícios da transição cirúrgica e hormonal, afirmando que adultos que foram submetidos à cirurgia de redesignação sexual têm um risco maior do que aqueles na população em geral de sofrer problemas de saúde mental. Em um trabalho acadêmico, ele cita um estudo que descobriu que os indivíduos que fizeram essa cirurgia tinham cerca de 5 vezes mais chances do que o grupo controle de tentar suicídio e cerca de 19 vezes mais chances de efetivamente morrer por suicídio (MCHUGH; MAYER, 2016).

O *American Journal of Psychiatry* retirou a validação de estudo que dizia que as cirurgias eram benéficas aos pacientes com “disforia de gênero”, após alguns profissionais apontarem as falhas e omissões deste estudo. Os resultados originais já não demonstravam benefícios para a transição hormonal, embora este fato tenha sido omitido da comunicação midiática.

As principais deficiências foram a ausência de grupo de controle, o período de tempo limitado de 1 ano de acompanhamento e a omissão de dados sobre suicídios consumados e hospitalizações psiquiátricas (VAN MOL *et al.*, 2020). Em razão de deficiências e omissões que distorceram os resultados, a conclusão foi que não se produziu evidência de que cirurgia e tratamento hormonal tragam benefícios aos pacientes (MALONE; ROMAN, 2020).

Ryan Anderson, PhD e pesquisador sênior da Heritage Foundation (*Research Fellow in American Principles and Public Policy*), afirma que pessoas que vivenciam este conflito devem ser tratadas com respeito e compaixão. E elas merecem saber a verdade: o maior conjunto de dados relevante do mundo revela que hormônios e cirurgias não trazem o alívio, a plenitude e a felicidade que elas procuram (ANDERSON, 2020).

Essas conclusões já haviam sido confirmadas em um estudo de acompanhamento de longo prazo (1973 a 2003) de transexuais submetidos à cirurgia de redesigno sexual, realizado na Suécia por Dhejne e outros (2011), com 324 pessoas na amostra. A conclusão geral da investigação foi que as pessoas com transexualidade, após a redesignação de sexo, têm um risco consideravelmente maior de mortalidade, comportamento suicida e morbidade psiquiátrica do que a população em geral. Os resultados sugerem que a redesignação de sexo, apesar de poder aliviar a “disforia de gênero”, não é suficiente como tratamento para o transexualismo e deve inspirar melhores cuidados psiquiátricos e somáticos após cirurgia para esse grupo de pacientes (DHEJNE *et al.*, 2011).

Outras publicações confirmam a baixa eficiência hormonização e cirurgia. Em 2020, foi publicado um importante estudo holandês, produzido por uma equipe formada por endocrinologistas, psiquiatras, psicólogos e especialistas em incongruência de gênero. O objetivo foi investigar as taxas de suicídios em relação aos pacientes do Centro de Especialidade de Disforia de Gênero de Amsterdã. Foram pesquisados todos os 8.263 indivíduos atendidos ao longo de 45 anos (1972 a 2017), incluindo adultos, adolescentes e crianças. Ressalta-se que a Holanda inaugurou a prática de bloquear a puberdade de crianças e adolescentes.

O estudo em questão concluiu que o risco de suicídio em pessoas transgênero é mais alto que o da população em geral, não importando o estágio da transição. Um terço dos suicídios ocorreram em pessoas que não estavam mais em tratamento ativo no centro, mas os outros dois terços das pessoas que morreram por suicídio ainda visitaram o centro nos dois anos anteriores, sejam para tratamento ativo, seja para mero *check-up* médico pós-transição (WIEPJES *et al.*, 2020). Alerta-se, assim, para a constante necessidade de cuidado com a saúde mental desta população.

6 • CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe um direito fundamental à proteção integral da criança e do adolescente, devendo ser considerada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme previsão expressa da Constituição Federal. A discussão da transição social e corporal dos jovens não pode ser omitida, especialmente por meio de perseguições ou acusações genéricas de transfobia. É um tema polêmico, controverso e extremamente sensível, que necessita ser discutido com franqueza, liberdade e responsabilidade para com os melhores interesses da criança e do adolescente.

Não se desconhece que, de fato, existem condições psicológicas que demandam atenção médica e psiquiátrica. Os pais de uma criança ou adolescente que sofre de dúvidas sobre sua sexualidade ou sua identidade de gênero se encontram reféns de uma disputa médica e ideológica de grande dimensão e complexidade. Se por um lado existem dúvidas e riscos, do outro lado existe pressão social e midiática. Se por um lado existe histórico de preconceitos e discriminações com o diferente, do outro existe desejo de autoafirmação que pode ser, por vezes, inconsequente.

O Conselho Federal de Medicina publicou diretriz que permite em tese intervenção hormonal em crianças a partir de 8 anos de idade. Em várias capitais existem clínicas de gênero, vinculadas a universidades federais, que estão administrando bloqueadores de puberdade e hormônios cruzados para adolescentes e preparando-os para cirurgias irreversíveis tão logo completem a maioridade. Fiscalizar esses espaços e diretrizes é atribuição do Ministério Público Federal.

Conscientes de que existe uma disputa de cunho político-ideológico, é imprescindível que sejam escutados todos os seguimentos da sociedade médica e psicológica. É preciso estar alerta ao que parece ser o domínio de apenas uma faceta do discurso, como comprovam os não raros casos de perseguições e de “cancelamento” com aqueles que se manifestam criticamente à pauta transgênera. Igualmente, deve ser restaurada a liberdade médica e psicológica para oferecer o melhor tratamento para saúde mental de cada indivíduo.

O debate deve ser livre e racional. É necessário que as pesquisas sobre as consequências de um diagnóstico e transição precoce de crianças e adolescentes sejam avaliadas em todas suas dimensões, inclusive inquirindo-se sobre os interesses de seus patrocinadores. Embora seja compreensível, é necessário também que apelos meramente emotivos relacionados a repulsivos sofrimentos a que foram submetidos alguns grupos de pessoas, sobretudo no passado, não sejam arrolados como argumentos para embasar decisões que devem pautar-se pela sobriedade científica.

A missão do Ministério Público Federal demanda um posicionamento de cautela. As incertas consequências nos planos social e da saúde das crianças e adolescentes, aliadas aos preceitos fundamentais da proteção integral e da observância da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, demandam a primazia da segurança. Enquanto não houver um maior consenso sobre os riscos e benefícios da transição de gênero de crianças e adolescentes, deve prevalecer a medida que menos interfira na vida e na saúde de corpos saudáveis.

Como sociedade, talvez, o grande desafio seja reconstruir uma ideia que parece esquecida: a ideia de que ser diferente também é normal.

REFERÊNCIAS

4THWAVENOW. *Do no harm: an interview with the founder of youth trans critical professionals*. 2016. Disponível em: <https://4thwavenow.com/2016/04/05/do-no-harm-an-interview-with-the-founder-of-youth-trans-critical-professionals/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

AMERICAN COLLEGE OF PEDIATRICIANS. *Gender ideology harms children*. 2016. p. 1-18.

ANDERSON, R. T. *“Transitioning” procedures don’t help mental health, largest dataset shows*. 2020. Disponível em: <https://www.heritage.org/gender/commentary/transitioning-procedures-dont-help-mental-health-largest-dataset-shows>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 2002.

CFM, Conselho Federal de Medicina. *Processo-Consulta CFM n. 32/2012 – Parecer CFM n. 8/2013*.

CFM, Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM n. 1.955/2010. *Diário Oficial da União*. 2019.

CFP, Conselho Federal de Psiquiatria. *Resolução n. 1, de 29 de janeiro de 2018*. Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolucao-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CRETELLA, M. Gender dysphoria in children. *American College of Pediatricians*, November, p. 1-20, 2018.

DHEJNE, C. *et al.* Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden. *PLOS ONE*, v. 6, n. 2, 2011.

DIAMOND, M. Transsexuality among twins: identity concordance, transition, rearing, and orientation. *International Journal of Transgenderism*, v. 14, n. 1, p. 24-38, 2013.

- FAVERO, S. R.; MACHADO, P. S. Diagnósticos benevolentes na infância: crianças trans e a suposta necessidade de um tratamento precoce. *Revista Docência e Ciberultura*, v. 3, n. 1, p. 102-126, 2019.
- JAMES, Sandy E. *et al.* *The report of the 2015 U.S. Transgender survey*. National Center for Transgender Equality, p. 302, 2016.
- JEFFREYS, S. GENDER HURTS. *A feminist analysis of the politics of transgenderism*. 1. ed. London; New York: Routledge, 2014.
- KORTE, A. *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence currently debated concepts and treatment strategies. *Deutsches Arzteblatt*, v. 105, n. 48, p. 834-841, 2008.
- LITTMAN, L. Parent reports of adolescents and young adults perceived to show signs of a rapid onset of gender dysphoria. *PLOS ONE*, v. 13, n. 8, p. e0202330, 16 ago. 2018.
- MALONE, W. J.; ROMAN, S. Calling into question whether gender-affirming surgery relieves psychological distress. *The American journal of psychiatry*, v. 177, n. 8, p. 766-767, 2020.
- MARINOV, G. K. In humans, sex is binary and immutable. *Academic Questions*, v. 33, n. 2, p. 279-288, 2020.
- MCHUGH, P. R.; MAYER, L. S. Special report: sexuality and gender. Findings from the biological, psychological, and social sciences. *The New Atlantis*, n. 50, 2016.
- NAINGOLAN, L. É complicado: médicos dizem que o questionamento de gênero em crianças precisa de mais embasamento científico. *MEDSCAPE*, p. 1-23, 2019.
- OLIVEIRA, A. D. C. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. *Revista Direito e Práxis*, v. 5, n. 9, p. 60-84, 2014.
- RODRIGUES, E.; GAYS PELA ABOLIÇÃO DE GÊNERO. “Incongruência de gênero na infância” ou repatologização da homossexualidade? Disponível em: <https://medium.com/@gayantiqueer/incongruência-de-gênero-na-infância-ou-repatologização-da-homossexualidade-7620024f32ba>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- SAPOLSKY, R. M. BEHAVE. *The biology of humans at our best and worst*. New York: Penguin Books, 2018.
- STEENSMA, T. D. *et al.* Desisting and persisting gender dysphoria after childhood: A qualitative follow-up study. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, v. 16, n. 4, p. 499-516, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4275&processo=4275>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- TRANSGENDER TREND. “*They look normal*” – the case for puberty blockers. Disponível em: <https://www.transgendertrend.com/puberty-blockers-safe/>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- VAN MOL, A. *et al.* Gender-affirmation surgery conclusion lacks evidence. *The American Journal of Psychiatry*, v. 177, n. 8, p. 765-766, 2020.
- VIGO, J. *Trans activists’ campaign against “TERFs” has become an attack on science*. Disponível em: <https://quilllette.com/2018/10/18/trans-activists-campaign-against-terfs-has-become-an-attack-on-science/>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- WIEPJES, C. M. *et al.* Trends in suicide death risk in transgender people: results from the Amsterdam Cohort of Gender Dysphoria study (1972–2017). *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 141, n. 6, p. 486-491, 2020.

TRABALHO INFANTIL NO BRASIL

Um olhar sobre a antítese do trabalho decente e sua relação com o trabalho escravo contemporâneo

Thalita Santos Lima¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução normativa. 3 Principais causas do trabalho infantil. 4 Condições degradantes de trabalho. 5 Ciclo da pobreza: uma análise do trabalho escravo contemporâneo no contexto do trabalho infantil. 6 Trabalho infantil x trabalho decente. 7 Medidas de prevenção do trabalho infantil. 8 Considerações finais.

1 • INTRODUÇÃO

O trabalho infantil não é um fenômeno novo no Brasil, visto que, desde o início da nossa colonização, crianças negras e indígenas se submetiam às piores e mais perigosas formas de trabalho. Elas eram tratadas como mercadorias e, como tais, eram obrigadas a esgotarem toda sua força física em jornadas excessivas. Ademais, não havia distinção entre o trabalho desempenhado por elas e por adultos.

Tanto a ordem interna quanto a internacional são fartas ao regulamentar o direito ao não trabalho de crianças e adolescentes, impondo diversas proibições e severas restrições, tendo como pressuposto a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que são.

No entanto, em pleno século XXI, a exploração da força de trabalho infantil ainda é uma realidade na sociedade brasileira. Apesar de algumas medidas tendentes a sua eliminação terem sido tomadas, verifica-se que ainda há muito a fazer para a sua concretização.

A presença de crianças e adolescentes no ambiente laboral gera lesões perversas e irreversíveis no desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, moral e social. Tais efeitos nocivos também se estendem à sala de aula, pois apresentam falta de interesse e dificuldades em aprender, quando não há evasão escolar.

Como se não bastassem os malefícios mencionados, eles também são privados do direito fundamental de brincar. O tempo destinado a brincadeira dessas crianças inseridas precocemente no mercado de trabalho cede espaço para enxada, foice, facões, entre outros instrumentos de trabalho, comprometendo a formação da sua cultura lúdica.

Estudiosos de várias áreas do conhecimento sustentam a influência da brincadeira no desenvolvimento da aprendizagem, na sociabilidade e na criatividade infantil, além de outras vantagens. Alertam, ainda, que a sua ausência, no período

1 Advogada. Especialista em Direito Constitucional Aplicado: Empresas, Estado e Indivíduos diante da Interpretação Constitucional. Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

de maior vulnerabilidade humana – a infância –, prejudica a construção de uma vida adulta saudável.

Essas crianças e adolescentes que vendem suas forças de trabalho em troca de subsistência, ao atingirem a idade adulta, em razão da baixa empregabilidade e da falta de qualificação profissional, podem se transformar em trabalhadores adultos superexplorados.

A exploração sem medidas pelo capitalismo contemporâneo atinge todas as faixas etárias. Por conseguinte, o trabalho precoce, além de subtrair dos pequenos trabalhadores a oportunidade de brincar, de estudar e de se desenvolver de forma saudável, leva à perpetuação do ciclo da pobreza. Tanto é que a principal causa do trabalho infantil é também o seu efeito, a miséria.

Para que esse cenário seja alterado, é preciso um engajamento do Estado e da sociedade brasileira visando à erradicação do trabalho infantil no País, além de conscientização, educação, implementação de políticas públicas e oportunidades de trabalho decente aos que podem laborar.

2 · EVOLUÇÃO NORMATIVA

O universo infantil se diferencia em diversos aspectos do adulto. O direito não é alheio a esse fato, tanto é que o ordenamento jurídico pátrio vigente tutela, com absoluta prioridade, interesses e direitos peculiares de crianças e adolescentes. No entanto, nem sempre foi assim. A Constituição Federal de 1988 teve papel importantíssimo nessa mudança de paradigma, além de fundamentar a base do combate ao trabalho infantil nas décadas posteriores a sua promulgação.

A evolução do tratamento jurídico dispensado a crianças e adolescentes brasileiros, conforme ensina Paula (2012, p. 26), atravessou por quatro fases ou sistemas:

- a) sistema de absoluta indiferença às questões da infância e juventude, aferível pela inexistência de normas relacionadas a crianças e adolescentes;
- b) sistema de mera imputação criminal, onde as leis seriam inspiradas exclusivamente pelo propósito de coibir a criminalidade infanto-juvenil, tendo como pressuposto a capacidade em suportar as consequências do ilícito;
- c) sistema tutelar, evidenciado por leis objetivando conferir ao mundo adulto poderes tendentes à integração sócio-familiar da criança ou adolescente em situação de patologia social, compondo forma de proteção reflexa de seus interesses pessoais;
- d) sistema de proteção integral, onde as leis reconhecem direitos e garantias à criança e ao adolescente, tutelando interesses peculiares e outros comuns ao ser humano, bem como criam instrumentos para a efetivação dos seus direitos individuais frente à família, à sociedade e ao Estado.

O primeiro Código dedicado à proteção da infância e da adolescência, cuja doutrina subjacente era a de manter a ordem social, foi aprovado no dia 12 de outubro de 1927. O diploma normativo em pauta, que também é conhecido como Código Mello Mattos, em seu capítulo XXI, regulamentou o trabalho dos menores da época. Antes de tal Código, as normas de proteção existentes apenas se destinavam aos menores transgressores da lei penal, além de coibir a prática de ilícitos.

A Constituição de 1934, de forma pioneira, tratou expressamente sobre a proteção à infância e juventude. Além disso, proibiu a diferença salarial por motivo de idade e o trabalho dos menores de 14 anos, bem como estabeleceu restrições ao labor desempenhado pelos menores de 16 anos. O mesmo se infere nas Constituições de 1937 e 1946.

A Constituição de 1967, elaborada durante o regime militar, diferentemente das anteriores, estabeleceu a idade mínima de 12 anos para o ingresso no trabalho.

Em 1979, a Lei n. 6.697 instituiu o Código de Menores, que dispunha, em linhas gerais, sobre assistência, proteção e vigilância dos menores de 18 anos que se encontrassem em situação irregular. O conjunto de normas tendentes a proteger os menores tinha sua incidência limitada às seguintes hipóteses:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

O Código em apreço é considerado expressão máxima da Teoria da Situação Irregular. Segundo Paula (2002, p. 28-29), três características podem ser observadas nessa teoria:

a) sua incidência limitada às situações reveladoras de patologia social; b) a ausência de rigor procedimental, com desprezo até mesmo das garantias relacionadas ao princípio do contraditório; e c) o elevado grau de discricionariedade da autoridade judiciária.

A superação dessa teoria somente ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, que adotou a Doutrina internacional da Proteção Integral, cuja origem remonta à Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Essa doutrina sustenta a absoluta prioridade em todos os aspectos que possibilitem a elaboração de diretrizes e a concretização dos direitos da criança e do adolescente, com a finalidade de alcançar o seu pleno desenvolvimento.

Neste sentido, cumpre destacar o seguinte trecho extraído da obra de Oliva (2006, p. 103-104):

A adjetivação, na hipótese, não é aleatória e nem despropositada. Teve a finalidade de realçar que essa especial proteção, que tem caráter de absoluta prioridade, deve ser total, completa, cabal, envolvendo, como agentes de sua efetivação, família, sociedade e Estado.

Com isso, crianças e adolescentes brasileiros, que até então eram considerados objetos de direito, passaram a ser sujeitos de direito e, conseqüentemente, titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como dos direitos

especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que são. Isso se expressa no art. 227 da nossa Lei Maior, que prevê o princípio da Proteção Integral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990 também se insere nessa fase de proteção integral e disciplina uma série de direitos e garantias destinados às crianças e aos adolescentes, objetivando atenuar suas vulnerabilidades.

No que tange à proteção destinada aos menores no ambiente de trabalho, verifica-se que a redação original do art. 7º, XXXIII, da CF/88, previa que a idade mínima para se iniciar a atividade laboral no País era a de 14 anos, salvo na condição de aprendiz. Nesta última hipótese, não havia limitação etária.

A Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, alterou tal dispositivo, de modo que a idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho passou a ser de 16 anos. Assim como na redação originária, foi excepcionada a atividade desempenhada pelo aprendiz, todavia foi estabelecido um limite, qual seja a partir de 14 anos.

As autoras Corrêa e Gomes (2003, p. 40) apresentam quatro principais fundamentos da proteção do menor no ambiente laboral:

O fundamento *cultural* refere-se ao fato de o menor ter direito ao estudo e a receber instrução. O fundamento *moral* diz respeito à proibição do trabalho do menor em locais que contenham apelos eróticos. Com relação ao fundamento *fisiológico*, tem por objetivo garantir que o menor não exerça atividades em locais insalubres, perigosos, penosos, ou à noite, para que possa ter um completo desenvolvimento físico e psicológico. Quanto ao fundamento de *segurança*, implica o direito de o menor ser resguardado com normas de proteção que evitem acidentes de trabalho. [g.n.]

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (2001, p. 13), “o trabalho infantil é aquele realizado por crianças e adolescentes que estão abaixo da idade mínima para a entrada no mercado de trabalho, segundo a legislação em vigor no país”.

Desta feita, no Brasil, considera-se trabalho infantil toda atividade laboral desempenhada por menores de 16 anos, exceto nos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nos quais a idade mínima se dá aos 18 anos. Ademais, nossa Lei Maior admite, apenas na condição de aprendiz, o trabalho a partir dos 14 anos.

Logo, as crianças são proibidas de trabalhar; por sua vez, ao adolescente, desde que respeitada a idade mínima e as restrições impostas, é permitido o trabalho. Aos trabalhadores adolescentes é assegurada a proteção dos trabalhadores em geral e, em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, uma proteção integral e absolutamente prioritária.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também protege de forma especial o trabalhador menor, nos seus arts. 402 ao 441. Desta feita, a CLT, a Constituição Federal de 1988 e o ECA compõem os três diplomas normativos que regulamentam o trabalho do menor no País.

Na esfera internacional, a proteção da criança e do adolescente é objeto de tratados de direitos humanos celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Convenção sobre os Direitos da Crianças de 1989 é considerada o principal documento internacional voltado à proteção da dignidade da criança e do adolescente. Conforme a convenção, criança é todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei, a maioridade for alcançada antes.

A convenção em apreço também veda a exploração de crianças no ambiente de trabalho. Neste sentido, seu artigo 32, item 1, prevê que:

Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

Ademais, a abolição efetiva do trabalho infantil constitui um dos temas prioritários com o qual a OIT e seus membros devem se preocupar na atualidade, de acordo com a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998).

As Convenções n. 138 e 182 constituem, nos termos da declaração mencionada acima, convenções fundamentais sobre o combate ao trabalho infantil e ambas foram ratificadas pelo Brasil.

Em relação à Convenção n. 138, sobre a idade mínima de admissão ao emprego e ao trabalho, coadjuvada pela Recomendação n. 146, destaca-se o previsto no seu art. 2º, item 3, segundo o qual a idade mínima a se iniciar a atividade laboral não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a 15 anos.

A Convenção n. 182 trata da Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil. A Recomendação n. 190, por sua vez, aborda a Ação Imediata para sua Eliminação. De acordo com o artigo 4º de tal Convenção, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” compreende:

- I - todas as formas de escravidão ou práticas análogas, tais como venda ou tráfico, cativo ou sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou obrigatório;
- II - a utilização, demanda, oferta, tráfico ou aliciamento para fins de exploração sexual comercial, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- III - a utilização, recrutamento e oferta de adolescente para outras atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas; e
- IV - o recrutamento forçado ou compulsório de adolescente para ser utilizado em conflitos armados.

Isto posto, verifica-se que a trajetória do tratamento jurídico dispensado a crianças e adolescentes brasileiros foi árdua, tanto é que durante um longo período foram considerados objeto de direito, assim como bens e valores. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento foi reconhecida, assim como passaram a ser titulares de proteção integral. Entretanto, após mais de 30 anos de vigência da Constituição Cidadã, muitas crianças e adolescentes ainda têm o seu direito fundamental à infância violado, já que, para sobreviverem, vendem sua força de trabalho e, como contraprestação, têm um desenvolvimento mental e físico deficitário, cujos reflexos se difundem ao longo de suas vidas.

3 · PRINCIPAIS CAUSAS DO TRABALHO INFANTIL

A inserção de crianças e adolescentes no mercado de trabalho, seja ilícito, seja proibido, é expressão da miséria a que milhares de famílias brasileiras são submetidas, bem como da ausência de oportunidade de trabalho decente. Por conseguinte, o trabalho infantil é considerado um instrumento de manutenção da pobreza e, em contrapartida, vai ao encontro do principal objetivo do explorador de tal força

de trabalho, o lucro. Para melhor compreendermos tal mazela social, é de suma relevância analisarmos as suas principais causas, o que se propõe neste tópico.

Na maioria das vezes, crianças e adolescentes são obrigados a trabalhar para auxiliar na renda familiar, quando não constituem arrimo de família. Em razão do baixo desenvolvimento deles, representam mão de obra de zero ou baixo custo e, conseqüentemente, geram alta rentabilidade, o que os tornam ainda mais atrativos no mercado de trabalho.

Reitera-se que isso resulta no fato de que a principal causa do trabalho infantil seja, também, o seu principal efeito, a miséria. Sobre este assunto merecem destaque as seguintes palavras de Dimenstein (2005, p. 75):

Mais uma vez aparece o círculo vicioso: eles ganham pouco porque têm baixa instrução. E, como não têm tempo para estudar, por causa do trabalho, continuam ganhando pouco. Quase metade dos trabalhadores mirins frequentou a escola por menos de quatro anos.

Além da questão econômica, outro aspecto que contribui para o fomento de pequenos trabalhadores é o cultural. Ainda persiste entre nós a ideologia de que quanto mais cedo se inicia a atividade laboral, melhor é para a formação do futuro adulto. O trabalho de crianças e adolescentes também é visto como uma solução para a criminalidade e a pobreza.

Todavia, essa assertiva equivocada apenas evidência o problema central da superexploração infantil, qual seja a má distribuição de renda. Nessa mesma linha, cumpre destacar o seguinte trecho extraído da obra das autoras Corrêa e Gomes (2003, p. 34-35):

Existe toda uma ideologia de supervalorização do trabalho, que preconiza ser ele o centro das atividades de um indivíduo. Entretanto, este argumento somente encontra respaldo entre as famílias mais pobres, pois entre as famílias de melhores condições financeiras o trabalho encontra-se em segundo plano; em primeiro, sempre está a educação e a formação cultural. Para as camadas mais pobres, o trabalho transforma-se num meio de integração social.

Outro fator que também contribui para a perpetuação dessa mazela social é a perspectiva de impunidade do explorador, que representa um entrave no combate ao trabalho infantil no Brasil.

Além das já mencionadas, cumpre destacar que existem inúmeras outras causas que também influenciam, tanto direta quanto indiretamente, no trabalho de crianças e adolescentes, tomando como exemplo o sistema educacional deficiente, cuja conseqüência é o desinteresse pela escola e a procura por trabalho.

Por fim, infere-se que são vários os motivos que determinam o ingresso de crianças e adolescentes de forma precoce no mercado de trabalho, sobretudo a miséria. Como veremos mais adiante, o trabalho infantil representa apenas o início do ciclo da pobreza, o que nos leva a uma conclusão antecipada de que todas as fases de vida dessas crianças e adolescentes explorados desde cedo serão marcadas pela ausência de recursos necessários para uma vida digna.

4 · CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO

As condições de trabalho a que são submetidos crianças e adolescentes são as piores possíveis, além de não serem adaptadas as suas capacidades físicas e mentais. Tais condições provocam riscos e lesões, que continuam a ser difundidos durante toda a

sua existência. Por conta da sua ingenuidade e vulnerabilidade, eles são facilmente manipulados, o que contribui ainda mais para a exploração de tal força de trabalho.

Ao tratar das más condições de trabalho a que são inseridos crianças e adolescentes, Torres (2011, p. 71) assevera que são “atividades realizadas sob o sol escaldante, em ambientes quentes, úmidos e empoeirados, repetitivas e monótonas, nas quais mantêm contatos com produtos agrotóxicos e pesos excessivos”.

Além disso, a jornada de trabalho é extenuante, não gozam de intervalos adequados para descanso e alimentação, muito menos de férias, e têm contato permanente com materiais cortantes, tomando como exemplo foice, enxada, facões, marretas, máquinas obsoletas etc.

Essas condições precárias de labor resultam no fato de que pequenos trabalhadores são vítimas constantes de acidentes de trabalho, tais como: queimaduras, fadiga, cortes, amputação de membros, intoxicação, quando não perdem a vida.

Ainda sobre os efeitos de tais condições aviltantes de trabalho, cumpre transcrever as seguintes palavras de Arruda (2019, p. 13):

Muitos, além de perderem a infância, estão perdendo a vida. Nos últimos 11 anos (de 2007 a 2018), ocorreram 261 mortes, conforme dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação SINAN/SVS, do Ministério da Saúde. Sem considerar a subnotificação e/ou casos de ausência de estabelecimento de conexão com o trabalho de crianças e adolescentes que efetivamente estavam trabalhando quando se acidentaram, outras 662 crianças perderam pelo menos uma das mãos no mesmo período no trabalho.

Tendo em vista que o tipo de trabalho oferecido a eles, em regra, é repetitivo e braçal, outra consequência observada é o abandono dos estudos, já que, ante o dispêndio excessivo de força física, na maioria das vezes, não conseguem conciliar a atividade laboral com a educacional. As crianças e adolescentes que continuam frequentando a escola apresentam falta de interesse na sala de aula e dificuldades em aprender, tendo como consequência um péssimo desempenho escolar.

Cavalcante (2011, p. 42) observa, com propriedade, que:

A maioria dos educadores alerta para o fato de o trabalho infantil prejudicar o aproveitamento escolar da criança, porque se ausentam das aulas ou comparecem muito cansados física ou psicologicamente. As crianças tornam-se jovens adultos muito precocemente, sem desenvolver aspectos essenciais para a vida futura, atingindo diretamente a sua capacidade de criar.

A situação é ainda mais agravada quando nos deparamos com crianças e adolescentes envolvidos no narcotráfico e na prostituição, ambos tipificados pela OIT, como piores formas de trabalho infantil.

A distribuição e consumo de entorpecentes demanda a participação de milhões de indivíduos, dentre os quais é grande o número de pessoas que ainda não atingiram a maioridade. A presença de crianças e adolescentes no setor ilícito é prestigiada pelos traficantes, os quais se valem de sua inimputabilidade penal para aquecer ainda mais o comércio ilícito de entorpecentes.

No que tange à prostituição infantil no Brasil, observa-se que o art. 227, § 4º, da Constituição Federal, veda o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Entretanto, são exatamente eles as maiores vítimas dos piores tipos

de exploração e violência sexual. Nesse ponto são relevantes as considerações feitas pelos autores Liberati e Dias (2006, p. 83):

Ao ingressarem na prostituição crianças e adolescentes estão sujeitos às mais variadas formas de violência física e moral, ficando vulneráveis para contrair várias doenças (principalmente a AIDS), a praticar abortos e inúmeras vezes, acabam deparando-se com a morte.

De acordo com Cipola (2001, p. 67), as principais formas de prostituição infantil no País se concentram “na área do turismo sexual, nos garimpos, no chamado turismo fluvial das regiões Norte e Centro-Oeste, nos prostíbulo, ruas e avenidas e no abuso sexual dentro da própria família”.

Desta feita, é indubitável que qualquer forma de trabalho que afaste crianças e adolescentes da escola, do lazer ou da convivência familiar deve ser banido. O trabalho desempenhado de forma precoce traz consequências nocivas a eles, tais como prejuízos à integridade física, psicológica, social, educacional e moral, motivo pelo qual é vedado.

5 · CICLO DA POBREZA: UMA ANÁLISE DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO CONTEXTO DO TRABALHO INFANTIL

A ausência de acesso à educação básica e outros fatores fazem com que o trabalhador infantil reproduza o mesmo perfil de outras gerações de sua família, que também tiveram sua força de trabalho explorada na infância. Neste tópico, além de examinarmos de forma breve o trabalho forçado, objetiva-se explorar o ciclo da pobreza, que se inicia com o trabalho precoce e continua nas fases posteriores da vida.

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), deixa certo que tanto a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório quanto a abolição efetiva do trabalho infantil constituem princípios e direitos fundamentais a serem respeitados, promovidos e realizados por todos os membros da OIT, ainda que não tenham ratificado as convenções em causa, dada a relevância de ambos os temas.

O Brasil ratificou duas importantes convenções da OIT sobre o trabalho forçado, quais sejam a de n. 29 e a de n. 105. A Convenção n. 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório o define como sendo “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. Por sua vez, a Convenção n. 105, que trata da Abolição do Trabalho Forçado ou Obrigatório, estabelece que todo país-membro da OIT se compromete a abolir toda forma de tal trabalho e este não poderá jamais ser utilizado ou justificado para os seguintes fins:

- a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;
- b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) como meio de disciplinar a mão de obra;
- d) como punição por participação em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Importante conclusão sobre as convenções citadas acima é a extraída do livro *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*, elaborado pela OIT (2011, p. 26):

De acordo com essas convenções, o *trabalho forçado* não pode simplesmente ser equiparado a baixos salários ou más condições de trabalho, mas inclui também uma situação de cerceamento da liberdade dos trabalhadores. Portanto, toda a forma de trabalho forçado é trabalho degradante, mas a recíproca não é verdadeira. O que diferencia um conceito do outro é a questão da restrição da liberdade.

No âmbito interno, a escravidão contemporânea também é reprimida, tanto é que o Código Penal, em seu art. 149, criminaliza tal conduta. O tipo penal em apreço caracteriza o trabalho escravo contemporâneo no País e elenca as diferentes formas pelas quais uma pessoa pode ser reduzida a essa condição:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Segundo a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, para a tipificação penal do aludido delito não se exige a combinação de todos os fatores legais, bastando a presença de um deles para que o crime seja configurado. Embora não seja pacífico, prevalece o entendimento jurisprudencial² de que na ordem interna a

2 RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PORQUE NÃO CONFIGURADA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DOS TRABALHADORES OU RETENÇÃO POR VIGILÂNCIA OU MEDIANTE APOSSAMENTO DE DOCUMENTOS PESSOAIS. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA E CONTEÚDO VARIADO. SUBMISSÃO A CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTES. DELITO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDADA. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o delito de submissão à condição análoga à de escravo se configura independentemente de restrição à liberdade dos trabalhadores ou retenção no local de trabalho por vigilância ou apossamento de seus documentos, como crime de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, a teor do art. 149 do CP, a demonstração de submissão a trabalhos forçados, a jornadas exaustivas ou a condições degradantes. Precedentes. 2. Devidamente fundamentada a condenação pela prática do referido delito em razão das condições degradantes de trabalho e de habitação a que as vítimas eram submetidas, consubstanciadas no não fornecimento de água potável, no não oferecimento, aos trabalhadores, de serviços de privada por meio de fossas adequadas ou outro processo similar, de habitação adequada, sendo-lhes fornecido alojamento em barracos cobertos de palha e lona, sustentados por frágeis caibros de madeira branca, no meio da mata, sem qualquer proteção lateral, com exposição a riscos, não há falar em absolvição. 3.

privação da liberdade não é imprescindível para a configuração do delito, diferentemente do previsto nas convenções n. 29 e n. 105 da OIT.

O bem jurídico tutelado no tipo penal em apreço é a liberdade individual assegurada pela nossa Constituição Federal. A esse respeito, Bittencourt (2008, p. 387) ensina que, uma vez praticado o crime, o princípio da dignidade humana também é violado:

Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional. Reduzir alguém a *condição análoga a de escravo* fere, acima de tudo, o *princípio da dignidade humana* despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos.

Desta feita, ao reduzir um trabalhador à condição análoga a de escravo, além de os princípios fundamentais de liberdade, dignidade e igualdade serem vilipendiados, a própria condição de ser humano é desprezada por quem o escraviza. Na área rural, o tratamento dispensado aos animais, na maioria das vezes, é melhor do que o dos escravizados.

Além de serem tratadas como mercadorias, as vítimas desse crime sofrem constantes agressões, tomando como exemplo as violências verbais e físicas; se submetem a condições desumanas de habitação, alimentação e a jornadas extenuantes de trabalho; não possuem condições sanitárias básicas; são privadas do seu direito fundamental de liberdade e a remuneração é insuficiente para garantir o mínimo existencial próprio e de seus familiares. Para melhores esclarecimentos sobre este aspecto, cumpre transcrever os ensinamentos de Costa (2010, p. 112):

Os trabalhadores cooptados para o trabalho escravo sofrem sobremaneira com a ausência de renda suficiente para suprir necessidades individuais e familiares. A falta de acesso à educação é outra importante privação, pois ceifa suas oportunidades de trabalho gerando a baixa escolaridade e a falta de especialização. A pobreza ligada à renda e também ao acesso a recursos públicos contribui para a vulnerabilidade de milhares de brasileiros, que para garantir minimamente sua sobrevivência, deixam-se enganar por promessas fraudulentas e aceitam qualquer condição de trabalho.

Ademais, não há dúvida de que a principal causa da escravidão contemporânea é a mesma do trabalho infantil, qual seja a condição de miserabilidade de boa parte das famílias brasileiras.

De acordo com a pesquisa realizada pela OIT sobre o Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural no Brasil (2011, p. 81), a maioria das vítimas de trabalho forçado na infância também tiveram sua força de trabalho explorada:

A escravidão contemporânea no país é precedida pelo trabalho infantil. Praticamente todos os entrevistados na pesquisa de campo (92,6%) iniciaram sua vida profissional antes dos 16 anos. A idade média em que começaram a trabalhar é de 11,4 anos, sendo que aproximadamente 40% iniciaram antes desta idade. Na maioria dos casos (69,4%), tratava-se de trabalho infantil realizado no

Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, determinando que o Tribunal de origem prossiga no exame do recurso de apelação defensivo.

(STJ – RE: 1.843.150 - PA (2019/0306530-1), Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgamento: 26.5.2020, T6 – Sexta Turma).

âmbito familiar. No entanto, os demais já trabalhavam para um empregador, juntamente com a família (10%) ou diretamente para um patrão (20,6%). Entre os que começaram a trabalhar com menos de 11 anos, 83% faziam apenas trabalho familiar. Os demais trabalhavam para fora já nesta idade.

Dentro desse contexto, Santos (2010, p. 19) ensina com maestria que o ciclo da pobreza, que se eterniza de geração em geração, é composto por seis etapas:

1) o sujeito é pobre, porque assim também é seu pai; 2) sendo pobre, a necessidade o impele precocemente ao trabalho; 3) o trabalho precoce prejudica o rendimento escolar, quando não provoca o abandono do estudo; sem educação, a pessoa é desqualificada profissionalmente e despreparada intelectualmente; 5) a sorte do trabalhador despreparado é o desemprego, o subemprego ou, se tanto, o emprego mal remunerado; 6) com os parcos rendimentos do subemprego, ou se nenhum do desemprego, o pobre dá a seu filho, como única herança, a pobreza.

Os trabalhadores mirins, em razão de possuírem um péssimo rendimento escolar ou não frequentarem a escola, ao atingirem a idade adulta, não vislumbrarão outra alternativa a não ser o trabalho indigno. E, na velhice, quando a força de trabalho já tiver exaurida, sofrerão com a ausência de condições mínimas para uma sobrevivência digna. É exatamente nesse cenário de penúria que a transformação do pequeno trabalhador a escravo contemporâneo ocorre de forma natural e o ciclo da pobreza se retroalimenta.

Outro ponto que também possui conexão com a temática em análise é o de que os pais dos trabalhadores infantis, vítimas da escravidão contemporânea, valem-se da força de trabalho deles para aumentar a produção e, conseqüentemente, a renda. Neste sentido, Luciana Lotto (2015, p.39) ensina que:

Há entendimento que explica a causa da escravidão infantil, em determinada circunstância, como consequência do trabalho escravo contemporâneo, proveniente da situação de escravidão por dívida imposta a seus pais. Como exemplo, quando é ofertado ao rurícola trabalho distante, devendo ele levar sua família, em troca de pagamento por produção, ou seja, quanto maior a sua produção, melhor o seu salário. Isso induz as crianças trabalharem, junto com seus pais, no campo. Outra situação, quando o pequeno agricultor coloca seus filhos na atividade agrícola para assegurarem o sustento e a sobrevivência da família.

Esse quadro se agrava ainda mais quando os resgatados de tal condição retornam à escravidão contemporânea, ante a ausência de oportunidade de trabalhos com condições melhores e a falha da fiscalização (2011, p. 86):

A presença de reincidentes da escravidão contemporânea no Brasil demonstra que a fiscalização, apesar de ser essencial, não é suficiente, por si só, para atingir as causas estruturais do problema. Faltam opções de trabalho decente e alternativas de geração de renda, o que obriga os trabalhadores a se sujeitarem às mesmas condições precárias de trabalho vividas anteriormente.

Convém observar, ainda, que o Brasil é comprometido com a Agenda 2030 da ONU. Dentre as metas previstas em tal documento internacional, destaca-se a de n. 8.7:

8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.

Assim, para que esse ciclo da pobreza seja rompido e o compromisso internacional assumido pelo país seja efetivado, é preciso um engajamento maior do Estado, da iniciativa privada e da sociedade brasileira, visando à eliminação de tais formas de superexploração do trabalho humano. Infere-se, ainda, a necessidade de conscientização das famílias para que possam compreender as desvantagens e perigos provocados pelo trabalho infantil.

6 · TRABALHO INFANTIL X TRABALHO DECENTE

Propõe-se, no presente tópico, apresentar as principais diferenças entre o trabalho infantil e o trabalho decente, bem como discorrer sobre a importância da concretização em massa desse último no combate ao trabalho infantil.

O trabalho infantil, uma das principais antíteses do trabalho decente, representa uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos e princípios fundamentais do trabalho. Em situações extremas, crianças e adolescentes são escravizados, separados de seus familiares, assim como expostos a sérios riscos e doenças.

O trabalho infantil se refere ao labor que impede o desenvolvimento saudável de todas as capacidades e habilidades das crianças e adolescentes, além de privá-los da infância, de frequentar regularmente a escola e de sua dignidade.

Em contrapartida, o trabalho decente, considerado pela OIT como fundamental para romper o ciclo da pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir a governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável, é definido por Filho (2010, p. 52) como:

[...] um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança, à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical, e à proteção contra os riscos sociais. Negar o trabalho nessas condições, dessa feita, é negar os Direitos Humanos do trabalhador e, portanto, atuar em oposição aos princípios básicos que os regem, principalmente o maior deles, a dignidade da pessoa humana.

A expressão “trabalho decente” resume a missão histórica da OIT de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Ademais, reúne os quatro objetivos estratégicos de tal organismo internacional, quais sejam:

1. o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil);
2. a promoção do emprego produtivo e de qualidade;
3. a ampliação da proteção social;
4. e o fortalecimento do diálogo social.

Em suma, trata-se de um trabalho de qualidade e remunerado adequadamente, em que são garantidos direitos, proteção social, voz e representação, ou seja, é capaz de garantir uma vida digna ao trabalhador.

Diferentemente do trabalho infantil, o trabalho decente vai ao encontro do princípio da dignidade humana, valor supremo que reconhece o caráter único e insubstituível de cada ser humano, rechaça todo e qualquer ato de cunho degradante

e desumano, além de garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. O princípio em apreço é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).

Tal princípio, nas palavras de Ingo Sarlet (2019, p. 71), é conceituado como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres que integram a vida em rede.

Também merece destaque o objetivo n. 9, traçado na Agenda 2030 da ONU:

9. Prevemos um mundo em que cada país desfrute de um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e de trabalho decente para todos. Um mundo em que os padrões de consumo e produção e o uso de todos os recursos naturais – do ar à terra; dos rios, lagos e aquíferos aos oceanos e mares – são sustentáveis. Um mundo em que a democracia, a boa governança e o Estado de Direito, bem como um ambiente propício em níveis nacional e internacional, são essenciais para o desenvolvimento sustentável, incluindo crescimento econômico inclusivo e sustentado, desenvolvimento social, proteção ambiental e erradicação da pobreza e da fome. Um mundo em que o desenvolvimento e a aplicação da tecnologia são sensíveis ao clima, respeitem a biodiversidade e são resilientes. Um mundo em que a humanidade viva em harmonia com a natureza e em que animais selvagens e outras espécies vivas estão protegidos.

Desta feita, levando-se em conta que o trabalho decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, bem como para a redução das desigualdades sociais, tem-se que uma forma de proteger as crianças e os adolescentes vítimas de superexploração de sua força de trabalho é a garantia de trabalho decente para seus familiares em idade para o trabalho.

7 · MEDIDAS DE PREVENÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Ao longo do presente estudo ficou claro que crianças e adolescentes de famílias de baixa renda, embora sejam titulares de diversos direitos com absoluta prioridade, têm sua força de trabalho explorada desde cedo, o que resulta na negação do direito fundamental à infância e a diversos outros prejuízos ao seu desenvolvimento. Entretanto, é de suma relevância destacar que alguns passos em direção a erradicação do trabalho infantil já foram dados no Brasil, o que se propõe apresentar no presente tópico.

A OIT enumera alguns fatores que expressam os avanços do país na prevenção e erradicação do trabalho precoce, quais sejam:

- Os importantes avanços no sentido da universalização da educação básica;
- A ação decidida da fiscalização do trabalho;
- A existência de políticas públicas de transferência de renda condicionada (como o Bolsa Família e o PETI – Programa de Erradicação do Trabalho Infantil);
- A incorporação do tema de forma sistemática pelo sistema estatístico nacional desde 1992, gerando informações confiáveis e detalhadas que permitem o

conhecimento e análise do problema, considerando suas dimensões setoriais, territoriais, de gênero, raça, etnia, entre outras, e que contribui decisivamente para a visibilidade do tema na sociedade e para a melhoria das estratégias de prevenção e erradicação;

- A criação de instâncias de diálogo social (compostas por representantes de governo, organizações de empregadores, trabalhadores e da sociedade civil, além do Ministério Público do Trabalho), como a Comissão Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI);
- O ativo envolvimento do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho;
- Uma intensa participação da sociedade civil, expressa principalmente através do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI) e suas representações estaduais;

Ainda sobre esse aspecto, em 2017, o Escritório da OIT no Brasil e o Ministério do Desenvolvimento Social concluíram a elaboração de “Diagnósticos Intersetoriais Municipais de Trabalho Infantil”, com informações e análises de cada município do País. O objetivo desta sistematização consiste em:

[...] apoiar o planejamento das estratégias de redução do trabalho infantil, integrando as áreas de assistência social, trabalho, educação, saúde, direitos humanos, cultura, esporte e lazer. Ao oferecer um retrato individualizado dos dados locais sobre serviços, equipamentos, projetos, programas e principais incidências de trabalho infantil do município, os diagnósticos subsidiam o planejamento e a execução do redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).

Outra medida a ser destacada diz respeito à criação dos Juizados Especiais da Infância e Adolescência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas-SP, por meio da Resolução Administrativa n. 14/2014, de 31 de outubro de 2014.

Entre os fundamentos da criação de tais juizados, salienta-se o de que: “a erradicação do trabalho infantil deve estar aliada à educação de qualidade e à adequada profissionalização do adolescente, como instrumento de alcance de trabalho e vida digno”. Desta feita, infere-se que um dos pilares dessa iniciativa do TRT da 15ª Região é a proteção do trabalho do adolescente.

O art. 2º da Resolução em apreço prevê a competência dos juizados,³ que, além da atuação jurisdicional, possuem importantes ações no âmbito extrajudicial, como, por exemplo, a realização de audiências públicas para tratar do cumprimento de cotas de aprendizagem. A este respeito, cumpre transcrever o seguinte trecho extraído da obra *Brasil sem Trabalho Infantil*:

Essas audiências são ações articuladas e interinstitucionais e envolvem, além dos JEIAs, o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Secretaria de Inspeção do Trabalho. As empresas descumpridoras das cotas legais de aprendizagem (relação é disponibilizada pela Secretaria da Inspeção do Trabalho) são convocadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) a comparecer na audiência, em que são explicadas todas as obrigações contidas na Lei de Aprendizagem e a

3 “Art. 2º Os Juizados Especiais da Infância e Adolescência poderão atuar tanto de forma fixa, quanto itinerante, e terão competência material para analisar, conciliar e julgar todos os processos que envolvam trabalhador com idade inferior a 18 (dezoito) anos, nela incluídos os pedidos de autorização para trabalho de crianças e adolescentes, as ações civis públicas e coletivas e as autorizações para fiscalização de trabalho infantil doméstico.”

importância do cumprimento das cotas para a erradicação do trabalho precoce. As entidades de aprendizagem também são convidadas para participarem dessas audiências públicas. Após as audiências públicas as empresas tendem a contratar aprendizes e regularizar a situação de suas cotas legais.

Assim, a inserção do adolescente no mercado de trabalho ocorre de forma adequada, protegida e com a sua permanência no sistema educacional, visto que um dos requisitos do contrato de aprendizagem é a frequência escolar. Ademais, tal relação laboral objetiva o desempenho de um trabalho compatível com o desenvolvimento físico, moral e psíquico do adolescente.

Por fim, salienta-se que a erradicação do trabalho infantil representa uma meta mundial e, para que seja alcançada, exige-se dos Estados a adoção de medidas urgentes e eficazes. Para tanto, destaca-se a importância da implantação de políticas públicas; uma fiscalização eficiente; uma atuação mais protetiva por parte do Poder Judiciário, ao se deparar com lides envolvendo menores de idade; uma atuação conjunta do Poder Público com a sociedade civil organizada, trabalhadores, que devem denunciar o trabalho infantil, e empregadores, que além de abster de se beneficiar deste trabalho, não devem, como forma de represália, contratar com outras empresas que exploram crianças e adolescentes; a adoção de penalidades mais severas aos infratores da lei; entre outras.

8 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde meados da década de 1990, o Brasil reconheceu oficialmente a existência de exploração de mão de obra infantil no País e, a partir de então, tem empreendido esforços para prevenir e eliminar tal mazela social.

Apesar de ser notável o avanço no tratamento dessa questão, dados estatísticos demonstram que o número de crianças ocupadas no país ainda é alarmante, já que representa quase 25% do total de crianças ocupadas na América Latina, de acordo com a OIT.

O arcabouço normativo rechaçando o trabalho infantil é louvável, porém, é insuficiente para reverter esse quadro, de tal sorte que não basta apenas reprimir comportamentos, é preciso um engajamento maior por parte do Estado para que os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes com absoluta prioridade sejam transformados em realidade objetiva e concreta e, conseqüentemente, o desenvolvimento infantil ocorra de forma natural, equilibrada e contínua.

Ademais, é imperioso que o País cumpra as metas assumidas internacionalmente voltadas à erradicação do trabalho infantil, tomando como exemplo a de n. 8.7 prevista na Agenda 2030 da ONU.

É preciso, ainda, que o trabalho dos adolescentes, nas hipóteses autorizadas em lei, seja protegido, o que demanda uma fiscalização eficiente nos contratos de aprendizagem, estágio e trabalho educativo, a fim de se evitar o desvirtuamento dos fins pedagógicos dessas atividades.

A oportunidade de trabalho decente aos que podem laborar também deve ser assegurada, para que as famílias de baixa renda não dependam do trabalho infantil para sobreviver ou complementar a renda familiar, pois o trabalho só é considerado dever a partir do momento que o indivíduo atinge seu pleno desenvolvimento físico e psíquico.

Além de tudo isso, infere-se a necessidade de conscientização das famílias, a fim de que compreendam que vale mais a pena seus filhos, crianças e adolescentes, estarem na escola do que trabalhando, com a superação da mentalidade de que o trabalho executado desde cedo combate a ociosidade e evita a criminalização.

Tendo em vista o importante papel da sociedade em denunciar tais práticas, essa também deve ser conscientizada sobre os malefícios da violação do direito fundamental ao não trabalho de crianças e adolescentes.

Por fim, as desvantagens e os perigos da inserção precoce no mercado de trabalho não deixam dúvidas de que tais medidas devem ser tomadas de forma urgente. Enquanto isso não for feito, crianças e adolescentes continuarão a ser explorados não só na infância, mas também na fase adulta e na velhice. Para que esse ciclo que reproduz a pobreza, arraigado em nosso País, seja interrompido, reitera-se a importância da efetivação do direito fundamental à educação, que, embora seja assegurado a todos e constitua um dever do Estado e da família, não alcança crianças e adolescentes que se encontram na linha da pobreza.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães; FARIAS, Magno Araújo, coordenadores. *Brasil sem trabalho infantil*. São Paulo: LTr, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade*. São Paulo: LTr, 2011.

CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha, 2001.

CORRÊA, Cláudia Peçanha; GOMES, Raquel Salinas. *Trabalho infantil: as diversas faces de uma realidade*. Rio de Janeiro: Viana e Mosley, 2003.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. International Labour Office; ILO Office in Brazil. Brasília: ILO, 2010.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.

JUNIOR, Edson Beas Rodrigues (org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra. *Trabalho infantil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LOTTO, Luciana Aparecida. *Ação civil pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Agenda 2030*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso: 26 maio 2020.

OLIVA, José Roberto Dantas Oliva. *O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores/IPEC*. Brasília: OIT, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil /Organização Internacional do Trabalho*. Brasília: OIT, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O trabalho infantil no Brasil*. Escritório no Brasil. Disponível em: www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_565212/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SANTOS, Caio Franco. *Contrato de emprego do adolescente aprendiz: a aprendizagem de acordo com a Lei n. 10.097/2000*. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TORRES, Maria Adriana. *Trabalho Infantil: trabalho e direitos*. Maceió: EDUFAL, 2011.

A QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BASEADA EM COORDENADAS GEOGRÁFICAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Tiago Dias Maia¹
Galtieno da Cruz Paulino²

Sumário: 1 Introdução. 2 Visão holística dos direitos fundamentais. 3 Colisão de direitos fundamentais e interpretação. 4 Compatibilidade com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. 5 Compatibilidade constitucional e infraconstitucional. 6 Demonstração prévia de indícios de autoria dos alvos. 7 Princípio da presunção de inocência e inversão do ônus da prova. 8 Utilidade da medida para a investigação criminal e *fishing expedition*. 9 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

Com o avanço tecnológico, muito se tem debatido sobre a proporcionalidade de medidas de investigação inovadoras em que se utilizam dados pessoais armazenados por provedores de serviços de internet com a finalidade de elucidar crimes.

Provedores de serviço de internet coletam dados o tempo todo dos usuários de seus serviços, inclusive dados de localização. Isso é possível porque os modernos aparelhos utilizados por boa parte das pessoas, como *smartphones*, relógios inteligentes (*smartwatches*) e *tablets*, são capazes de fornecer sua precisa localização através de tecnologias como GPS, redes *wi-fi* e redes de dados móveis.

O Google, atualmente, é o principal usuário deste tipo de ferramenta. A empresa usa informações de localização coletadas de seus usuários com diversas finalidades, como fornecer aos seus usuários recomendações personalizadas baseadas em lugares já visitados, anúncios direcionados, informações sobre o trânsito ou, até mesmo, informar em quais horários um restaurante está mais cheio.

Recentemente, a ferramenta tecnológica chamada em inglês de *geofencing* está sendo utilizada cada vez mais e de maneira mais difundida. *Geofence* pode ser conceituada como um perímetro virtualmente definido ao redor de um certo ponto no

1 Promotor de Justiça (MPDFT). Membro-Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Criminal do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Defensor Público. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

2 Procurador da República. Ex-Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal (2018/2019). Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

globo terrestre, uma espécie de “cerca virtual”. É graças a esse tipo de ferramenta que o usuário de um dispositivo móvel equipado com sinal de GPS, ao passar próximo a uma lanchonete, pode receber uma notificação em seu aparelho com algum *voucher* para ser usufruído naquele estabelecimento que contratou este tipo de serviço de empresas de tecnologia.

A tecnologia, que ganhou importância em termos comerciais, mostra-se valerosa em situações nas quais a investigação de crimes graves não avança por falta de elementos que indiquem algum suspeito. Crimes graves como homicídio e estupro, por vezes, são cometidos sem que se possa encontrar elementos de prova que levem a algum suspeito, como testemunhas, filmagens, resquícios de DNA ou impressões digitais, por exemplo; sendo necessária, portanto, a adoção de técnicas especiais de investigação.

Nesses contextos, considerando que atualmente existem dois dispositivos digitais por habitante no Brasil, sendo 234 milhões só de *smartphones*,³ as autoridades começaram a solicitar de empresas como o Google informações de todos os usuários de seus serviços que estiveram no perímetro que circunda pontos relevantes para a investigação, como o local em que tenha sido encontrado o corpo de uma vítima de homicídio ou o local onde tenham sido achados pertences de uma vítima de roubo.

Em um mandado de quebra de sigilo de dados telemáticos de geolocalização, conhecido nos Estados Unidos como *geofence warrant*, questiona-se ao Google se consta de sua base de dados o registro de algum usuário naqueles locais específicos em uma determinada janela de tempo, geralmente o momento do crime, o que pode levar a uma pista sobre o autor do delito e abrir alguma linha de investigação.

A principal polêmica em relação a este tipo de meio de investigação decorre de serem requisitadas informações de todos os usuários que estiveram no local usando um dispositivo móvel associado a serviços do Google, independentemente de qualquer outra vinculação com o fato criminoso.

Nesse caso, o Estado obteria informações atinentes à privacidade dos indivíduos, que muito provavelmente não cederam seus dados ao Google com a finalidade de serem vigiados, muito menos para produzir elementos em seu desfavor em um processo criminal.

Argumenta-se, ainda, que pessoas poderiam ser acusadas em um crime simplesmente por ter passado pelo lugar errado, na hora errada. Muitos teriam que contratar advogados para explicar às autoridades que, embora estivessem próximos ao local do crime investigado, nada têm a ver com o fato, gerando uma espécie de inversão do ônus da prova.

Além disso, o crime pode ter ocorrido em uma região populosa, de modo que a quebra de sigilo pode atingir dezenas ou até centenas de pessoas que, a princípio, nada fizeram de errado que justificasse a violação de sua privacidade.

Também causa preocupação a possibilidade de utilização desvirtuada da medida por Estados totalitários com intenção de vigiar e controlar sua população e, especialmente, perseguir opositores políticos.

3 De acordo com pesquisa realizada por Fernando de Souza Meirelles, “são 424 milhões de dispositivos digitais em uso no Brasil em junho de 2020, sendo 190 milhões de computadores e 234 milhões de *smartphones*. A densidade (*per capita*) de dispositivos digitais era de 50% em 2010, e atinge 200% em 2020, ou melhor, dois dispositivos digitais por habitante” (MEIRELLES, 2020, p. 64).

Há, portanto, evidente colisão entre o direito fundamental da coletividade à segurança pública e o direito fundamental dos indivíduos de não terem violado seu direito à privacidade, mormente sem que haja qualquer indício de autoria contra si.

A colisão de direitos fundamentais demanda uma análise cuidadosa não só dos problemas atuais de relativização mas daqueles que também podem surgir com o uso indiscriminado de medidas invasivas de investigação.

Faz-se necessário, portanto, analisar de forma holística os direitos fundamentais envolvidos, bem como a compatibilidade entre a medida e o ordenamento jurídico brasileiro, para então concluir se a quebra de sigilo de dados telemáticos de localização sem indícios de autoria criminal é medida investigativa legítima.

2 - VISÃO HOLÍSTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal forma um sistema aberto, composto por princípios e regras, os quais devem ser compreendidos holisticamente e em perfeita harmonia. Os preceitos fundamentais, dotados de maior valoração axiológica, possuem maior relevância constitucional e servem de paradigma interpretativo aos demais preceitos, devendo, por conseguinte, incidir de maneira plena, sempre compatibilizando possíveis antinomias. Esses princípios estão presentes na Constituição de 1988 na parte denominada “Dos Princípios Fundamentais”, os quais, repita-se, devem sempre ser analisados em conjunto e em harmonia com o princípio da unidade constitucional.

Nos Estados democráticos, os direitos fundamentais devem se fazer presentes no topo da hierarquia normativa, ou seja, na Constituição. Eles vinculam todos os poderes, regulam as situações (conteúdo) mais relevantes na sociedade e se encontram na “medida máxima de necessidade de interpretação” (ALEXY, 2015, p. 48).

Para um direito ser considerado fundamental, deve englobar interesses que necessitam ser protegidos e promovidos pelo Direito. Além disso, é necessário que “o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento deixe fundamentar-se pelo Direito” (ALEXY, 2015, p. 50).

A fundamentalidade de um direito está presente, portanto, quando ele se apresenta como prioridade no sistema jurídico e, ocorrendo violação ou não, seja promovido, sob pena de se atingir o núcleo existencial do próprio sistema.

Ocorre que a interpretação dos preceitos fundamentais, necessária para uma verdadeira supremacia da Constituição, depende da efetividade desse diploma normativo, advinda da sua eficácia social, voltada para o resguardo dos anseios individuais e coletivos de uma sociedade, mediante uma relação de equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais de ambos, indivíduo e sociedade.

Nesse cenário, o direito, para ser considerado fundamental, deve receber uma especial proteção formal e material. Do ponto de vista formal, o direito fundamental possui sede constitucional, que resulta em barreiras procedimentais mais rígidas para supressão e alteração, em alguns casos absolutas (como as cláusulas pétreas), além de possuírem aplicabilidade imediata. Em termos materiais, tais direitos fazem parte da denominada Constituição Material e estão na base de formação do Estado. Podem ser encontrados em outros diplomas normativos, fora, portanto, da literalidade da Constituição, ou podem mesmo não ser expressos.

Outrossim, os direitos fundamentais variam de acordo com o contexto constitucional. Porém, alguns deles são considerados universalmente fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana. O conteúdo desses direitos varia conforme a realidade social em que se encontram, a qual condicionará seu conteúdo.

Esses direitos possuem dupla face, visto que podem ser considerados como direitos subjetivos individuais ou como elemento objetivo fundamental de uma sociedade (SARLET, 2007, p. 166). Além de servirem como mecanismos dos indivíduos ante o Poder Público, os direitos fundamentais são, também, valores constitucionais de caráter objetivo, com eficácia sobre todo o ordenamento jurídico; servem como norte para o atuar de todos os poderes constituídos.

Todos os direitos fundamentais transpassam a esfera do indivíduo. Na perspectiva objetiva, podem-se restringir direitos individuais, ainda que fundamentais, quando o interesse da sociedade prevalecer e desde que respeitado o núcleo essencial. A face objetiva dos direitos fundamentais apresenta-se como um dever imposto ao Estado de concretizá-los e implementá-los. Há a denominada influência objetiva e valorativa dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva é autônoma e serve de norte à interpretação e à aplicação do Direito infraconstitucional.

Os direitos fundamentais também se apresentam como dever de proteção do Estado, que deve agir de maneira preventiva na proteção dos particulares diante dele próprio (o Estado) e dos demais particulares. A valorização dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva resultou na conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal (SARLET, 2007, p. 177).

Sob o aspecto subjetivo, o indivíduo pode buscar, em juízo, a proteção e observância dos direitos fundamentais, tutelados em face dos Estados e dos demais integrantes da sociedade.

Nesse cenário, o estudo da eficácia dos preceitos fundamentais presentes na Constituição deve focar a diferença entre a eficácia jurídica e a social. Esta última é enquadrada como efetividade da norma (SILVA, 1982, p. 48), ou seja, sua aplicabilidade no plano dos fatos. A “efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social” (BARROSO, 2010, p. 221). Apresenta-se como “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social” (BARROSO, 2010, p. 221).

Por sua vez, o estudo da eficácia jurídica dos direitos fundamentais deve ser aferido em consonância com as diversas funções que esses direitos podem assumir. Eles podem ser classificados como direitos de defesa (caso do direito à intimidade) e como direitos a prestações (caso do direito à segurança). Quanto aos primeiros, de caráter subjetivo, não há discussão quanto a sua aplicação (eficácia jurídica) imediata. A discussão sobre a aplicabilidade imediata gira em torno dos direitos fundamentais prestacionais, os quais, em regra, também devem ser entendidos como de aplicabilidade imediata. Essa característica, em verdade, deve ser entendida como inerente a todos os direitos e garantias fundamentais, independentemente da parte na qual eles se localizem no texto constitucional (SARLET, 2007, p. 275). Os direitos

prestacionais são avalizados sob as perspectivas individual e coletiva, que deverão ser consideradas no momento que forem interpretados.

Essa interpretação se adequa à previsão normativa do art. 5, § 1º, da Constituição, contribuindo para evitar o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais.

Em razão do referido dispositivo, surge uma presunção, mesmo que relativa, de aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais. Essa presunção só pode ser afastada em caráter excepcional e desde que devidamente fundamentada (PAULINO, 2019, p. 35). É obrigação do poder público “extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível” (SARLET, 2007, p. 235).

Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais se apresentam como um conjunto de direitos que norteia e garante a existência dos seres humanos como indivíduos e seres gregários; constituem, portanto, um sistema de proteção a ser respeitado de forma holística. Possíveis antinomias, porém, devem ser solucionadas, necessitando-se de um atuar interpretativo que supera a simples subsunção do fato à norma. Na linguagem do Direito, segundo Alexy, há uma abertura necessária que comporta a “possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma” (2015, p. 36).

É sob esse enfoque de harmonia dos direitos fundamentais que medidas voltadas ao resguardo da sociedade, como a demonstrada neste artigo, devem ser interpretadas e aplicadas.

3 · COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERPRETAÇÃO

Ordinariamente, os direitos fundamentais individuais entram em colisão com os bens coletivos. Esse choque é muito presente no contexto da segurança pública, quando o Estado, objetivando proteger seus cidadãos, ao garantir uma conjuntura de segurança, acaba atingindo o direito à liberdade de algumas pessoas.

Ocorre que os possíveis conflitos entre direitos fundamentais individuais, normalmente do acusado, e direitos fundamentais coletivos, atinentes à sociedade, devem ser solucionados por meio da adoção do entendimento de que nenhum direito fundamental pode ser suprimido por completo em nenhuma hipótese.

Nesse diapasão, surge a necessidade de definir se os direitos fundamentais são regras ou princípios – como mandamentos de otimização, podendo incidir em graus diferentes, a depender dos contextos fático e jurídico. Em sendo princípios, conforme adotado neste artigo, a solução ocorre por meio da ponderação; em sendo regras, são mandamentos definitivos, ou seja, devem ou não ser observadas, resultando: a) na declaração de um dos direitos como válido e o outro como inválido; b) na declaração de um dos direitos como não aplicável; ou c) na fixação de uma exceção em uma das normas.

Como todo princípio é válido, o conflito entre os princípios envolve a “dimensão do peso”, ou seja, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” dos princípios (DWORKIN, 2012, p. 43). A controvérsia no julgamento sobre a mensuração exata de um princípio e sobre qual deve prevalecer

em caso de colisão “é parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, 2012, p. 43). A solução do conflito ocorre com a fixação da precedência de um princípio, condicionada pelas circunstâncias do caso concreto. Em condições diversas, pode haver resultado diverso (DWORKIN, 2012, p. 43).

De plano, nenhum princípio prevalece sobre outro em tese. A supremacia de um dos princípios em choque, repita-se, depende das circunstâncias/condições do caso concreto, sempre se mensurando os direitos em colisão e buscando-se evitar a completa exclusão de um deles.

Os princípios não possuem obrigações/consequências de cunho definitivo, mas apenas *prima facie*. O âmbito de incidência de seu conteúdo, conforme acima exposto, não se encontra previamente determinado.

Em razão do caráter de preceito constitucional assumido, os direitos fundamentais podem ser restringidos apenas por normas de envergadura constitucional. Essas restrições, segundo Alexy, podem ser realizadas por “normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais” (2011, p. 286). As restrições infraconstitucionais só são admissíveis quando autorizadas pela própria Constituição. Surgem as denominadas restrições indiretamente constitucionais.

Nesse ponto, aflora a necessidade de um juízo de ponderação por meio do princípio proporcionalidade que, segundo Carlos Pulido (2014), cumpre a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais. Tal princípio se faz necessário em razão de os direitos fundamentais serem normativamente indeterminados.

“Nenhuma disposição jusfundamental, por mais específica que pareça, permite que se conheça de plano todas e cada uma das normas que estatui direta ou indiretamente” (PULIDO, 2014). A atuação do princípio da proporcionalidade se dará justamente quando se for concretizar um direito fundamental.

Por sua vez, a ponderação se desenvolve em três etapas sequenciais: a) devem-se comprovar os reflexos do não cumprimento de um dos princípios em conflito, de acordo com o grau de descumprimento; b) deve-se aferir a importância de se cumprir o princípio contrário; c) deve-se comprovar se o cumprimento do princípio contrário justifica que o outro seja prejudicado (ALEXY, 2011, p. 111).

Haverá atuação desproporcional se, diante de princípios em contraposição, não se estabelecer uma relação de balanceamento entre os princípios envolvidos, praticamente suprimindo-se o papel do princípio relegado.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos fundamentais, deve-se considerar a faceta da proibição da proteção deficiente (PULIDO, 2014). Ao intérprete, caberá aferir se uma atuação estatal, por ação ou omissão, torna vulnerável um direito fundamental. Por meio da proibição de proteção deficiente, permite-se a fixação de um padrão mínimo de proteção aos direitos fundamentais que deve ser observado e promovido pelo Poder Público.

Desse modo, todos os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo Poder Público, tanto no momento da elaboração legislativa quanto no da aplicação.

Sempre se deve assegurar o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, que gera um limite às possíveis restrições a que eles podem ser submetidos. Um direito fundamental, em suma, só pode ser restringido se, no momento da restrição, em razão da incidência de outro direito fundamental, for observado seu conteúdo mínimo.

Nessa senda, os sistemas jurídicos de proteção devem se pautar, sempre, pela proteção dos indivíduos e da sociedade, pois os seres humanos são sociáveis por natureza. A concepção que se deve ter de direitos humanos, centrada na dignidade da pessoa humana, só será concebida sob uma perspectiva plena se enfocada sob um contexto social, pois a natureza existencial de todos os direitos passa por uma perspectiva comunitária (DA SILVA, 2015, p. 136).

Desse modo, as interpretações jurídicas de proteção devem se sustentar em uma perspectiva individual e social.

Nesse cenário, ao se aferir o cabimento de uma medida investigativa, voltada à eficácia da persecução penal, deve-se sempre ter em mente que o cabimento da medida deverá aferido por meio de uma interpretação que gere uma relação de equilíbrio entre todos os direitos fundamentais envolvidos, inclusive os que dizem respeito à sociedade e à vítima.

4 · COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Embora não trate diretamente sobre o tema, a Convenção Americana de Direitos Humanos protege os indivíduos de ingerência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, conforme se vê:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. *Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (OEA, 1969, grifo nosso).

O dispositivo é pertinente, considerando que a quebra de sigilo de dados de localização é, sem dúvida, uma ingerência estatal na vida privada da pessoa cujo histórico de localização se revela.

Existe uma preocupação em âmbito internacional sobre o risco de que instrumentos de investigação que se valem de inovações tecnológicas sejam utilizados para espionar e perseguir por parte do Estado, que poderia explorar interpretações equivocadas para dar aparência de legalidade à medida investigativa.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se debruçar sobre tema parecido (interceptação e monitoramento telefônicos), quando analisou a validade da utilização de inovações tecnológicas na investigação de crimes diante do artigo 11 da Convenção Americana. O seguinte trecho da sentença do caso *Escher e outros vs. Brasil* ilustra bem esse ponto:

115. A fluidez informativa que existe atualmente coloca o direito à vida privada das pessoas em uma situação de maior risco, devido à maior quantidade de novas ferramentas tecnológicas e à sua utilização cada vez mais frequente. Esse progresso, especialmente quando se trata de interceptações e gravações telefônicas, não significa que as pessoas devam estar em uma situação de vulnerabilidade frente ao Estado ou aos particulares. Portanto, o Estado deve assumir um compromisso com o fim adequar aos tempos atuais as fórmulas tradicionais de proteção do direito à vida privada. (OEA, 2009).

Chamou-se atenção ao papel do Estado de proteger os direitos humanos diante do avanço da tecnologia, obviamente que de maneira conciliatória, isto é, sem colocar empecilhos ao desenvolvimento da ciência.

Neste caso específico, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana por ter violado o direito à vida privada de seus nacionais. Concluiu-se que este tipo de medida deve se basear em uma legislação particularmente precisa, com regras claras e detalhadas, propósito claro, indícios razoáveis de autoria ou de participação, e ser requerida, concedida e fiscalizada por autoridades previstas na legislação de forma fundamentada e com prazo máximo fixado (OEA, 2009).

De fato, há diferenças marcantes entre a medida de quebra de sigilo de dados de geolocalização e a interceptação telefônica, questão debatida no caso *Escher*. Todavia, na falta de debate específico e considerando que ambas as medidas caracterizam sérias interferências na vida privada, é possível valer-se das conclusões obtidas no julgamento como parâmetro para aferir a conformidade da medida em análise com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, pelo menos no que se refere a esse sistema regional.

Neste contexto, ficou claro que, obedecidos certos requisitos que protejam as pessoas de uma ingerência indevida, diligências investigativas que implicam invasão à privacidade são permitidas quando se busca uma relativização do direito individual em prol de interesses legítimos da coletividade, como no caso de investigações criminais.

Há, inclusive, dispositivo expresso neste sentido na Convenção Interamericana, que prevê em seu artigo 32: “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” (OEA, 1969).

Portanto, a norma internacional, prevendo que certos direitos humanos individuais entrariam em rota de colisão com direitos da coletividade em certas circunstâncias, abriu expressamente a possibilidade de relativização daqueles.

5 · COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Assim como a medida de interceptação telefônica encontra regulamentação constitucional e infraconstitucional, o acesso a dados de localização armazenados por provedores de serviço de internet também encontra regulamentação específica. Os dados pessoais armazenados são protegidos pelo disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, que estabelece como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Por serem considerados parte da vida privada e da intimidade das pessoas, dados pessoais armazenados por provedores de serviço de internet como o Google devem ser protegidos, cabendo à empresa tomar todas as precauções contra o acesso não permitido a essas informações por terceiros.

Em consonância com o dispositivo constitucional citado, a legislação ordinária cuidou de explicitar essa preocupação, garantindo aos usuários da internet maior segurança na utilização de seus serviços. É o que se pode observar no texto da Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. (BRASIL, 2014).

Vê-se, portanto, que o Marco Civil da Internet deixou claro que a guarda de dados pessoais deve atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. Isso significa que, ao coletar dados pessoais e armazená-los, os provedores tornam-se responsáveis pela guarda daquelas informações e se submetem a todas as consequências desta condição.

O Decreto n. 8.771/2016, que regulamenta o Marco Civil da Internet, traz disposições ainda mais específicas no que tange às obrigações dos provedores de proteção dos dados pessoais por eles coletados, como controle estrito sobre o acesso aos dados e o uso de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como criptografia.

Não obstante o cuidado com a manutenção do sigilo, o Marco Civil da Internet prevê expressamente a possibilidade de violação de sigilo desses dados pessoais armazenados, entre outros dados, desde que submetida à reserva de jurisdição (BRASIL, 2014).⁴

O Marco Civil da Internet deixa claro, portanto, que o acesso aos dados pessoais armazenados por um terceiro deve passar pelo crivo do judiciário. O magistrado é quem vai analisar se, naquele caso específico, existe fundamento para que se possa afastar o sigilo dos dados.

Vale lembrar que a permissão legal para autoridades administrativas dada no art. 10, § 3º, da Lei 12.695/2014 é somente a de acesso direto a dados cadastrais, que informem a qualificação pessoal, filiação e endereço.

4 Lei n. 12.965/2014: “art. 7º: O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...]”

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º” (BRASIL, 2014).

O Decreto n. 8.771/2016 define dado pessoal como “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa” (BRASIL, 2016).

Aparentemente, o legislador nacional escolheu separar dados de conexão, em suas diferentes modalidades, de dados pessoais. Assim, um endereço de IP pode não ser considerado dado pessoal, ainda que se trate de informação relacionada à pessoa natural identificável (MELCHIOR, 2014).

De qualquer forma, os dados de localização de pessoas armazenados pelo Google são considerados dados pessoais, seja por se referir a um dado locacional, conforme previsto expressamente no Decreto n. 8.771/2016, seja porque pode revelar informações íntimas daquele usuário.

Além disso, os dados pessoais são de titularidade da pessoa natural a quem dizem respeito. Cabe aos agentes de tratamento apenas o direito sobre a organização de dados pessoais em banco de dados estruturados e sobre a inteligência gerada a partir do tratamento desses dados (CUNTO; GALIMBERTI; LEONARDI, 2019, p. 87).

Sendo assim, fica claro que a legislação infraconstitucional permite o acesso aos dados pessoais de localização armazenados pelo Google, desde que haja prévia autorização judicial, após demonstração do preenchimento dos requisitos a seguir estudados.

6 · DEMONSTRAÇÃO PRÉVIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA DOS ALVOS

A principal crítica feita à ordem de quebra de sigilo com base em coordenadas geográficas, ou *geofence warrant*, é a ausência de identificação prévia dos suspeitos cujos dados serão quebrados. Argumenta-se que esse tipo de medida seria uma verdadeira quebra de sigilo exploratória, sem alvos individualizados, não albergada pela ordem jurídica brasileira.

No Brasil, o Google tem manifestado resistência em obedecer às requisições judiciais de dados de localização de seus usuários em investigações criminais e tem ajuizado mandados de segurança contra decisões que o compelem a informar dados à polícia ou ao Ministério Público.

O caso mais célebre é a investigação sobre o homicídio da vereadora Marielle Franco e seu motorista, Anderson Gomes, no Rio de Janeiro. A Justiça do Rio de Janeiro determinou ao Google que fornecesse todas as “*Google accounts*” ou “*Device IDs*” identificadas entre os pontos das coordenadas especificadas, em uma janela de tempo de 15 minutos da data do fato investigado. A partir dos resultados encontrados, o Google deveria encaminhar o histórico de localização (*locations history*) dos dispositivos identificados.

O Google defende que a Constituição e a legislação nacional são incompatíveis com a medida. Sustenta que a Lei n. 9.296/1996 dispõe expressamente em seu art. 2º que o afastamento da privacidade não é admitido sem a demonstração de indícios razoáveis de autoria ou participação.

Todavia, a empresa faz clara confusão com os dispositivos aplicáveis à matéria. Antes de tudo, é preciso esclarecer que a quebra de sigilo de dados com base em

coordenadas geográficas não trata de interceptação de fluxo de dados, mas sim de acesso a dados armazenados.

De forma objetiva, o art. 5º, XII, da Constituição Federal se dirige à comunicação dos dados e não aos dados armazenados em decorrência de uma comunicação anterior. Nesse sentido, o referido dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei n. 9.296/1996, que faz referência expressa ao “fluxo de comunicações” (BRASIL, 1996). Portanto, a exigência de demonstração de indícios razoáveis da autoria ou participação do alvo na infração penal apurada é aplicável à técnica de interceptação de comunicações.

De outro lado, na quebra de sigilo com base em coordenadas geográficas não se busca acesso a comunicações em andamento, mas informações coletadas em um certo período de tempo e armazenadas no servidor de um provedor de serviços de internet, isto é, nem mesmo se trata de acesso a dados de comunicação.

A questão foi claramente regulamentada pela Lei n. 12.965/2014. O Marco Civil da Internet, ao regulamentar a possibilidade de acesso aos dados sigilosos mantidos por provedores, define requisitos a serem observados no requerimento e aferidos pela autoridade judicial:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros. (BRASIL, 2014)

Verifica-se que não há entre os requisitos a necessidade de apontar indícios de autoria. Isso ocorre porque a principal utilidade dessa medida é revelar a identidade de pessoas que utilizam a internet como meio para a prática de crimes.

A inexigência de demonstração de indícios de autoria tem razão de ser. É que, comumente, os autores de ilícitos cibernéticos não revelam sua real identidade justamente para evitar uma posterior responsabilização. Por esse motivo, a lei prevê a possibilidade de se requisitarem aos provedores de internet dados de conexão, como o IP (*Internet Protocol*), a fim de permitir a identificação dos usuários (JESUS; MILAGRE, 2016).

O principal propósito do *geofence warrant* é justamente encontrar suspeitos em processos nos quais não se tem nenhuma pista sobre a autoria. De fato, seria inviável o cumprimento da medida de interceptação telefônica sem se identificarem os alvos a ser interceptados, razão pela qual, em relação a esse tipo de ferramenta investigativa, é razoável que se exijam indicativos de autoria.

Aliás, o Marco Civil da Internet autoriza o acesso aos dados não só para instrução de processo criminal, mas torna possível que os dados sejam utilizados para instruir processo judicial cível, diferenciando-se mais uma vez da Lei de Interceptações Telefônicas.

No recente julgamento do mandado de segurança interposto pelo Google referente ao caso Marielle, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela legitimidade da quebra de sigilo de dados com base em coordenadas geográficas. Entendeu-se que o Marco Civil da Internet não exige a individualização das pessoas atingidas pela quebra. Segundo o relator Rogério Schietti, “tal exigência, por certo, revelar-se-ia verdadeiro contrassenso, na medida em que o objetivo da lei é possibilitar essa identificação” (BRASIL, 2020).

Um dos fundamentos utilizados para permitir a quebra de sigilo foi justamente o fato de os dados serem anonimizados inicialmente. As informações pessoais dos proprietários daqueles dados seriam acessadas posteriormente, com o avanço das investigações e a realização de pedidos específicos.

Para que fique mais claro, é importante conhecer o método utilizado na análise dos dados obtidos por meio desse tipo de quebra. Em linhas gerais, o Google recebe uma requisição de dados sobre uma área próxima ao crime e em uma janela de tempo. Após analisar sua base de dados, o Google identifica os dispositivos encontrados de acordo com os parâmetros definidos no mandado e os envia à autoridade requisitante. Antes desse envio, o Google identifica cada um desses dispositivos com números de identificação anônimos (números ID).

Os investigadores recebem, portanto, apenas dados anônimos e, a partir de então, precisam fazer uma análise de localizações e padrões de movimento, cotejando com outras informações anteriormente colhidas, até que se identifique(m) algum(ns) entre aqueles dispositivos que pareçam relevantes para a investigação.

É possível, ainda, que, entre os dispositivos anonimamente identificados fornecidos inicialmente, os investigadores façam uma filtragem e apontem uma menor quantidade de dispositivos de interesse. Com esses números, solicita-se ao Google a apresentação de dados ainda anônimos, mais abrangentes, podendo abarcar informações de localização fora da área inicialmente delimitada ou até mesmo fora da janela de tempo em análise.

O retorno desses dados permitirá uma segunda filtragem, possibilitando a exclusão de falsos positivos ou de números irrelevantes para a investigação, estreitando ainda mais o número de dispositivos suspeitos. Até este momento, todos os dados ainda são anônimos, isto é, os investigadores desconhecem dados pessoais dos proprietários daqueles dispositivos.

Identificados dispositivos que se mostraram relevantes para investigação, a autoridade investigadora deverá expor ao Poder Judiciário os motivos pelos quais aqueles dispositivos são relevantes para elucidar o crime e, ao final, pedirá a quebra do sigilo dos dados pessoais somente daqueles IDs específicos.

Por vezes, nessa segunda etapa ainda são requisitados mais dados anônimos e, após mais uma filtragem, só em uma terceira etapa será pedido o levantamento do sigilo e o envio dos dados pessoais dos proprietários daquelas contas.

Acatadas as razões apresentadas, a autoridade judicial requisitará ao Google informações pessoais dos proprietários daqueles dispositivos, tais como nome, número de telefone e endereços de *e-mail*.

É possível que, ao final da primeira análise, nenhum dispositivo se mostre relevante para investigação, de modo que, a rigor, nenhum sigilo terá sido quebrado, e a diligência se encerra naquela etapa.

Nos Estados Unidos, onde esse tipo de ferramenta investigativa já vem sendo usado há mais tempo, o Poder Judiciário enfrentará o pedido de reconhecimento (*United States vs. Chatrie*) de que o *geofence warrant* viola a Constituição estadunidense, sob o argumento de se tratar de um mandado genérico, já que os alvos não são particularizados e, conseqüentemente, não há demonstração de causa provável (*probable cause*) para que seja autorizada a busca (ESTADOS UNIDOS, 2019).

Okello Chatrie foi acusado de ter praticado um assalto com arma em um banco em 2019 no estado americano da Virgínia, fugindo com U\$ 195.000,00. Uma câmara de segurança mostrou que o assaltante segurava um telefone celular antes de entrar no banco.

A polícia então solicitou um mandado judicial que compelisse o Google a fornecer dados anonimizados de localização de qualquer conta Google associada a dispositivos que estivessem em um raio de 150 metros do banco em uma janela de uma hora (trinta minutos antes e trinta minutos após o assalto).

O Google informou em resposta dezenove contas que estiveram dentro do raio de 150 metros durante o intervalo de tempo específico. Entre estas, uma conta chamou a atenção da polícia, pois os dados de localização a posicionavam dentro do banco no momento do assalto e corroboravam a informação de uma testemunha que disse ter visto o suspeito fora do banco antes do crime e a filmagem da câmara que mostrava a fuga após o assalto.

A polícia então requisitou ao Google informações complementares ainda anônimas de nove dentre as dezenove contas informadas anteriormente, ampliando a janela de tempo para uma hora antes e uma hora depois do crime. Identificou-se que a conta suspeita identificada na primeira análise se deslocou depois do crime até uma residência.

Pesquisando em outras bases de dados sobre aquele endereço, a polícia o vinculou a um nome individual e buscou mais informações sobre o suspeito. Por fim, foi solicitado ao Google que revelasse os dados pessoais daquela conta suspeita, cuja identidade combinou com o nome vinculado ao endereço investigado.

O caso ilustra bem a prática no tratamento dos dados obtidos pela ordem de quebra de sigilo com base em coordenadas geográficas. Ao contrário do que pode parecer, portanto, não há uma devassa na vida privada de um grande número de pessoas inocentes. Em verdade, na maior parte do tempo, trabalha-se apenas com números e códigos; somente com o avanço das investigações, é que se tem acesso a dados pessoais.

7 · PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Existe ainda preocupação de que a quebra de sigilo de dados de pessoas vinculadas pela localização onere inocentes com o dever de provar que “apenas estavam no local errado e no momento errado”. Tratar-se-ia, em outras palavras, de uma inversão do ônus da prova que, em princípio, seria da acusação.

De fato, se essa afirmativa fosse verdade, estaria sendo violado o princípio da presunção de inocência, em uma de suas vertentes, “entendido como princípio que impede a outorga de conseqüências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 678).

De acordo com a visão moderna da doutrina, a prova tem por objeto uma hipótese sobre fatos. “O elemento e o objeto de provas não são fatos, mas crenças (aspecto doxástico) ou proposições sobre fatos (aspecto proposicional)” (DALLAGNOL, 2019, p. 122). A investigação trabalha com uma hipótese, que será confirmada ou não, a depender dos resultados das diligências que forem realizadas.

A princípio, a quebra de sigilo de dados com base em localização geográfica não tem por objeto uma hipótese que envolva algum suspeito específico. Concluindo-se pela materialidade do crime, a hipótese é de que alguém praticou uma conduta que gerou aquele resultado naturalístico. Em caso de sucesso da diligência, o resultado é a descoberta de pelo menos um suspeito. Daí começa-se a trabalhar com a hipótese investigativa propriamente dita.

O fato de apenas um indivíduo ter sido detectado na cena do crime não conduz à conclusão de que aquele é o culpado do crime, já que é possível que diversas outras pessoas também estivessem no local, embora não dispusessem de um dispositivo vinculado ao Google.

Na maioria dos crimes, o executor do fato típico está no local onde ocorreu o resultado naturalístico. Por exemplo, no caso de um homicídio a facadas, é natural que o assassino tenha estado próximo de onde o cadáver foi encontrado, seja no momento do crime, seja para deixar o cadáver no local onde se encontra.

Todavia, é evidente que nem todas as pessoas que também estiveram no mesmo local terão necessariamente alguma vinculação com o fato. Pode ser que tenham, pode ser que sejam testemunhas ou pode ser que nem sequer tenham conhecimento de que naquele local ocorreu um crime.

De início, devido ao princípio da presunção da inocência, presume-se que aquela pessoa identificada no local e horário do crime seja apenas um transeunte.

De todo modo, cabe ao órgão acusador o esforço de demonstrar as razões pelas quais entende que o(s) proprietário(s) daquele(s) dispositivo(s) pode(m) estar de alguma maneira vinculado(s) ao crime.

Concluindo-se pela vinculação, há ainda um longo caminho para que se impute a essa mesma pessoa a autoria ou participação no crime. A relevância para investigação é nada mais que a possibilidade de que o portador daquele dispositivo seja uma fonte de informação para a elucidação dos fatos e permita descobrir ou confirmar alguma linha de investigação.

É possível que se considere a comprovação da presença do suspeito no local do crime como um indício, no sentido de indício de prova, isto é, “um começo ou início de prova suficiente para formar um juízo de probabilidade do fato exigido para pronunciamentos judiciais menos gravosos do que uma condenação criminal” (DALLAGNOL, 2019, p. 128).

Nesse sentido, corrobora-se a premissa de que a quebra de sigilo servirá somente para dar início a uma linha de investigação, na qual serão empregadas medidas investigativas específicas para que se produza prova sobre a hipótese criminal aventada.

Portanto, fica claro que não há inversão do ônus da prova, já que cabe ao Estado provar que o indivíduo que estava próximo ao local e no momento dos fatos tem alguma vinculação com o crime.

Outrossim, o aspecto celeridade da persecução penal, inerente ao princípio da presunção de inocência, também deve ser considerado. A rápida solução investigativa e processual, proporcionada pelas modernas técnicas de investigação, como a exposta neste trabalho, contribui para o respeito ao princípio da presunção de inocência, visto que possibilita um desfecho rápido para o caso, afastando todo e qualquer questionamento sobre a presunção de inocência do acusado (PAULINO, 2019).

8 · UTILIDADE DA MEDIDA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E FISHING EXPEDITION

Ao se questionar sobre a utilidade de quebrar o sigilo de diversas pessoas vinculadas a um local e horário, muitos passaram a associar a quebra de sigilo telemático com base em coordenadas geográficas (*geofence warrant*) à técnica de *fishing expedition*.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo classificou as *fishing expeditions* como “investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção” (BRASIL, 2020).

Utilizam-se ordens judiciais de busca genéricas para “jogar a rede” como expediente de pesca ou *fishing expedition* numa busca por provas, geralmente nas casas dos excluídos socialmente (LOPES JR.; ROSA, 2017).

Nesse sentido, citam-se os mandados genéricos, sem especificação subjetiva ou objetiva da medida de invasão à privacidade, a exemplo dos mandados de busca e apreensão concedidos para entrada em casas situadas em comunidades dominadas por organizações criminosas, sem que se especifiquem as casas no mandado, com base na presunção de que serão encontrados naquelas residências objetos ilícitos como drogas e (ou) armas.

Observa-se que, nesta situação, há presunção, baseada na experiência de que moradores são obrigados a esconder em suas casas armas e drogas para traficantes, de que um crime foi ou está sendo praticado naqueles imóveis.

O Google tem argumentado nas demandas judiciais sobre o assunto que a medida consiste em uma ordem exploratória, por ser baseada em meras coordenadas geográficas e atingir um sem-número de pessoas, sem qualquer individualização prévia.

Todavia, a quebra de sigilo telemático aqui estudada pressupõe uma certa individualização. Inicialmente, deve haver a definição clara do fato criminoso investigado, do local em que ocorreu – definido pelas coordenadas geográficas –, da data e do horário provável. É o que determina o art. 22, I e III, do Marco Civil da Internet quando fala de “fundados indícios da ocorrência do ilícito” e do “período ao qual se referem os registros” (BRASIL, 2014).

Geralmente, além desses dados, serão prestadas todas as informações até então conhecidas. No caso da investigação da morte da vereadora Marielle Franco, pelo que se pode depreender do que foi amplamente noticiado na mídia, a polícia tinha conhecimento de que um veículo fora utilizado na prática do crime pelos assassinos e, também, de uma filmagem em que esse veículo aparece, embora não mostre o rosto dos ocupantes. Na filmagem, era possível ver uma luz sendo emitida de um aparelho de dentro do veículo, o que indicava que o ocupante fazia uso de um dispositivo *smartphone*.

A pretensão, naquele caso, era de fazer um cruzamento de dados entre os números ID identificados no local onde se sabe que o veículo suspeito esteve antes do crime e os identificados no local em que o veículo passou após o crime. Caso a polícia identifique números ID que estiveram nos dois pontos de interesse e na janela de tempo definida, então serão solicitados dados pessoais dos usuários daquelas contas.

Portanto, no momento em que a polícia solicitou efetivamente quebra de sigilo de dados pessoais, acrescentou-se o indício de que aquelas pessoas a serem atingidas estiveram em pontos de interesse da investigação, justamente nos horários investigados.

Observa-se que, ao argumentar que a medida é desproporcional porque não oferece a mínima garantia de que levará a possíveis suspeitos do delito investigado, o Google faz um juízo de valor que caberia ao investigador, que conhece os detalhes da investigação e tem melhores condições de julgar sua utilidade para a elucidação dos fatos.

Certamente que, se a medida fosse tão inefetiva como afirma o Google, e os dados fornecidos não tivessem confiabilidade suficiente, nenhuma autoridade teria interesse em solicitar tais informações, o que não se observa na prática.

Nos Estados Unidos esse tipo de ordem judicial aumentou 1500% entre 2017 e 2018 e, de 2018 a 2019, mais de 500%. Os resultados da análise dos dados fornecidos pelo Google foram úteis na solução de um crime de homicídio em Cobb County, Georgia, de outro homicídio em Raleigh, North Carolina, de um arrombamento em Eden Prairie, Minnesota, e de um atentado a bomba em Austin, Texas (BRODY, 2020).

Parece claro que há proporcionalidade na medida, no sentido de adequação, já que, mesmo diante da possibilidade de imprecisão das localizações aferidas, as informações têm sido úteis na investigação de crimes.

Aliás, em regra, em nenhuma medida investigativa, existe garantia de que os resultados levarão aos suspeitos dos crimes. Quando se determina a busca e apreensão em algum endereço investigado, é possível que nada seja apreendido no local, o que não retira a utilidade da diligência.

Certamente que, se os requisitos de individualização do objeto de investigação não forem atendidos, a medida deverá ser indeferida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a região objeto do mandado deverá ser a menor possível e demandará uma justificativa acerca das razões que levam à conclusão de que o autor do crime possa ter transitado naquela área específica. Assim, diminui-se ao máximo a possibilidade de que pessoas sem vinculação com o fato tenham seus dados de localização alcançados, ainda que de maneira anônima.

Quanto à delimitação temporal, o mandado deverá restringir a obtenção de dados de pessoas que passaram por determinado local em um determinado período de tempo. Quanto maior for o período, maior a responsabilidade de fundamentação acerca da necessidade da ampliação, tanto por parte da autoridade requerente como da autoridade que o expede.

Pode acontecer que das diligências resulte a descoberta de prática de algum outro crime diferente daquele investigado originalmente, o chamado encontro fortuito de provas. Haverá flagrante nulidade se a quebra de sigilo de dados for usada como subterfúgio para se investigar crime diverso daquele que fundamentou a medida, assim como ocorre em outros tipos de técnicas investigativas (interceptação telefônica, p. ex.). Todavia, presume-se a boa-fé dos investigadores, de modo que será necessária a demonstração do desvio de finalidade a fim de afastar esta presunção.

Em resumo, não há confusão com a técnica de *fishing expedition*, tendo em vista que, no mandado de quebra de sigilo com base em coordenadas geográficas, há certeza da ocorrência de um crime, e o fato a ser investigado é de antemão explicitado. O local do crime ou de interesse para a investigação também deverá ser precisamente definido, o que é possível atualmente graças aos modernos dispositivos que utilizam tecnologias de ponta.

9 • CONCLUSÃO

A colisão entre o direito fundamental individual à privacidade e o direito fundamental coletivo à segurança pública demanda uma solução que garanta equilíbrio e preserve o núcleo fundamental desses direitos.

Sob a perspectiva da proteção internacional dos direitos humanos, há previsão expressa de que os direitos individuais podem ceder em prol de direitos coletivos. Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de analisar situação parecida com a exposta neste estudo e concluiu que, embora o Estado deva proteger o direito à intimidade de seus cidadãos em frente às inovações tecnológicas, também pode usar a tecnologia em favor do direito à segurança pública.

A tecnologia tem sido usada cada vez mais para a prática de atividades criminosas. Aqueles que vivem à margem da lei se utilizam de todas as ferramentas à disposição para driblar o aparato repressivo estatal.

É contraditório cobrar do Estado postura proativa na garantia da segurança pública de seus cidadãos e, ao mesmo tempo, impedi-lo de se valer de ferramentas tecnológicas que permitam superar as inovações do mundo do crime. Sendo assim, a quebra de sigilo de dados telemáticos baseada em coordenadas geográficas de pessoas que estiveram em locais de interesse para apuração de crimes se apresenta como medida amparada pelas normas internacionais e nacionais e efetiva no combate a crimes de difícil solução.

O fato de não haver prévia delimitação dos alvos da quebra, com demonstração de indícios de autoria ou participação criminosa, não faz da medida uma ordem exploratória, já que a individualização é feita com base em outros parâmetros.

Igualmente, o simples fato de uma pessoa ter sido identificada dentro da delimitação geográfica e no período de tempo investigados não a torna automaticamente suspeita da prática do crime. Permanece sendo ônus dos órgãos de persecução penal comprovar por outros meios de prova a vinculação pessoa-fato.

Não se discorda de que a vigilância constante sobre a forma como serão utilizadas medidas investigativas invasivas é de extrema importância, a fim de se evitar o abuso estatal em detrimento de seus cidadãos, o que acontece não raramente. Todavia, não se pode engessar os órgãos persecutórios criminais no exercício de seu mister com o argumento baseado na presunção de má-fé dos investigadores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. e trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Brasília, DF: 2016. Regulamenta a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Brasília, DF: 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, DF: 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 4.831/DF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq4831decisao5mai.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Seção rejeita recurso da Google contra fornecimento de dados no caso Marielle Franco*. 26 ago. 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26082020-Terceira-Secao-rejeita-recurso-da-Google-contra-fornecimento-de-dados-no-caso-Marielle-Franco.aspx>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- BRODY, Liz. Google's Geofence Warrants face a major legal challenge. *OneZero*, 2020. Disponível em: <https://onezero.medium.com/googles-geofence-warrants-face-a-major-legal-challenge-ac6da1408fba>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- CUNTO, Raphael de; GALIMBERTI, Larissa; LEONARDI, Marcel. Direitos dos titulares de dados pessoais. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; BEPPU, Ana Claudia (Coord.). *Proteção de dados pessoais no Brasil: uma nova visão a partir da Lei n. 13.709/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 87-100.
- DA SILVA, André Luiz Olivie. Os direitos humanos e o Estado “natural” de fundamentação dos direitos. *Revista Sequência*, n. 71, 2015, p. 133-154.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 117-140.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson 7-Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTADOS UNIDOS. United States District Court for the Eastern District of Virginia. *US v. Chatrie - Defendant's reply to motion to suppress (Geofence Warrant)*. 2019. Disponível em: <https://www.eff.org/ja/document/us-v-chatrie-defendants-reply-motion-suppress-geofence-warrant>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Manual de crimes informáticos*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A ilegalidade de *fishing expedition* via mandados genéricos em “favelas”. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www>.

conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas#_ftnref7. Acesso em: 31 ago. 2020.

MEIRELLES, Fernando de Souza. *Pesquisa anual do uso de TI nas empresas*. 31. ed. Centro de Tecnologia de Informação Aplicada (FGVcia). 2020. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/u68/fgvcia2020pesti-resultados_0.pdf. Acesso em: 2 de ago. 2020.

MELCHIOR, Sílvia Regina Barbuy. Neutralidade no direito brasileiro. In: DEL MASSO, Fabiano Dolenc; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coord.). *Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-138.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 31 ago. de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. Sentença de 6 de jul. de 2009.

PAULINO, Galtieni da Cruz. *A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência*. Uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: RT, 1982.

A RECOMENDAÇÃO (2000)19 DO CONSELHO DA EUROPA E O INQUÉRITO N. 4.781 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Túlio Fávaro Beggiato¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O Conselho da Europa. 2.1 A função de harmonização jurídica do Conselho da Europa. 2.2 O Comitê de Ministros e suas recomendações. 2.3 O Brasil e a potencial influência dos *standards* cristalizados nas recomendações do Conselho da Europa. 3 A Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa e o papel do Ministério Público no processo penal. 4 O Inquérito n. 4.781 do Supremo Tribunal Federal. 5 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

A circulação e a hibridação de diferentes modelos processuais pelo mundo decorrem da dinâmica própria do Direito.

Notadamente, a tradição jurídica, o condicionamento cultural, a técnica jurídica utilizada para se afrontar desafios específicos de cada país, bem como a mentalidade – para não dizer metodologia – na interpretação judicial, fazem com que a trajetória de cada ordenamento jurídico seja única.²

Em que pese a evolução natural e convergente em diversos ramos do Direito, a exemplo do Direito dos Contratos e do Direito Empresarial, em se tratando de Direito Processual Penal, o percurso é permeado por maiores desafios.³

A grande dificuldade da doutrina em unificar as características específicas de duas construções abstratas (modelo acusatório e modelo inquisitório) agrava esse fenômeno. Assim, a depender da característica que parece fundamental a determinado estudioso, mostra-se possível classificar o mesmo modelo processual penal de maneira diversa.⁴

1 Procurador da República. *Visiting scholar na University of Cambridge. Visiting researcher no King's College London.* Mestrando em *Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei* na *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*.

2 A construção de um modelo processual penal é convencional e depende da compatibilidade lógica com a respectiva tradição histórica de determinado ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2009, p. 575).

3 A doutrina italiana faz alusão a qualquer coisa parecida com as velhas disputas medievais tratadas no livro *O nome da rosa*, de Umberto Eco, ao se referir ao embate ideológico realizado na disputa entre professores universitários, magistrados e advogados durante o estabelecimento das diretrizes do processo penal italiano (TONINI, 2010, p. XXIV).

4 Para a maioria dos estudiosos do Direito Romano, o critério fundamental para se considerar um modelo como acusatório diz respeito à necessidade de que tanto o ato inicial de acusação quanto o seu prosseguimento (impulso) sejam realizados por um cidadão (privado). Assim, sempre que

Por tais motivos, mais importante do que a etiqueta é a forma como o Direito se orienta concretamente.

É certo que o Direito Processual Penal, ao tempo que instrumentaliza o monopólio estatal do direito de punir, também é garantidor de direitos e liberdades fundamentais. Não é possível, por conseguinte, dissociá-lo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que, por sua vez, é propenso à convergência e à harmonização jurídica.

O conceito de direitos humanos diz respeito ao conjunto de valores, direitos e garantias indisponíveis considerados universais e que possuem como escopo proteger o ser humano diante de ações ou de omissões que possam colocar em risco a dignidade humana. Entre as suas diversas características (indisponibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, interdependência, complementaridade), a historicidade revela que os direitos humanos não surgiram todos ao mesmo tempo, sendo frutos de conquistas históricas. Por conseguinte, eles são reconhecidos gradualmente e tendem a se expandir à medida que a cultura de respeito ao ser humano evolui com o passar dos tempos.

É nessa lógica que se consolida⁵ a noção de que o enfrentamento à criminalidade resguarda o Estado de Direito, garantidor de direitos e liberdades fundamentais, ao tempo que o ser humano investigado ou processado possui, em seu favor, garantias capazes de evitar o abuso no exercício da atividade estatal.

Nesse contexto, reconhece-se a maturação de *standards* internacionais relacionados às funções típicas do órgão de acusação e do órgão julgador, bem como os seus limites. A Europa tem experimentado uma rica aproximação de diferentes modelos de processo penal em seus países (DELMAS-MARTY; SPENCER, 2005, p. 51), inclusive com a criação de novos paradigmas de proteção (JACKSON, 2005, p. 738).

Nessa esteira, o presente estudo cinge-se à contextualização do prestígio e da autoridade dos referidos *standards* internacionais, bem como à análise de caso concreto de extrema relevância à luz dos mencionados parâmetros.

existisse iniciativa processual ou participação no julgamento por órgãos públicos, os estudiosos, quase por unanimidade, compreendem se tratar de procedimento *inquisitoria* (ZANON, 1998, p. 12). No que diz respeito aos autores italianos de Direito Processual Penal, a maioria aponta como critério fundamental a existência efetiva de debates orais (princípio da oralidade) em contraditório, em oposição ao segredo e à escrita (TONINI, 2010, p. 4). Para os autores norte-americanos, não é o fato de se permitir a um advogado realizar a acusação o traço marcante, mas a predominância absoluta das partes (condução do julgamento por elas) perante um júri, presidido por um juiz, sem qualquer iniciativa, absolutamente passivo (LANGBEIN, 2005, p. 1). Na Inglaterra, a doutrina aduz que o traço originário é o júri, sendo os seus consectários os aspectos fundamentais do referido modelo, a exemplo da passividade da corte na função de apenas ouvir a acusação e a defesa, sem qualquer tipo de conduta ativa nas tarefas de investigação ou instrução (SPENCER, 2016, p. 602).

5 Nesse sentido, seguem os considerandos da Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa: *“Considerando che l’ordinamento penale ha un ruolo predominante per la salvaguardia dello Stato di diritto; Consapevole della necessità comune a tutti gli Stati membri di meglio combattere la criminalità a livello nazionale ed internazionale; Considerando che a tal fine conviene accrescere l’efficacia sia degli ordinamenti penali nazionali sia della cooperazione penale internazionale, nel rispetto dei principi definiti nella Convenzione di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”*. Registre-se que a versão em italiano desse trecho foi preferida, tendo em vista se mostrar mais fidedigna em relação à tradução realizada em português. Disponível em: <https://www.csm.it/documents/46647/0/REC%282000%2919+it.pdf/8b7421a2-6f41-474a-bac8-e087167326f7>. Acesso em: 18 jul. 2019.

2 · O CONSELHO DA EUROPA

Em 1949, pelo Tratado de Londres, constituiu-se o Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo, na França, especificamente no Palácio da Europa.

O Conselho da Europa nasceu no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, com o intento de consolidação da paz pela unificação lastreada no Direito. Nesse contexto, a sua criação constituiu um compromisso razoável entre países que almejaram uma unificação integral e países que não toleravam uma excessiva ingerência em suas soberanias nacionais.

O objetivo do Conselho da Europa é promover a democracia, os direitos humanos, o primado do Direito, a identidade cultural europeia e a pesquisa de soluções para problemas sociais na Europa.

É importante destacar que o Conselho da Europa não se confunde com a União Europeia ou com os seus respectivos órgãos (Conselho da União Europeia e Conselho Europeu). Possui, por conseguinte, personalidade jurídica própria reconhecida pelo Direito Internacional e natureza jurídica de organização internacional.

Não se desconhece, entretanto, que atualmente⁶ o Conselho da Europa conta com 47 países-membros, dentre eles todos os 28 países da União Europeia. Participam, também, com *status* de observador, EUA, Japão, Canadá, México, Israel e a Santa Sé.

O democrático sistema de votação interna em cotejo com o elevado número de países-membros é fator de notável legitimação dos atos advindos da referida organização internacional, conforme será melhor detalhado adiante.

2.1 · A FUNÇÃO DE HARMONIZAÇÃO JURÍDICA DO CONSELHO DA EUROPA

Conforme mencionado, o Conselho da Europa tem por objetivo estreitar os laços entre seus países-membros a partir da promoção de ideais e princípios comuns, mediante a tutela e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Seguem, textualmente,⁷ os objetivos traçados pelo Tratado de Londres:

Artigo 1º

a) O objectivo do Conselho da Europa é o de realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são o seu património comum e de favorecer o seu progresso económico e social.

b) Este objectivo será prosseguido, por meio dos órgãos do Conselho, através do exame de questões de interesse comum, pela conclusão de acordos e pela adopção de uma acção comum nos domínios económico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como pela salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

6 Disponível em: <https://www.coe.int/it/web/about-us/our-member-states>. Acesso em: 17 jul. 2019.

7 Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

A promoção de princípios comuns por intermédio do Direito cristaliza a sua função de harmonização (ou de aproximação) jurídica, inclusive em colaboração com outras organizações internacionais.⁸

Registre-se que, desde a sua criação, o Conselho da Europa envia esforços para a harmonização (ou a aproximação) de leis, instituições e usos em seus países-membros, inclusive em matéria processual penal, na defesa de direitos humanos (AMODIO, 2003, p. 76).

Nesse sentido, a doutrina comparatista (JACKSON, 2005, p. 743) reconhece a elevada importância do Conselho da Europa como veículo de convergência no que diz respeito a direitos e garantias processuais:

The thrust towards convergence would seem to be at its strongest within Europe where supranational institutions such as the Council of Europe and the European Union provide a vehicle for strengthening cooperation within a framework of common procedural rights and guarantees laid down by the European Convention on Human Rights and, more recently, the EU Charter of Rights.

Notadamente, a função de harmonização realiza-se por intermédio da celebração de tratados internacionais e, também, pelo estabelecimento de políticas comuns sobre determinados assuntos, com a utilização de outros instrumentos jurídicos.

Para fins de mensurar a relevância dessa função desenvolvida pelo Conselho da Europa, registre-se que foi o seu Comitê de Ministros o responsável por instituir o órgão redator da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Também foi o referido Comitê que adotou antes da celebração do tratado internacional que lhe deu vida em Roma.⁹

Atualmente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos é considerada texto central em matéria de proteção aos direitos humanos na Europa e conta com o mecanismo jurisdicional permanente da Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo (que também é instrumento de harmonização mínima do Direito). Trata-se de paradigma de interpretação para cortes de direitos humanos e cortes constitucionais de todo o mundo, tendo em vista a sofisticação do patamar de proteção de direitos humanos por ela atingido.

Registre-se, ainda, que o Conselho da Europa possui um mecanismo complexo de funcionamento e forte interação com a Corte Europeia dos Direitos Humanos na consolidação do Estado de Direito em seus países-membros, por intermédio do robustecimento de garantias formais e substanciais.

Passadas tais premissas, é oportuno destacar que o Conselho da Europa possui ferramenta jurídica de especial relevo para fins de harmonização jurídica. Trata-se

8 Assim descreve publicação oficial do Conselho da Europa (CONSIGLIO D'EUROPA, 1959, p. 45): *“L'attività del Consiglio d'Europa che si estende a campi molto vari, ha spesso incrociato la strada di altre organizzazioni più specializzate nella ricerca di soluzioni europee o internazionali ai problemi di settori ben definiti. In questi casi, il Consiglio d'Europa ha stabilito con tali organizzazioni relazione proficue che hanno sempre permesso di armonizzare le iniziative e gli sforzi verso una stessa mèta”*.

9 Nesse sentido: *“L'assemblea consultiva, fin dalla prima riunione, presentava al Comitato dei Ministri tre diverse proposte relative ai diritti dell'uomo. In seguito ulteriori iniziative, spesso concorrenti, indussero il Comitato dei Ministri ad istituire un Comitato di alti funzionari incaricato di redigere un progetto di Convenzione. L'organo intergovernativo riuni le diverse proposte, utilizzando altresì i lavori condotti dalla Commissione delle Nazioni Unite ed elaborò un progetto che, approvato dal Comitato dei Ministri, venne firmato a Roma il 4 novembre 1950”* (ZANGHÌ, 2006, p. 175).

do instituto da recomendação, que, após ser adotada pelo Comitê de Ministros, direciona-se aos governos dos Estados Nacionais membros.

O referido instrumento tem-se mostrado eficiente na alteração de ordenamentos jurídicos nacionais considerados divergentes, bem como na adequação de interpretação jurídica nacional a respeito de temas relevantes:

Anche se una risoluzione del Comitato dei Ministri può trovare una spontanea attuazione da parte di uno Stato mediante la modificazione della legge interna, il suo modo d'incidere più tipico non è quello immediato ma quello mediato che si manifesta nella maturazione di prospettive e nella fissazione di traguardi che potranno essere raggiunti dagli Stati nel lungo periodo. E analogamente opera tutta quella fascia di proposte e indicazioni contenute nei rapporti del C.E.P.C.: esse favoriscono una crescita culturale focalizzando l'attenzione su certi temi o facendo progredire il contesto europeo verso la soluzione di problemi già emersi alla ribalta dei singoli Stati. Oltre che d'una misurazione giuridica, il lavoro del Consiglio d'Europa è dunque suscettibile di una misurazione sociologica, intesa come rilevazione degli effetti che le iniziative inidonee a tradursi immediatamente in norme determinano sul piano lato sensu culturale. (AMODIO, 2003, p. 78).

Ademais, esse mecanismo tem-se revelado fundamental na proteção de direitos humanos, sendo campo fértil para a expansão e a universalização de elevados patamares de proteção à dignidade da pessoa humana.

2.2 · O COMITÊ DE MINISTROS E SUAS RECOMENDAÇÕES

O Comitê de Ministros possui *status* de órgão com papel preponderante no Conselho da Europa, tendo em vista que apenas ele age em seu nome, sendo seu órgão de decisão¹⁰ (RAIMONDI, 2005, p. 13; BECO, 2012, p. 6).

A sua importância decorre de ser o mencionado Comitê o único órgão capaz de representar o Conselho da Europa perante Estados Nacionais,¹¹ em exclusão aos demais órgãos.

No que diz respeito à sua composição, conta com estrutura colegiada, e cada país possui um representante com direito ao voto. Como regra, trata-se do ministro das Relações Exteriores ou de representante do respectivo governo.¹²

10 Nesse sentido dispõe o Tratado de Londres, *in verbis*: “Artigo 13º O Comitê de Ministros é o órgão competente para agir em nome do Conselho da Europa, em conformidade com os artigos 15º e 16º”. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/esta_tuto_do_conselho_da_europa.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

11 Segue interessante trecho de um manual publicado pela imprensa oficial italiana e escrito sob os cuidados do Secretariado-Geral do Conselho da Europa em colaboração com a Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale: “Il Comitato dei Ministri è organo d'importanza preponderante di fronte a quella degli altri organi. Come l'art. 13 pone in rilievo, esso è l'organo competente ad agire in nome del Consiglio d'Europa. Da ciò si deduce che gli altri organi, e in special modo l'Assemblea, non hanno la capacità di rappresentare l'ente nei confronti degli stati membri e degli stati terzi, giacché le loro dichiarazioni di volontà hanno efficacia soltanto nell'ambito dell'Organizzazione” (ITÁLIA, 1971, p. 47).

12 Nesse sentido dispõe o Tratado de Londres, *in verbis*: “Artigo 14º Cada Membro tem um representante no Comitê de Ministros e cada representante dispõe de um voto. Os representantes no Comitê são os Ministros dos Negócios Estrangeiros. Quando um Ministro dos Negócios Estrangeiros não puder estar presente, ou se outras circunstâncias o recomendarem, pode ser

Com essas premissas, calha destacar que é atribuição do Comitê de Ministros adotar medidas idôneas para o atendimento das finalidades do Conselho da Europa.

Entre tais medidas está a adoção de recomendação aos países-membros do Conselho da Europa. A recomendação é um dos instrumentos jurídicos aptos a serem utilizados para a promoção de ideais e princípios comuns, bem como para a salvaguarda de direitos humanos.

Notadamente, o instrumento da recomendação possui algumas vantagens em relação ao tratado internacional, em especial o seu caráter de universalidade:

Recommendations have some advantages which may make them more attractive for the CM than conventions. To begin with, recommendations are acts of the CoE and as such, they are addressed automatically to all CoE Member States. Conventions, by contrast, depend on their being ratified by each individual State. Although in general, the acceptance rate of CoE conventions is amazingly high, only a few conventions (such as the ECHR) have been ratified by all CoE Member States. Secondly, recommendations are - in spite of the unanimity requirement for their adoption (Article 20 (a) (i) CoE Statute)-easier to establish than conventions. This elaboration process conventions usually takes much longer, States having regard to their binding character. [...] So, the advantage of conventions, to have a legally binding character, is partly compensated by the advantage of the Recommendations to enter into force more rapidly and to be more universal. (BREUER; SCHMAHL, 2017, p. 658-659).

A adoção de uma recomendação, como mencionado alhures, objetiva a mudança de postura de determinado país-membro sobre assunto de especial relevância. A almejada mudança de postura pode se restringir a alterações administrativas, adequações no que diz respeito a parâmetros internos de interpretação jurídica, e, inclusive, demandar a modificação do ordenamento jurídico nacional pela via da alteração legislativa. Entretanto, o que importa, para fins de monitoramento, é se o resultado foi atingido e não o meio pelo qual ele foi atingido (BREUER; SCHMAHL, 2017, p. 803).

Diante da importância do tema, veja-se a sua previsão convencional:¹³

Artigo 15º

a) O Comitê de Ministros examinará, por recomendação da Assembleia Consultiva ou por sua própria iniciativa, as medidas convenientes para a realização do objectivo do Conselho da Europa, nomeadamente a conclusão de convenções e de acordos, e a adopção pelos Governos de uma política comum em relação a questões determinadas. As suas conclusões serão comunicadas pelo Secretário-Geral aos Membros.

b) As conclusões do Comitê de Ministros podem, nos casos em que tal se justifique, revestir a forma de recomendações aos Governos, podendo o Comitê convidá-los a prestar informações acerca do seguimento por eles dado àquelas recomendações.

Conforme se depreende do excerto acima, subsiste a necessidade de o governo de um país-membro justificar o inadimplemento ou a inobservância de determinada recomendação. Registre-se, todavia, que, ao contrário de um tratado internacional

designado um suplente para tomar o seu lugar. Este suplente será, na medida do possível, um membro do Governo do seu país”. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

13 Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

que vincula juridicamente as partes (*hard law*), as recomendações do Conselho da Europa, adotadas pelo Comitê de Ministros, não são vinculantes (*non-binding*) sob o ponto de vista jurídico (*soft law*).¹⁴

Entretanto, a adoção de uma recomendação por ato colegiado traduz elevado consenso sobre matéria de reconhecida importância, com grande peso político e moral, decorrente desse prestígio (BREUER; SCHMAHL, 2017, p. 656-657). Ademais, o controle (monitoramento) sobre a prestação de informações fornecidas pelos países-membros a respeito da observância de uma recomendação implica o reconhecimento indubitável de uma função política (BECO, 2012, p. 6) exercida pelo Comitê de Ministros.¹⁵ Por tais motivos, a doutrina reconhece a elevada capacidade das recomendações de influenciar as escolhas processuais penais realizadas pelos países europeus (AMODIO, 2003, p. 76).

2.3 · O BRASIL E A POTENCIAL INFLUÊNCIA DOS STANDARDS CRISTALIZADOS NAS RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO DA EUROPA

Conforme mencionado, o Conselho da Europa possui um mecanismo complexo e de forte interação com a Corte Europeia dos Direitos Humanos na consolidação do Estado de Direito em seus países-membros, por intermédio do robustecimento de garantias formais e substanciais.

Especificamente, o Conselho da Europa faz parte do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos (KARASEK, 1983, p. 26), mesmo após a significativa alteração introduzida pelo Protocolo n. 11.¹⁶ Assim, no que diz respeito à Corte Europeia de Direitos Humanos,

14 Não se desconhece que parte da doutrina entende ser irrelevante tal distinção, tendo em vista que o *enforcement* em se tratando de Direito Internacional possui sérias limitações em decorrência da soberania nacional, de maneira que, na prática, por vezes, uma recomendação possui maior nível de implementação do que um tratado internacional.

15 Nesse sentido: “*La funzione del Comitato, così chiaramente definita dall’art. 15 dello Statuto, incontra però un limite sostanziale nel fatto che le decisioni del Comitato non hanno efficacia vincolante per i governi degli stati membri: quindi, le raccomandazioni che il Comitato indirizzati governi possono da questi venire applicate o meno. Come si vede, i governi non hanno dato al Comitato dei Ministri alcuna delega di potere in senso proprio: nondimeno, il fatto di dovere in un certo senso giustificare la mancata applicazione delle decisioni collegiali negli ordinamenti interni degli stati membri implica da parte dei governi un indubbio riconoscimento della funzione politica del Comitato*” (ITÁLIA, 1971, p. 48).

16 “Quanto às funções do Comitê de Ministros, não obstante as críticas a ele dirigidas pela doutrina, apenas parte de suas originais funções se alterou na sistemática do Protocolo nº 11. De fato, no que tange à função de supervisão das sentenças da Corte nada se alterou. Seguiu-se o entendimento de que a supervisão das sentenças da Corte deve estar afeta a um órgão com composição política capaz de convencer os Estados a dar melhor cumprimento a tais decisões, e não a ela própria, já que a supervisão de suas sentenças é matéria que ultrapassa as funções precípuas do Tribunal. A alteração significativa, introduzida pelo Protocolo nº 11, no que tange ao Comitê de Ministros, diz respeito à extinção da função que tinha o Comitê de decidir se houve ou não violação da Convenção nos casos cujos relatórios o haviam sido submetidos pela Comissão, mas que não haviam sido submetidos à Corte (art. 32). Em outras palavras, manteve-se a função de supervisão do Comitê, mas aboliu-se a competência contenciosa que ele detinha no regime anterior. Essa abolição da função decisória do Comitê foi aplaudida pela melhor doutrina. Assim, do Protocolo nº 11 em diante a função de decidir se houve ou não violação da Convenção Europeia passou a ser uma função exclusiva da Corte” (MAZZUOLI, 2010, p. 38).

cabe ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa fiscalizar o cumprimento de suas sentenças. Por conseguinte, na condição de órgão de composição política, cabe a ele convencer os países-membros a cumprir as referidas sentenças da melhor maneira possível.

As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos possuem efeitos vinculantes apenas em face do Estado-Membro sujeito à respectiva decisão (ausência do *stare decisis*). Todavia, não se desconsideram seus efeitos persuasivos em distintos casos concretos, bem como na atuação autônoma do Conselho da Europa. Noutra giro, determinada decisão da referida corte pode ser superada por um novo *standard* (por exemplo, por uma recomendação do Conselho da Europa em determinada matéria) que atinja patamar mais elevado de proteção à pessoa humana.

Nesse contexto, para além dessa relação, é oportuno e interessante destacar, também, que a Corte Europeia de Direitos Humanos, por vezes, embasa e motiva as suas decisões nas recomendações expedidas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa (BREUER; SCHMAHL, 2017, p. 658).

Essa dinâmica é enriquecida, ainda, pela tendência de os sistemas de proteção (global e regionais), bem como as respectivas cortes, dialogarem entre si, a exemplo do que ocorre entre o sistema interamericano e o sistema europeu.¹⁷ Do mesmo modo, as cortes constitucionais tendem a dialogar com cortes de direitos humanos.¹⁸ Tal fenômeno é justificado pelo fato de que o entrelaçamento entre a esfera internacional e a doméstica traduz, atualmente, a expansão material dos padrões de proteção dos direitos humanos, de sorte a reduzir o decisionismo judicial interno.

Registre-se, entretanto, que a interação entre os atos do Conselho da Europa e os atos da Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como o diálogo entre os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos e as cortes constitucionais, é tema de elevada complexidade e extensão que escapa ao objeto do presente estudo.

De qualquer modo, é intuitivo que o reconhecimento de que *standards* advindos do Conselho da Europa devem ser devidamente valorados e, na maior medida do possível, também observados no Brasil. É que a realização de substanciosos estudos científicos,¹⁹ técnicos²⁰ e comparatistas na elaboração de tais referenciais – como

17 Cf. BURGORGUE-LARSEN, Laurence; MONTOYA CÉSPEDES, Nicolás. O diálogo judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos. In: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUENA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). *Proteção multinível dos direitos humanos*. Manual. Barcelona: Rede Direitos Humanos e Educação Superior, 2014. p. 205-231. Disponível em: https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

18 Cf. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

19 “Su un piano diverso, non va infine dimenticata l’attività del Comitato degli esperti del Consiglio d’Europa sui problemi penali (C.E.P.C.), organo che non solo elabora i progetti di convenzione e di risoluzione da sottoporre al Comitato dei Ministri, ma promuove anche studi e ricerche di diritto penale, processuale penale, e di criminologia, la cui eco, attraverso i rapporti e le conferenze, non tarda a riverberarsi nei diversi Paesi d’Europa” (AMODIO, 2003, p. 77).

20 Nesse sentido descreve o *Piccolo manuale del Consiglio D’Europa*: “Secondo la prassi vigente nelle organizzazioni internazionali e nei governi nazionali, il lavoro del Comitato dei Ministri viene

é o caso da Recomendação (2000)19 –, bem como o consenso advindo de elevado número de nações que possuem alto patamar de respeito aos direitos humanos, aponta para o prestígio e a autoridade da sua conclusão, que se traduz em tendência de harmonização jurídica no referido sentido.

Acrescente-se que, anteriormente à tendência corporificada na mencionada recomendação, a Constituição de 1988 promoveu uma revolução no processo penal brasileiro, com nítida assimilação de diversos valores garantistas advindos do modelo acusatório, apesar da permanência da mentalidade e da legislação inquisitória na praxe brasileira. Outros países europeus passaram por semelhante fenômeno,²¹ com resultados profícuos, a exemplo da Itália, que é ordenamento *leader* para o Brasil em matéria de Direito Processual Penal. Evidentemente, não se mostra adequado desprezar a experiência desses países nem o seu consenso a respeito de tema tão importante.

Ademais, o Brasil, que possui tradição jurídica romanista (*civil law*) e grande proximidade jurídica com países como Itália, França, Portugal, Espanha e Alemanha, deve levar em conta interpretação pautada no consenso dessas nações, no que diz respeito aos mencionados valores garantistas. Notadamente, por qualquer ângulo que se observe, em matéria de direitos humanos, os *standards* advindos do Conselho da Europa possuem enorme relevo e não devem ser descartados pelo Brasil.

3 · A RECOMENDAÇÃO (2000)19 DO CONSELHO DA EUROPA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL

De início, é importante ressaltar que o Tratado de Londres, ao instituir o Conselho da Europa, estipulou²² que toda pessoa sujeita à jurisdição de seus Estados-Membros deve gozar de direitos humanos e liberdades fundamentais. Notadamente, o referido tratado internacional traz o compromisso (dever jurídico) de que cada Estado-Membro colabore envidando todos os esforços para a implementação do processo justo (*giusto processo*) como garantia fundamental de uma sociedade democrática. A doutrina reconhece a referida disposição normativa como

preparato in precedenza da esperti [...] Tavolta il Comitato dei Ministri ha sentito il bisogno di conoscere il parere di tecnici su determinate questioni. Di conseguenza esso ha ritenuto opportuno convocare speciali comitati di esperti governativi, composti in genere di funzionari appartenenti i competenti ministeri. Questi comitati si sono riuniti per discutere soprattutto questioni inerenti a: i diritti dell'uomo [...]. Un secondo sistema con cui il Comitato dei Ministri può ottenere il parere di esperti, è quello di consultare altre organizzazioni internazionali specializzate [...] Un terzo sistema è stato stavolta utilizzato. Esso consiste nel convocare delle conferenze specializzate” (CONSIGLIO D'EUROPA, 1954, p. 20-21).

21 “La storia contemporanea vede molti Stati che sostengono di essere garantisti e poi, di fatto, utilizzano ordinamenti processuali nei quali prevalgono le caratteristiche del sistema inquisitorio.” (TONINI, 2010, p. 12).

22 “Artigo 3º Todos os Membros do Conselho da Europa reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e activamente na prossecução do objectivo definido no capítulo I. [...]”. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019.

standard de rule of law, a ser esclarecido e preenchido com o passar do tempo pelo Conselho da Europa (BREUER; SCHMAHL, 2017, p. 642).

Nessa tarefa, dentre diversos outros atos, a Recomendação (2000)¹⁹ coloca em relevo, como matéria pertinente à temática dos direitos humanos, o papel do Ministério Público no processo penal, tendo em vista a sua imediata repercussão na eficiência do enfrentamento à criminalidade (salvaguarda do Estado de Direito) e na proteção de direitos e garantias individuais, em especial do réu e do investigado.

É com base nessas premissas que a mencionada recomendação foi adotada formalmente pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Destarte, tornou-se importante instrumento de harmonização (ou aproximação) jurídica no estabelecimento de *standards* internacionais a serem observados por todos os países-membros na convergência de suas práticas e nas alterações dos seus respectivos ordenamentos jurídicos.

A referida recomendação, em sua exposição de motivos,²³ destaca que as distinções entre os modelos acusatório e inquisitório tendem a se reduzir em razão de recorrentes modificações em ordenamentos jurídicos nacionais alavancadas por princípios comuns europeus e pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em que pese a referida recomendação não reconhecer textualmente que persegue a aproximação do “modelo acusatório” ou “sistema adversarial”, vários de seus aspectos se reportam a elementos e garantias desse modelo processual penal: notadamente, a separação entre as funções de acusar e de julgar.

É certo que o modelo acusatório é um modelo ideal e abstrato, construído a partir da contraposição ao modelo inquisitório. Uma das características marcantes inquisitoriais (talvez a principal) é o agrupamento (ou a confusão) das funções de acusar e de julgar com a decorrente compressão da defesa e do direito ao contraditório. Tal fisiologia jurídica restou bem conhecida com a ascensão do império romano (*cognitio extra ordinem*) e, também, durante o período medieval:

Già nel periodo medioevale era denominato inquisitorio quel sistema processuale che attribuiva al giudice il potere di attivarsi d'ufficio per ricercare i reati ed acquisirne le prove. Tale nomenclatura derivava dall'organo che prendeva l'iniziativa in quel tipo di processo, e cioè il giudice inquisitore. Sempre nello stesso periodo storico era denominato accusatorio quel tipo di processo nel quale il giudice non esercitava alcun potere d'ufficio, poiché erano le parti ad avere l'iniziativa. Lavvio del processo, il suo svolgimento e la ricerca delle prove erano lasciati ad una parte, e cioè all'accusatore (ad es., la persona offesa o un suo parente). Al potere di iniziativa e di richiesta dell'accusatore corrispondevano analoghi poteri esercitabili dall'accusato personalmente o mediante un difensore. Oggi con i termini accusatorio e inquisitorio ci si riferisce a “tipi” di processo penale, ai quali sono attribuite determinate caratteristiche. [...] Quanto abbiamo appena osservato serve a sottolineare che la contrapposizione ha un valore meramente astratto, mentre in concreto nella storia sono stati adottati

23 Nesse caso específico, optou-se por colacionar a versão em italiano, tendo em vista que esta abarca as exposições de motivos: “Se l'Europa giudiziaria è sempre divisa fra due culture sia che si tratti dell'organizzazione della procedura penale (accusatoria o inquisitoria) o d'intentare procedimenti (il cosiddetto sistema di « legalità » od « opportunità ») – tale divisione storica tuttavia tende a ridursi, in considerazione delle modifiche normative apportate dai vari Stati membri a ben noti principi europei, in particolare quelli della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo”. Disponível em: http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/COE_CM_20001006_Recommendation_2000_19_it.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

ordinamenti che presentavano caratteristiche tipiche, di volta in volta, sia del sistema inquisitorio, sia di quello accusatorio. (TONINI, 2010, p. 4).

O modelo inquisitorial, que agrupava funções em um mesmo órgão, era reconhecido como mais eficiente no combate à criminalidade. Entretanto, não garantia direitos individuais nem o devido processo legal, acarretando julgamentos parciais e injustos, com meios de provas e penas cruéis, em violação aos direitos humanos.

Após a Revolução Francesa, a França importou o modelo inglês (inspirado nos valores garantistas do modelo processual da antiga República Romana) (MEREU, 1988, p. 98-99). Naquela ocasião, o modelo acusatório colidiu com a mentalidade dos operadores do Direito habituados a outro esquema cultural. O novo procedimento também se mostrou ineficiente para lidar com a onda de crimes e desordens que varreram a França completamente após o colapso da ordem social existente (SPENCER, 2016, p. 603). Ocorreram, então, frenéticas alterações normativas por quase vinte anos, que tentaram conciliar os dois diferentes modelos (inquisitório e acusatório), até o advento da codificação napoleônica em 1808 (TONINI, 2010, p. XXII) – *code d'instruction criminelle* de 1808 (AMODIO, 2003, p. 5) –, quando foi elaborado o sistema misto, também conhecido como continental, com a divisão de fases processuais e os ganhos na divisão das funções. O referido modelo, a um só tempo, almejava a eficiência no combate ao crime e a salvaguarda de direitos individuais em garantia ao contraditório. Entretanto, possuía graves deficiências:

Por trás de todos estava o Code Napoléon, de 17.11.1808 (em vigor desde 01.01.1811), pilotado por Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, homem de habilidades políticas conhecidas mas, sobretudo, conhecedor das maneiras de como dobrar o Imperador. Foi dele (depois arquitecador do Império) a ideia de mesclar a investigação preliminar colhida nos mecanismos inquisitoriais das Ordonnance Criminelle de 1760, de Luís XIV, com uma fase processual no melhor estilo do Júri inglês, então adotado pelos franceses, *mutatis mutandis*, por um Decreto de 16-29.09.1791 e combatido desde a adoção. Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a democracia dos julgamentos, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. Tudo era, contudo, só retórica de um chamado processo misto. (COUTINHO, 2009, p. 110).

No referido contexto, o modelo misto passou a ser denominado modelo continental e se disseminou pela Europa, sendo certo que foi, inclusive, adotado pela Itália.

O traço marcante do referido modelo é a figura do juiz instrutor, com postura ativa e poderes investigatórios na fase pré-processual. Ao evidenciar o declínio do modelo inquisitório na Itália, que se utilizava do paradigma francês, a doutrina comparatista destaca que, nos casos em que o juiz instrutor realizava atos de investigação mesmo quando o Ministério Público havia promovido o arquivamento, ficava evidente a oposição ao princípio da presunção de inocência. A utilização da polícia pelo juiz para realizar a investigação caracterizava, também, perfil bastante semelhante ao do Ministério Público, cujos poderes foram indubitavelmente reduzidos. A redução desses poderes do Ministério Público e a exaltação e o predomínio dos poderes do juiz investigador, que concentrou em si poderes investigativos, coercitivos e de escolha de procedimentos, repercutiram em evidente insuficiência no plano das garantias processuais do réu, conforme a história recente demonstrou:

Nei casi poi in cui il giudice istruttore abbia dato avvio agli atti di istruzione dis- sentendo dal pubblico ministero che abbia chiesto l'archiviazione, diventa chiaris- simo come l'iniziativa si diriga in un senso decisamente accusatorio, all'opposto cioè della convalida della presunzione di non colpevolezza. A ciò si aggiunga che il giudice istruttore può servirsi della polizia giudiziaria per il compimento delle indagini, in una posizione del tutto analoga a quella del pubblico ministero, i cui poteri vengono indubbiamente ridotti. Si può ben dire, pur tenendo conto della mutata struttura della fase degli atti di istruzione e del ridimensionamento dei poteri del magistrato cui è affidato il compito di espletarli, che la perdita del pri- mato del pubblico ministero comporta una esaltazione del ruolo e del predominio del giudice istruttore che vede concentrarsi nelle sue mani i poteri investigativi, coercitivi e di scelta del rito [...] Questa concentrazione di potere non prelude ad esiti soddisfacenti sul piano delle garanzie dell'imputato. (AMODIO, 2003, p. 114).

Notadamente, com o passar dos anos, o modelo continental também não se mostrou suficientemente garantidor de direitos e liberdades individuais. As funções de acusar e de julgar não se encontravam verdadeiramente separadas, com reper- cussão evidente no direito ao contraditório e na imparcialidade²⁴ do julgamento. Tem-se como exemplo o Código Processual Penal Italiano de 1930 (*Codice Rocco*), matriz ideológica do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

Atenta a todos esses fundamentos, e com a chegada de novos horizontes culturais em tema de direitos humanos, a Recomendação (2000)¹⁹ adotou como parâmetro a ser perseguido a radical e intransponível separação dessas funções, estabelecendo limites ao seu exercício. Segue importante excerto da mencionada recomendação:²⁵

Relação entre o Ministério Público e os Juízes

17. Os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que o estatuto legal, as competências e as funções do MP sejam consagrados na lei, para que não possa haver qualquer dúvida legítima quanto à independência e impar- cialidade dos juízes. Os Estados devem, em particular, garantir que uma pessoa não possa desempenhar, ao mesmo tempo, as funções de membro do MP e de juiz.

Observa-se que a Recomendação (2000)¹⁹ almeja que os Estados-Membros esta- beçam por lei, de maneira clara e específica, o *status* jurídico, a competência e o papel processual do Ministério Público, de maneira a não deixar dúvida sobre a efetiva divisão de funções e, conseqüentemente, sobre a imparcialidade do órgão julgador.

Registre-se que tal parâmetro não se restringe à Europa. Em Congresso das Nações Unidas²⁶ para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, foram adotados princípios orientadores “relativos à função dos magistrados do Ministério Público”:

24 *“L'abolizione del giudice istruttore e della fase degli atti di istruzione riflette anzitutto un'esigenza di semplificazione del processo, ma si rende al tempo stesso interprete della necessità di attuare l'imparzialità operativa del magistrato investigatore, richiesta dalla presunzione di innocenza ed oggi non garantita dal ruolo inquisitorio attribuito al giudice istruttore.”* (AMODIO, 2003, p. 91).

25 Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b9659>. Acesso em: 19 jul. 2019.

26 Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princorientadores-mp.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

10. As funções dos magistrados do Ministério Público deverão ser rigorosamente separadas das funções de juiz. 11. Os magistrados do Ministério Público desempenham um papel ativo no processo penal, nomeadamente na dedução de acusação e, quando a lei ou a prática nacionais o autorizam, nos inquéritos penais, no controlo da legalidade destes inquéritos, no controlo da execução das decisões judiciais e no exercício de outras funções enquanto representantes do interesse público.

A justificativa para a adoção da intransponível separação de funções, em âmbito global ou regional, guarda relação com o consenso sobre a necessidade de que o órgão julgador seja, de fato, um órgão terceiro, garantindo um processo justo ao cidadão.²⁷

É oportuno destacar que, pela Recomendação (2000)19, o Ministério Público tem o dever de respeitar, rigorosamente, a independência e a imparcialidade do órgão julgador. E, por seu turno, o órgão julgador também tem o dever de respeitar a independência e a imparcialidade do Ministério Público, deixando de se imiscuir nas suas funções em atenção ao *status* de representante da sociedade por ele encarnado.²⁸

A Declaração de Bordéus²⁹ sobre o Papel dos Juízes e dos Procuradores numa Sociedade Democrática, da mesma forma, destaca a importância de juízes respeitarem a independência dos procuradores no exercício de suas funções. Trata-se de um dever recíproco, que decorre do necessário papel distinto e complementar entre juízes e procuradores, como garantia de uma justiça imparcial e eficaz. Nesses termos, *in litteris*:

3. O papel distinto mas complementar dos juízes e dos procuradores é uma garantia necessária para uma justiça equitativa, imparcial e eficaz. Se os juízes e os procuradores devem ser independentes no exercício das suas funções, devem igualmente sê-lo e aparecer assim igualmente uns frente aos outros.

O Ministério Público possui, ainda, deveres jurídicos de imparcialidade, de proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais, bem como de fazer aplicar a lei.³⁰

27 Nesse sentido, segue interessante análise desenvolvida no bojo do *disegno di legge costituzionale n. 4275*: “*Il ruolo del pubblico ministero, anche in relazione all’esercizio dell’azione penale, è stato ridisegnato con l’introduzione del processo accusatorio, sicché dovrebbe (tendenzialmente) presentarsi come organo di ricerca (non di istruzione), di richiesta (non di decisione), di azione (e non di giudizio).*” [...] “*Soltanto tale separazione consente, in fatti, di realizzare un’effettiva terzietà dell’organo giudicante – vale a dire, la sua equidistanza dalle parti e la parità sul piano processuale dell’accusa e della difesa – offrendo al cittadino un processo effettivamente giusto.*” Disponível em: https://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0047600.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

28 Nesse caso específico, optou-se por colacionar a versão em italiano, tendo em vista que ela abarca as exposições de motivos: “*19. I membri dell’ufficio del Pubblico ministero devono rispettare rigorosamente l’indipendenza e l’imparzialità dei giudici [...] E’ ovvio che esiste anche una reciprocità ed i giudici devono rispettare i rappresentanti della società che sono i membri del Pubblico ministero, e non immischiarsi nell’esercizio delle loro funzioni.*” Disponível em: http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/COE_CM_20001006_Recommendation_2000_19_it.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

29 A referida declaração foi preparada em Bordéus (França), conjuntamente para os grupos de trabalho do CCJE e do CCPE, e oficialmente adotada pelo CCJE e pelo CCPE em Brdo (Eslovénia) em 18 de novembro de 2009. Disponível em: <https://rm.coe.int/16807476ae>. Acesso em: 19 jul. 2019.

30 O dever de imparcialidade, inclusive, com a obrigação de fornecimento de informações que sejam favoráveis à defesa no bojo da relação processual, já é uma realidade até em países de *common law*. Assim, mesmo no modelo adversarial inglês, o *Crown Prosecution Service* deve, necessariamente, disponibilizar, antes do julgamento, todas as informações relativas à investigação, inclusive as que beneficiarão o acusado.

24. O Ministério Público deve, em especial, no exercício das suas funções: a. Actuar de um modo justo, imparcial e objectivo; b. Respeitar e proteger os direitos humanos, segundo a Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; c. Zelar para que o sistema de justiça penal funcione tão expeditamente quanto possível. [...] 27. O MP não deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal quando em instrução imparcial se revelar que a acusação é infundada. [...] 29. O MP deve procurar salvaguardar o princípio da igualdade de armas, em particular, revelando às outras partes – salvo quando a lei estipular o contrário – qualquer informação que possua e possa afectar o desenrolar de um processo equitativo.

Evidentemente, a consolidação de dois sujeitos processuais com deveres de imparcialidade, de respeito aos direitos humanos e de aplicação da lei redundam no controle recíproco com a elevação do patamar de proteção de direitos e garantias do investigado e, também, do acusado. Em outros termos, a separação de funções e o decorrente controle recíproco, consolidado na noção de complementaridade, exigem o consenso de, no mínimo, duas autoridades públicas (requerimento e deferimento) para que medidas que, excessivamente, interfiram ou comprimam direitos fundamentais sejam adotadas. Registre-se que tal noção é justamente a *ratio* das cláusulas constitucionais de reserva de jurisdição. Nessa lógica seguem os fundamentos da Recomendação (2000)19:³¹

Alla stregua dei giudici, i membri del Pubblico ministero hanno come mandato quello di applicare e di fare applicare la legge: i primi in modo reattivo nelle questioni di cui sono investiti; i secondi in maniera pro-attiva « vigilando » su tale applicazione i giudici siedono e statuiscono. I membri dell'ufficio del Pubblico ministero osservano, agiscono e investono il giudice.

Assim, verifica-se que o órgão judicial deve possuir um caráter reativo, enquanto o órgão ministerial deve possuir um caráter pró-ativo. Em outros termos, a determinação *ex officio* de medidas cautelares e de diligências investigativas pelo juízo, *a fortiori* antes do oferecimento da ação penal, suprime o papel da acusação e retira, em absoluto, qualquer hipótese de controle recíproco ou de complementaridade.

Evidentemente, ao invés de se concentrar atribuições em um único órgão, a exemplo do que ocorria no modelo continental, o paradigma a ser seguido é o de desconcentração. É oportuno destacar que, para a doutrina especializada, a noção de separação de funções possui idêntica finalidade da separação dos poderes teorizada por Montesquieu, tendo em vista a premissa de que quando qualquer homem detém poder, ele tende a abusar desse poder. Por conseguinte, para evitar o abuso, faz-se mister que um poder freie outro poder:

Il sistema delineato, che può essere definito “separazione delle funzioni processuali”, adempie alla medesima finalità che è svolta dal principio della separazione dei poteri dello Stato; si tende ad evitare che l'uso di un potere degeneri in abuso. Sul punto è sempre attuale l'insegnamento di Montesquieu: “è una esperienza eterna che qualunque uomo, che ha un determinato potere, è portato ad abusarne [...]”. Perché non si possa abusare di un potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere”. (TONINI, 2010, p. 8).

31 Nesse caso específico, optou-se por se colacionar a versão em italiano, tendo em vista que ela abarca comentários. Disponível em: http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/COE_CM_20001006_Recommendation_2000_19_it.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

Notadamente, a Recomendação (2000)¹⁹ acolhe a intransponível separação das funções no item 17 acima transcrito ao estabelecer, *ipsis litteris*, a necessidade de garantir que ninguém possa exercer funções de acusador e julgador ao mesmo tempo, ou seja, requerer e deferir em um só ato atividade consubstanciada em atuação *ex officio*.

Veda-se, portanto, o denominado modelo aparentemente acusatório, que estabelece papéis processuais distintos (por vezes até em carreiras distintas, a exemplo do que ocorre no Brasil), mas, na prática judicial e na legislação processual, concentra (e confunde) funções em um desses papéis.

É interessante destacar que a Recomendação (2000)¹⁹ trata da separação de funções com rigor, ao passo que permite que o órgão de acusação e o órgão julgador pertençam a uma mesma carreira, *in verbis*:

18. Se o sistema legal assim o permitir, os Estados devem tomar medidas para que a mesma pessoa desempenhe sucessivamente as funções de membro do MP e de juiz, ou vice-versa. Tal alteração de funções só será possível a pedido expresso da pessoa em causa e respeitando as garantias referidas.

Verifica-se, assim, a inexistência de óbice para que um juiz, posteriormente, assumira a função de procurador ou que um membro do Ministério Público assumira a função de órgão judicante no decorrer de sua carreira profissional, dentro de uma mesma estrutura administrativa.³²

O que se mostra absolutamente vedado é a mistura de papéis, com concentração de funções, dentro de uma mesma relação processual. Do mesmo modo, a troca formal de funções dentro de uma mesma relação processual também se mostra vedada, conforme já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Piersack contra a Bélgica.³³

A mencionada inexistência de vedação para que a carreira de juízes e de procuradores seja única reforça a conclusão de que a proteção dos direitos e garantias individuais se faz com a divisão radical de funções dentro de um mesmo procedimento ou de uma mesma relação processual, não sendo relevante para tal finalidade a separação de eventual estrutura administrativa única da magistratura.

Notadamente, países como França, Bélgica, Itália e Portugal possuem estatuto jurídico único de magistratura, que abrange juízes e procuradores. Por vezes, a realização de um mesmo concurso público com mesmo curso de formação e a existência de um conselho superior único justificam-se pela semelhança de qualificação jurídica, responsabilidades, obrigações e vedações legais. O dever de fazer cumprir a lei com imparcialidade e de fiscalização do respeito a direitos e garantias individuais também estabelece uma cultura jurídica muito próxima. Os

32 Nesse caso específico, optou-se por colacionar a versão em italiano, tendo em vista que ela abarca comentários: “*La possibilità di « passerelle » fra le funzioni di giudice e quelle di Pubblico ministero si basa sulla constatazione della complementarità dei mandati degli uni e degli altri, ma anche sulla similitudine delle garanzie che devono essere offerte in termini di qualifica, di competenza e di statuto*”. Disponível em: http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/COE_CM_20001006_Recommendation_2000_19_it.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

33 O referido julgado fixa a impossibilidade de um membro do Ministério Público que dirigiu a investigação posteriormente atuar como julgador em Tribunal de Apelação. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

supramencionados fatores redundam em semelhantes remuneração, prerrogativas e garantias constitucionais.

De qualquer modo, independentemente da divisão, ou não, em duas carreiras, a radical separação de funções entre o órgão acusador e o órgão julgador também repercute em ganhos sob o ponto de vista da efetividade da justiça penal, resguardando o Estado de Direito e, também, recrudescendo a proteção a direitos humanos. Não se desconhece que o modelo inquisitório era reconhecido por seu altíssimo grau de eficiência durante o período medieval. Entretanto, diante da atual complexidade no tratamento de crimes financeiros, econômicos e de corrupção, a atividade de investigação, e o seu enlace jurídico com a acusação, especialmente em se tratando de organizações criminosas, tornou-se infinitamente mais complexa e sofisticada. Assim, os ganhos com a especialização da acusação no desenvolvimento de suas atividades típicas são evidentes e reconhecidos pela Recomendação do Conselho da Europa ora analisada como medida apta a tornar a justiça criminal mais eficiente.³⁴ Tal paradigma, por óbvio, também repercute na maior eficiência da prestação jurisdicional, liberando o órgão judicante para atender as demandas sociais de maneira mais célere.

Ademais, para além do fato de a indevida concentração e mistura de funções se mostrar ineficiente no panorama atual, ela pode, inclusive, ser prejudicial à estratégia investigativa e acusatória. É que a existência de um órgão voltado especificamente para a acusação garante maior *expertise* também na presidência ou na supervisão de investigações durante a colheita de elementos probatórios, com ganhos em excelência na posterior atuação processual (*constructing the case for the Prosecution*).

No que diz respeito à relação do Ministério Público com a polícia, a Recomendação (2000)19 não unifica um *standard* de subordinação, nem de

34 Nesse caso específico, optou-se por colacionar a versão em italiano, tendo em vista que ela abarca comentários: “8. *Per far fronte in modo ottimale alle forme di sviluppo della criminalità, in particolare quella organizzata, la specializzazione dovrebbe essere considerata prioritaria, nell'ambito dell'organizzazione degli uffici del Pubblico ministero, come pure in termini di formazione e di carriera. [...] Tuttavia, per ragioni di efficacia, la specializzazione è indispensabile nei settori altamente tecnici (ad esempio la delinquenza economica e finanziaria) come pure nei settori attinenti alla grande criminalità organizzata. Si auspicano quindi due tipi di specializzazione: - una, di tipo classico, che consiste nel prevedere in seno all'organizzazione dell'ufficio del Pubblico ministero (nelle grandi Procure o a livello regionale, ovvero nazionale) squadre di procuratori specializzati in determinati settori. A tal fine, la dissociazione dal grado e dalla funzione può essere di natura tale da incoraggiare la specializzazione, come lo enuncia la Raccomandazione (95) 12, al punto 13, così formulato: “in particolare agevolando la specializzazione e dissociando, se del caso, il grado e la funzione, « Occorre adoperarsi attivamente per pianificare lo svolgimento delle carriere, in particolare fornendo al personale altre possibilità di acquisire nuove conoscenze teoriche e pratiche [...] »; - l'altra, che andrebbe favorita, consiste nel creare, sotto legida di procuratori già specializzati, vere e proprie squadre pluridisciplinari composte da persone con svariate competenze (ad esempio, per la lotta contro la delinquenza finanziaria ed il riciclaggio: esperti contabili, doganieri, specialisti bancari...); tale raggruppamento di competenze in un unico polo essendo uno dei requisiti per l'efficace intervento del sistema. 9. L'organizzazione ed il funzionamento interno dell'ufficio del Pubblico Ministero, in particolare per quanto riguarda la distribuzione delle cause e l'assegnazione dei fascicoli, devono corrispondere a condizioni d'imparzialità ed essere guidate dal solo fine di una corretta applicazione dell'ordinamento penale, vigilando sul livello di qualifica giuridica e di specializzazione da consacrare a ciascun caso”.* Disponível em: http://www.procuraccasazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/COE_CM_20001006_Recommendation_2000_19_it.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

autonomia, pela inexistência de consenso atual. O seu texto abraça ambos os modelos, indicando medidas que elevariam a eficiência investigativa na hipótese de subordinação (GIORDANO, 2006, p. 184) ou de controle da polícia pelo Ministério Público, *in verbis*:

22. Nos países onde a polícia está subordinada ao Ministério Público, ou onde as investigações policiais são conduzidas ou controladas por este, devem ser tomadas todas as medidas para garantir que o mesmo possa: a. Dar instruções adequadas à polícia com vista a uma eficaz aplicação de prioridades relativas à política criminal, particularmente quanto a decidir sobre quais as categorias de processos a serem tratados em primeiro lugar, os meios usados para a obtenção de provas, o pessoal utilizado, a duração das investigações, a informação a fornecer ao Ministério Público, etc. b. Em caso de pluralidade de órgãos de polícia criminal, atribuir a investigação do inquérito ao órgão de polícia que considere adequado; c. Efectuar avaliações e controlos na medida em que se tornem necessários para assegurar o cumprimento das suas instruções e da lei; d. Sancionar ou fazer sancionar, conforme o caso, as eventuais infracções.

Em que pese a inexistência de um modelo consensual, é certo que, mesmo nos países em que não haja subordinação e controle da polícia pelo Ministério Público, deve existir cooperação entre as referidas instituições:

22. Os Estados onde a Polícia é independente do Ministério Público devem tomar todas as medidas para garantir que haja uma cooperação adequada e eficaz entre o Ministério Público e a Polícia.

Em geral, é papel do Ministério Público examinar a legalidade das investigações policiais, sendo sua função controlar a forma como a polícia respeita os direitos humanos:³⁵

21. Relação entre o Ministério Público e a Polícia: Em geral, o MP deve examinar a legalidade das investigações policiais, o mais tardar, até ao momento de decidir se um determinado procedimento criminal deve ter início ou ser prosseguido. A este respeito, o MP deve controlar a forma como a polícia respeita os direitos humanos.

Conclui-se, de maneira evidente, pelo teor da Recomendação (2000)¹⁹, que subordinação, controle ou colaboração com a polícia é tarefa típica do Ministério Público, não sendo função do órgão julgador “conduzir” ou “supervisionar” qualquer espécie de investigação, devendo, pelo contrário, afastar-se dela. Notadamente, a condução ou supervisão de investigação por órgão julgador remete à figura do juiz instrutor, sendo fonte de potencial comprometimento de imparcialidade e de nítida desvantagem em relação à defesa, o que está em absoluta desconformidade com os parâmetros da Recomendação 2000(19).

4 · O INQUÉRITO N. 4.781 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Colocados os *standards* da Recomendação 2000(19) do Conselho da Europa, passa-se a contextualizar o caso concreto objeto de análise.

No dia 14 de março de 2019, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, por intermédio da Portaria GP n. 69, determinou a abertura

³⁵ Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b9659>. Acesso em: 19 jul. 2019.

do referido inquérito, com fulcro no art. 43³⁶ e seguintes do Regimento Interno, designando a “condução do feito” pelo ministro Alexandre de Moraes.

A referida instauração foi justificada pela necessidade de “velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros”, bem como pela “existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honrabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”.

Diante da referida instauração, a Rede Sustentabilidade, partido político, protocolizou em 23 de março de 2019 arguição de preceito fundamental (ADPF n. 572), tendo em vista que “a amplitude do objeto da apuração, que sequer menciona artigos do Código Penal, e a ausência de identificação dos fatos (delimitação objetiva) e das pessoas a serem investigadas (delimitação subjetiva)”, entre diversas outras irregularidades, caracterizariam a instauração do inquérito como ato inconstitucional.

Na petição inicial,³⁷ foram apresentadas notícias da mídia no sentido de que “[a] motivação é que ministros entendem que é preciso ter medidas concretas e rápidas em relação ao que consideram ser conteúdo criminoso contra integrantes do Supremo, algo que ultrapassa o limite da expressão de opinião”, que “[e]ntre possíveis alvos da apuração estão procuradores da força-tarefa da Lava Jato em Curitiba que teriam, no entendimento de alguns ministros, incentivado a população a ficar contra decisões do Supremo” e que “[o] inquérito não cita nomes, mas entre os alvos estão os procuradores Deltan Dallagnol e Diogo Castor, além de auditores da Receita Federal”.

O ato que instaurou o referido inquérito é visto pelo partido como ferramenta para intimidar “como juiz e parte a um só tempo” todo aquele que ousar questionar a adequação moral dos atos dos ministros. A petição faz, ainda, uma alusão ao AI-5, em pleno regime democrático, tendo em vista a utilização do referido instrumento para “escapar à censura da Opinião Pública”.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental elenca diversos pontos tidos por ilegais e inconstitucionais, dentre eles: 1) o fato de que o inquérito tramita em sigilo absoluto, restando indisponível qualquer informação sobre crimes e investigados, em violação à súmula vinculante do próprio STF;³⁸ 2) que o referido inquérito apenas poderia ser instaurado – de maneira excepcional – para garantir a ordem nas dependências do STF no caso de crime perpetrado no referido espaço físico, a exemplo do que ocorre no Poder Legislativo; 3) que a referida investigação não envolve autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição criminal do STF, extrapolando sua competência delimitada constitucionalmente; 4) que a investigação é lacunosa,

36 “Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependências do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_ER_51_web.old.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

37 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

38 Súmula Vinculante n. 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 17 jul. 2019.

não estabelecendo sequer a territorialidade das infrações; 5) que foi criado um tribunal de exceção pela criação de um “órgão de investigação criminal nacional”; 6) que em crimes contra a honra há necessidade de representação do ofendido, sendo inviável ser sujeito passivo uma pessoa jurídica e, por conseguinte, uma corte constitucional; 7) a inexistência de justa causa mínima para o início da investigação (ausência de referência a fatos concretos), nos termos da jurisprudência do STF; 8) que ocorreu instauração de investigação *ex officio* por órgão julgador; 9) a inexistência de livre distribuição, tendo em vista a designação de ministro específico para a presidência da investigação em violação ao princípio do juiz natural; 10) que ocorreu violação à separação dos poderes e do modelo acusatório, tendo em vista que “o Ministério Público condiciona o direito de punir do Estado” e que o “Poder Judiciário atua como órgão julgador do Estado”; 11) que ocorreu violação do modelo acusatório, uma vez que o STF não pode atuar como órgão investigador; e 12) que o STF não poderia criar regras – em seu Regimento Interno – para a própria atuação, o que violaria a separação de poderes em relação ao Poder Legislativo, competente para legislar em matéria processual penal.

Calha registrar que não se objetiva analisar todos os fundamentos da impugnação, mas somente aqueles que tocam à separação das funções de acusar e de julgar, como requisito de proteção de direitos humanos, sob a ótica dos *standards* europeus.

Sem qualquer juízo de valor sobre o caso concreto, cabe lembrar, a título histórico, característica marcadamente presente na Santa Inquisição, que perseguia aqueles que minavam a autoridade do papa e da igreja ao expressar seus pensamentos e opiniões: “*l’inquisizione ha il compito di perseguire coloro che si distaccano dalla comunità degli altri e minano l’autorità del papa e della chiesa*” (CECCOLI, 1999, p. 16).

A referida perseguição estabelecia-se pela via da jurisdição universal, com ausência de limites territoriais: “[*g]iudice permanente, l’inquisitor si occupa solo della haeretica pravitas (malvagità eretica) e ha giurisdizione universale (esercita cioè il suo mandato al di là dei limiti ristretti della diocesi)*” (CECCOLI, 1999, p. 15).

Em que pese não se pretender distinguir características do modelo inquisitório e do modelo acusatório, nem analisar os outros fundamentos da impugnação, não se pode olvidar que a radical separação de funções, pelo respeito à noção de complementaridade, para além de salvaguardar o devido processo legal, objetiva evitar potenciais violações a outros direitos e garantias individuais, a exemplo do direito à liberdade de expressão, à inviolabilidade do domicílio etc. Trata-se de regra matriz, adotada pela Recomendação 19, que independe do modelo processual de pertencimento, tendo em vista o reconhecimento de maior padrão de garantias nessa configuração pelo seu viés não autoritário.³⁹⁻⁴⁰⁻⁴¹

39 A história não desconhece a propensão de regimes autoritários flertarem com a concentração das funções de acusar e de julgar.

40 “*Il processo penale europeo riflette l’ideologia del garantismo e nasce quindi dal proposito di arginare e delimitare l’espandersi del principio di autorità negli eccessi motivati da un esasperato culto della ricerca della verità.*” (AMODIO, 2003, p. 82).

41 “*L’uso della coercizione e della forza deve restare monopolio dello Stato. Il compito di accertare se un imputato è responsabile di un reato è demandato al giudice. Le modalità di svolgimento del processo*

No caso concreto, após o início do procedimento e sem a participação do Ministério Público, restou noticiado⁴²⁻⁴³ que, no bojo do referido inquérito, foram implementadas “medidas cautelares de busca e apreensão (de computadores, ‘tablets’, celulares e outros dispositivos eletrônicos) e de bloqueio de contas em redes sociais em face de sete pessoas”, bem como medida cautelar, que determinou que “o site O Antagonista e a revista Cruzoé retirem, imediatamente, dos respectivos ambientes virtuais a matéria intitulada ‘O amigo do amigo de meu pai’ e todas as postagens subsequentes que tratem sobre o assunto, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”.

A respeito do ponto, remete-se ao que foi ressaltado em tópico anterior, no sentido de que a determinação de medida cautelar pelo órgão julgador, sem o requerimento do titular da ação penal, por si só, fere a separação das funções na lógica da Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa. Registre-se que nesse exato sentido seguiu a Procuradoria-Geral da República,⁴⁴ em petição datada de 16 de abril de 2019, com fundamento no devido processo legal e no sistema acusatório estabelecido pela Constituição de 1988, ao promover o arquivamento do referido inquérito. Na referida promoção, destacou-se que o órgão de acusação apenas obteve ciência por veículos de comunicação a respeito do

[...] cumprimento de medidas cautelares penais sujeitas a reserva de jurisdição, sem prévio requerimento nem manifestação determinada por lei desta titular constitucional da ação penal, seja em relação aos parâmetros legais e objetivos que condicionam o deferimento da medida cautelar, seja em relação ao controle externo da atividade policial, que são atribuições constitucionais do Ministério Público.

penale non devono essere lasciate alla discrezione di quest'ultimo, bensì devono essere regolate dalla legge [...] Il diritto processuale penale regola l'accertamento di una responsabilità penale e, quindi, prescrive i comportamenti processuali da tenere; i suoi precetti si rivolgono specificamente al giudice, al pubblico ministero e agli altri soggetti del procedimento.” (TONINI, 2010, p. 1-2).

- 42 Em manifestação da Procuradoria-Geral da República nos autos da ADPF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340066163&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- 43 Por intermédio do despacho de 16.4.2019, pelo qual o ministro Edson Fachin, relator da referida ADPF, solicitou informações ao “relator do Inquérito Policial” a respeito de decisão que teria determinado a retirada de matérias publicadas por veículos de imprensa, inclusive com imposição de multa, tudo no bojo do referido inquérito. Segue excerto do despacho: “Sobreveio, além disso, notícia de que, por decisão do relator do IP 4781, Min. Alexandre de Moraes, foi determinada a retirada de matéria publicada no site ‘O Antagonista’ e na revista ‘Cruzoé’. O requerente sustenta que essa decisão representa violação à liberdade de expressão e de informação, ofendendo, pois, o art. 5º, V, X, XIV e art. 220, § 1º, da CFRB. Assim, eventuais notícias falaciosas não poderiam ser objeto de censura prévia, mas deveriam ensejar o direito de resposta e à indenização. Reitera o seu pedido de concessão de tutela de urgência para a suspensão da Portaria e, agora, do despacho noticiado (eDOC 23), o qual teria, inclusive, imposto multa à revista (eDOC 25). Mare Clausum Publicações Ltda noticia a propositura de Reclamação (eDOC 27) contra essa decisão por violação ao decidido na ADPF n. 130 (e DOC 30)”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- 44 Registre-se que, no Brasil, além de órgão de acusação, o Ministério Público possui a função de *custos iuris* (fiscal do ordenamento jurídico), tendo a Constituição da República – em seu art. 127 – o incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que reforça a necessidade de observância da complementaridade nas medidas cautelares penais que interfiram em direitos fundamentais.

Ademais, a Procuradoria-Geral da República destacou que: 1) é função do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal, exercer o controle externo da atividade policial e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, e que essas funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira do Ministério Público (art. 129, incisos I, II, VII e § 2º, da Constituição da República);⁴⁵ 2) o perfil da Constituição de 1988 é integrado por regras e princípios que visam garantir segurança jurídica, assegurando credibilidade, confiança e prevenindo arbitrariedade e excesso de concentração de poder, com um sistema de distribuição constitucional de atribuições e de freios e contrapesos; 3) o devido processo legal e o regime de leis adotados pela Constituição integram este sistema de justiça, assegurando que a justiça será feita de acordo com o princípio da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do juízo; 4):

[e]m 1988, a Constituição brasileira substituiu o sistema penal inquisitorial pelo sistema penal acusatório, alterando substantivamente a persecução penal no Brasil. A legislação processual penal ainda não foi atualizada pelo Congresso Nacional de modo a compatibilizar-se integralmente com este novo sistema, embora algumas mudanças pontuais tenham sido feitas na lei ordinária. O sistema anterior, de natureza inquisitorial, permitia que o juiz acumulasse funções de acusação, interferindo no curso da investigação e na instrução penal durante a ação penal [...];

5) o modelo acusatório não autoriza a condução de investigação penal pelo Judiciário; 6) a competência criminal originária do STF é estabelecida em função dos investigados e não das vítimas; 7) o arquivamento promovido pela Procuradoria-Geral da República é irrecusável pelo STF; 8) os elementos probatórios produzidos por investigação com a concentração de funções da acusação na figura do juiz possuem vícios insanáveis e serão desconsiderados na formação da *opinio delicti*.

Verifica-se que a fundamentação da Procuradoria-Geral da República se ajusta perfeitamente às balizas da Recomendação do Conselho da Europa detalhadas no tópico anterior.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Procuradoria-Geral da República se manifestou no mesmo sentido, tendo acrescentado que o ministro Alexandre de Moraes não aceitou a promoção de arquivamento sob a alegação de que a Constituição de 1988 não estendeu a privatividade da investigação criminal ao Ministério Público, tendo mantido a situação excepcional do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Na referida manifestação ministerial, registrou-se também que, na prática, tal posicionamento permite que uma investigação “flua sem observância dos critérios constitucionais e legais e sem utilidade, pois a PGR já promoveu seu arquivamento por vícios constitucionais”.

Sobre o ponto, é oportuno asseverar que as diretrizes europeias sobre a ética e a conduta dos membros do Ministério Público (Diretrizes de Budapeste), que levam em consideração, expressamente, a Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, demonstram a legitimidade

45 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.

e a correção da postura da Procuradoria-Geral da República ao desconsiderar os elementos de prova colhidos no referido inquérito:

Inciso III. Quando os membros do Ministério Público tenham de agir no quadro do exercício da acção penal, devem em todas as circunstâncias: [...] Item j. Recusar utilizar e valorizar um elemento de prova contra alguém, se houver motivos razoáveis para crer que eles foram obtidos por meios ilegais que constituam uma grave violação dos direitos fundamentais do suspeito ou de terceiro, salvo contra a pessoa que recorreu a esses métodos para os obter.⁴⁶

Ademais, a Recomendação 2000(19) é expressa no sentido de ser reservado apenas ao Ministério Público o controle da oportunidade sobre o arquivamento de procedimento investigatório:⁴⁷

Occorre quindi riservare al Pubblico ministero ed a lui solo, di valutare l'opportunità dell'archiviazione. Per gli ordinamenti che ammettono tale possibilità, il rafforzamento delle garanzie esistenti è come minimo raccomandato mediante l'istituzione di un controllo specifico a posteriori delle istruzioni date, al fine di garantire la trasparenza.

Assim, não caberia ao Judiciário recusar um arquivamento promovido pelo Ministério Público por não se tratar do exercício de jurisdição, em sentido técnico.

É oportuno destacar que estudo realizado pela Comissão Europeia para a eficiência da justiça constatou que, em 45 dos 48 países comparados, se encontra dentro das atribuições do Ministério Público (*role and powers of public prosecutors*) a decisão sobre descontinuar um caso sem a necessidade de qualquer intervenção judicial para tanto – “*to descontinue a case without requiring a judicial decision*” (COUNCIL OF EUROPE, 2012, p. 237) –, o que evidentemente torna a justiça mais eficiente, economizando tempo e recursos públicos em benefício de outros cidadãos que dependem da prestação jurisdicional e aguardam longos períodos para tanto.

Ademais, é interessante anotar que legislações processuais penais que possuem previsão da promoção de arquivamento do Ministério Público perante o Poder Judiciário receberam, em verdade, herança de uma época em que o Ministério Público fazia parte do Poder Executivo e não possuía independência.⁴⁸ Tal instrumento era utilizado para evitar determinação advinda do governo no sentido de bloquear investigações e processos em favor de detentores de poder político (*gli amici del partito al potere*). Atualmente, contudo, tal prática se mostra anacrônica (pela independência externa e interna do Ministério Público brasileiro), sendo certo que no Brasil existe a possibilidade de arquivar procedimento investigatório diretamente em instância superior do Ministério Público, o que também garante o

46 Disponível em: http://www.smmp.pt/wp-content/linhas_europeias1.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019.

47 Nesse caso específico, optou-se por colacionar a versão em italiano, tendo em vista que ela abarca exposições de motivos e comentários. Disponível em: http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/COE_CM_20001006_Recommendation_2000_19_it.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

48 “*Il pubblico ministero, dipendente dal ministro della Giustizia, poteva archiviare direttamente le denunce senza chiedere più l'autorizzazione al giudice (a differenza di quanto avveniva col codice del 1913). Tale novità, unita al monopolio dell'azione penale in favore del pubblico ministero, permetteva al governo di bloccare fin dall'inizio il processo penale nei confronti degli “amici” del partito al potere.*” (TONINI, 2010, p. 26).

duplo controle sobre o referido ato. Da mesma forma, é possível recorrer administrativamente da decisão de arquivamento realizada em primeira instância, para sua eventual revisão. Entretanto, no caso da Procuradoria-Geral da República, não há possibilidade de revisão do ato diante da inexistência de órgão hierarquicamente superior. Deve, de qualquer modo, o eixo decisório se manter no Ministério Público, uma vez que não se trata de matéria afeta ao exercício da jurisdição. Irretocável, por conseguinte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser irrecusável a promoção de arquivamento realizado pela Procuradoria-Geral da República. Tal jurisprudência há de ser mantida e deve ser aplicada na espécie, uma vez que atende à Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa.

A respeito do ponto, é oportuno registrar que houve remessa de fração da investigação contida no Inquérito n. 4.781 à primeira instância. O respectivo órgão ministerial encampou a posição da PGR, promovendo o arquivamento perante o juízo federal, que, por sua vez, não o homologou sob a justificativa de “subordinação funcional deste juízo de primeiro grau às determinações do Supremo Tribunal Federal”. Tal posicionamento judicial acarretou a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, que, em sessão de revisão colegiada em outubro de 2019, sepultou os elementos probatórios tidos por viciados.⁴⁹

Reitere-se que o controle do arquivamento pelo Ministério Público é paradigma da Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa, como visto acima, sendo mecanismo de garantia da separação das funções e, por via de consequência, de proteção de direitos humanos, exatamente pela desconcentração do poder.

Essa separação de papéis, como objeto central da referida recomendação, é tida por violada diante da abertura *ex officio* de investigação criminal, bem como sua condução ou supervisão por órgão judicante, nos termos dos paradigmas estabelecidos pelo Conselho da Europa:⁵⁰

Funções do Ministério Público 1. O “Ministério Público” é uma autoridade pública encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal. 2. Em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público: -decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal; -exerce a acção penal; -pode recorrer de todas ou algumas decisões. 3. Em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também: -aplica a política criminal nacional, adaptando-a, quando for o caso disso, às realidades regionais e locais; -conduz, dirige ou fiscaliza o inquérito; -zela para que as vítimas recebam ajuda e assistência efectivas; -decide sobre alternativas ao procedimento criminal; fiscaliza a execução das decisões dos tribunais; -etc [...].

Verifica-se, pela leitura do trecho acima, que é o Ministério Público o órgão encarregado de decidir sobre o início ou o prosseguimento de um procedimento criminal, cabendo ao referido órgão conduzir, dirigir ou fiscalizar a investigação.

49 Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/camara-de-revisao-do-mpf-impoe-nova-derrota-a-toffoli/>. Acesso em: 23 nov. 2019.

50 Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b9659>. Acesso em: 19 jul. 2019.

Dessa maneira, mostra-se imprópria a interferência de órgão julgador nessas atividades, que são típicas da acusação. É que a referida interferência configura exercício contextual das funções de acusador e de julgador em um mesmo procedimento, em violação ao item 17 (transcrito acima) da multicitada recomendação.

Ademais, o exercício contextual de ambas as funções não se ajusta aos deveres do órgão julgador de respeito às funções ministeriais, bem como à imparcialidade e à independência do órgão acusador. Tais deveres também são balizas da multicitada recomendação, como descrito em tópico anterior, e possuem idêntico propósito de desconcentração do poder estatal em benefício dos direitos humanos e de um processo justo.

Por fim, a Procuradoria-Geral da República⁵¹ acrescentou, ainda, o fato de a situação ser inusitada com “[...] um agravante: além de investigador e julgador, o Ministro Relator do Inquérito 4.781 é vítima dos fatos investigados”, e que “[n]ão há como imaginar uma situação mais comprometedora da imparcialidade e neutralidade dos julgadores”.

Evidentemente, o referido inquérito sob nenhum aspecto se ajusta aos *standards* da Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa.

5 · CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que a Recomendação (2000)19 do Conselho da Europa elucida o espectro de atribuições do Ministério Público no processo penal e delinea *standards* internacionais que cristalizam a intransponível separação das funções de acusar e de julgar como elemento estruturante do conceito de *rule of law* previsto no Tratado de Londres. Tem-se como premissa o fato de que o respeito às funções do Ministério Público garante um patamar superior de proteção aos direitos humanos e liberdades individuais, em detrimento da vetusta figura do juiz instrutor.

A Recomendação 2000(19) encontra-se absolutamente alinhada com a Constituição Cidadã de 1988, concebida em um processo de redemocratização, que corporificou valores democráticos e de respeito aos direitos e liberdades individuais. A Constituição de 1988 fez o seu papel e, por excesso de zelo, estabeleceu duas estruturas administrativas distintas, com o nítido objetivo de garantir um processo justo, por intermédio da separação das funções.

Entretanto, em que pese a assimilação pela nossa Lei Maior desses valores garantistas advindos do modelo acusatório, muitos aspectos inquisitórios permanecem vivos em nossa praxe forense, como demonstrou o caso concreto analisado. Notadamente, a confusão de funções em direção à concentração de poderes não se ajusta aos parâmetros constitucionais nem internacionais de *due process of law*, que inspiraram a noção de *giusto processo* em países de tradição romanística.

Assim, passados mais de trinta anos da Constituição da República, faz-se necessário atentar para a maturação de *standards* internacionais relacionados às funções típicas do órgão de acusação e do órgão julgador, bem como aos seus limites,

51 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340066163&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

como forma de evitar um retrocesso no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) estabelecidos pelo constituinte.

Notadamente, a radical separação de funções está presente em sociedades democráticas e em códigos processuais penais que observam o Direito Internacional dos Direitos Humanos, justamente em decorrência de maiores garantias conferidas aos cidadãos diante do arbítrio estatal. Trata-se de tendência de harmonização jurídica nos ordenamentos nacionais e nos sistemas de proteção internacional de direitos humanos, como demonstrado.

Desse modo, o Inquérito n. 4.781 traz consigo uma oportunidade de reflexão a respeito da legitimação do processo penal brasileiro, sendo certo que a Recomendação (2000)¹⁹ do Conselho da Europa, por intermédio de seu elevado consenso, prestígio e autoridade científica, pode enriquecer a interpretação doméstica, especialmente no que diz respeito às suas balizas de complementaridade entre acusação (papel pró-ativo) e órgão julgador (papel reativo). Não se trata de algo completamente novo, mas apenas de reafirmar a inércia da jurisdição, característica imprescindível para se garantir a dialética, o contraditório e a ampla defesa na fase processual, o que, *a fortiori*, se aplica no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. A consagração do sistema acusatório com o afastamento do juiz do inquérito policial. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 55, p. 12, jun. 1997.

ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 36, n. 1, p. 50-112, 1968. Disponível em: <https://www.jstor.org/journal/univchiclawrevi?refreqid=excelsior%3A1a28ad723d89e39160c2d04b88cfd21f>. Acesso em: 18 out. 2019.

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo Código de Processo Penal italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 59, ano 15, p. 125-155, jul./set. 1990.

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECO, Gauthier de. *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*. Oxon: Routledge, 2012.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. O contemporâneo sistema acusatório e a velha sobreposição de funções. In: TINÓCO, Livia *et al.* (org.). *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. Brasília: ANPR, 2018. p. 253-285.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal*. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 1027-1046.

BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito policial, democracia e Constituição: modificando paradigmas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 125-136, 2009.

- BRAMBILLA, Elena. *La giustizia intollerante: Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII)*. Roma: Carocci, 2006.
- BREUER, Marten; SCHMAHL, Stefanie. *The Council of Europe: its law and policies*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- CALAMANDREI, Piero. *Garanzie e limiti del potere giudiziario: relazioni e interventi all'Assemblea costituente*. Con i contributi di Paolo Grossi, Enzo Cheli, Guido Alpha. Genova: Marietti 1820, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Dell'Ateneo, 1946. v. I.
- CECCOLI, Paolo (org.). *L'inquisizione Santa: dal medioevo all'età moderna*. Cologna ai Colli: Demetra, 1999.
- CERQUA, Federico et al. *Manuale teorico-pratico di diritto processuale penale*. Milano: Wolters Kluwer, 2018.
- CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 7. ed. Milano: UTET; Wolters Kluwer, 2017.
- CHIAVARIO, Mario. *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*. Milano: Giuffrè, 1969.
- CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. In: DELMAS MARTY, Mireille (org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004. p. 43-57.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Editorial Temis, 1986.
- COLACCI, Marino Aldo. Il sistema inquisitorio, accusatorio, misto e il processo penale italiano. In: OPINIONS sur les thèmes de XIII Corso di Studi del Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini. Perugia: Accademia Giuridica Umbra, 1966.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSIGLIO D'EUROPA. *Il Consiglio d'Europa: 1949-1959*. Strasburgo: Direzione dell'informazione del Consiglio d'Europa, 1959.
- CONSIGLIO D'EUROPA. *Ordinamento del Consiglio d'Europa: statuto e regolamenti*. Padova: Cedam, 1954.
- CONSIGLIO D'EUROPA. *Piccolo manuale del Consiglio d'Europa*. 2. ed. Strasburgo: Direzione dell'informazione del Consiglio d'Europa, 1954.
- COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: efficiency and quality of justice*. The European Commission for the Efficiency of Justice. 4th Report. Strasbourg: Council of Europe, 2012.
- COUNCIL OF EUROPE. *The role of public prosecution in the criminal justice system: Recommendation Rec (2000) 19 and explanatory memorandum*. Strasbourg: Council of Europe, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

- DAVIGO, Piercamillo. *Il pubblico ministero* (Italian Edition). Bari: Editori Laterza, 2015. Edição do Kindle.
- DELLA VENERIA, Carlo. *L'inquisizione medioevale: ed il processo inquisitorio*. Milano: Bocca, 1939.
- DELMAS-MARTY, Meireille; SPENCER, John. *European criminal procedures*. Cambridge studies in international and comparative law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- DEU, Teresa Armenta. Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. *Ius et Praxis*, Talca, v. 13, n. 2, p. 81-103, 2007. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200005. Acesso em: 19 jul. 2019.
- DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Prefazione di Norberto Bobbio. 11. ed. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Apontamentos sobre a prova produzida ou colhida pelo Ministério Público em procedimentos investigatórios criminais e no curso do processo penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 53-63.
- GARLATI, Loredana (org.). *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del codice rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.
- GERACI, Luigi. Il processo inquisitorio e il processo accusatorio: scelta di un sistema. In: OPINIONS sur les thèmes de XIII Corso di Studi del Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini. Perugia: Accademia Giuridica Umbra, 1966.
- GERLI, Simonetta. *Compendio di diritto dell'Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. 18. ed. Napoli: Simone, 2018.
- GIORDANO, Paolo Francesco. *Le indagini preliminari: poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2006.
- GREER, Steven et al. *Human rights in the Council of Europe and the European Union: achievements, trends and challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- HERRING, Jonathan. *Criminal law*. 7. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.
- HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origins of adversary trial*. Winchester: Waterside Press, 2006.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ILLUMINATI, Giulio. The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian criminal procedure code of 1988). *Washington University Global Studies Law Review*, St. Louis, v. 4, p. 567-581, 2005. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/wasglo4&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=567. Acesso em: 14 out. 2019.
- ITÁLIA. *Il Consiglio d'Europa*. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1971.

- JACKSON, John. The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment? *The Modern Law Review*, London, v. 68, p. 737-764, 2005.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- KARASEK, Franz. *Il Consiglio d'Europa*: breve guida. Strasburgo: Consiglio d'Europa, 1983.
- KUNKEL, Wolfgang. *Linee di storia giuridica romana*. Trad. Tullio e Bianca Spagnuolo Vigorita. Napoli: E.S.I., 1973.
- LACCHÈ, L. et al. *Penale giustizia potere*: metodi, ricerche, storiografie per ricordare Mario Sbriccoli. Macerata: EUM, 2007.
- LANGBEIN, John Harriss. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- LINDQUIST, Kim R. *Lo inquisitivo hacia lo acusatorio*: una odisea (manual práctico del derecho comparado). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2015.
- LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>. Acesso em: 18 jul. 2019.
- LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Premesse di metodo: i cosiddetti rimedi pretori. Bologna: Pàtron, 2004.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*: storia; principi fondamentali; la legge processuale penale; l'oggetto del processo penale (connessione, azione civile, spese, ecc.). Torino: UTET, 1931. v. I.
- MASSA, Carlo. *Il principio dispositivo nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1961.
- MAZZA, Oliviero. L'illusione accusatoria: carnalutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte. In: GARLATI, Loredana (org.). *L'inconscio inquisitorio*: l'eredità del codice rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 2, n. 13, p. 33-58, 2010. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2684>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011*: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MEREU, Italo. Il metodo inquisitorio tra ideologia ed effettività nella dialettica del potere dell'Europa continentale. In: *Quarto Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*: diritto e potere nella storia europea – atti in onore di Bruno Paradisi. Firenze: Olschki, 1982. p. 1127-1147.
- MEREU, Italo. *Storia dell'intolleranza in Europa*. Sospettare e punire: l'inquisizione come modello di violenza legale. Milano: Bompiani, 1988.
- MICHELE, Pifferi. Diritto comune e inquisitio ex officio. In: *DIZIONARIO storico dell'inquisizione*. A cura di: Adriano Prosperi, John Tedeschi, Vincenzo Lavenia. Pisa: Scuola Normale Superiore, 2010. v. I. p. 492-495.

- MODONA, Guido Neppi. Diritto e giustizia penale nel periodo fascista. In: LACCHÈ, L. et al. *Penale giustizia potere: metodi, ricerche, storiografie per ricordare Mario Sbriccoli*. Macerata: EUM, 2007.
- MODONA, Guido Neppi. Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista. In: GARLATI, Loredana (org.). *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del codice rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.
- MOHR, Lawrence B. Organizations, decisions, and courts. *Law and Society Review*, Amherst, v. 10, n. 4, p. 621-642, 1976. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3053299?read-now=1&seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 18 out. 2019.
- MORENO, Juan Damián. *La decisión de acusar: un estudio a luz del sistema acusatório inglés*. Madri: Editorial Dykinson, 2014.
- NESPRAL, Bernardo. *El derecho romano en el siglo XXI: historia e instituciones – su vigencia en las legislaciones modernas*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- PERCHINUNNO, Vincenzo (org.). *Percorsi di procedura penale: dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996. v. I.
- PIETRINI, Stefania. *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*. Milano: Giuffrè, 1996.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAIMONDI, Guido. *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SACCUCCI, Andrea. *Profili di tutela dei diritti umani: tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*. Padova: Cedam, 2002.
- SANTALUCIA, Bernardo. *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- SANTIN, Valter Foleto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed., rev. e ampl. Bauru: Edipro, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SPENCER, John. Adversarial vs inquisitorial systems: is there still such a difference? *The International Journal of Human Rights*, London, v. 20, n. 5, p. 601-616, 2016. Disponível em: <https://www.doi.org/10.1080/13642987.2016.1162408>. Acesso em: 27 out. 2019.
- SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- TAORMINA, Carlo. *Diritto processuale penale: teorie generali*. Torino: Giappichelli, 2014.
- TAORMINA, Carlo. *Procedura penale*. Torino: Giappichelli, 2015.
- TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penal europea: le regole del giusto processo*. 2. ed. Milão: Raffaello Cortina, 2009.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo penal e história: a origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 23, n. 114, p. 379-412, maio/jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZANGHÌ, Claudio. *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

ZANON, Giorgia. *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*. Padova: CEDAM, 1998.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O BRASIL DIANTE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Vladimir Aras¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O sistema interamericano de direitos humanos. 3 A Organização dos Estados Americanos. 4 Direitos humanos no plano regional: o sistema interamericano. 5 Os principais tratados do sistema interamericano. 6 Direitos humanos: órgãos e agências do sistema OEA. 7 A jurisprudência interamericana. 8 O procedimento interamericano. 8.1 O procedimento perante a Comissão. 8.2 O procedimento perante a Corte. 9 Responsabilidade internacional do Estado brasileiro no sistema interamericano. 9.1 Dois casos relatados pela Comissão Interamericana em relação ao Brasil. 9.2 Oito casos julgados pela Corte Interamericana contra o Brasil. 10 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos desenvolveu-se paralelamente ao regime protetivo universal e inspirou-se também no sistema regional europeu de tutela dos direitos da pessoa humana.

Mais de meio século depois da conclusão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o continente ainda enfrenta velhos problemas atinentes a violações reiteradas de direitos da pessoa humana e se defronta com novos desafios do direito internacional dos direitos humanos.

Neste artigo, examinaremos a estrutura desse sistema hemisférico, seus principais tratados, o procedimento perante seus órgãos e os casos já julgados contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), além de dois casos muito significativos apreciados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil tornou-se parte da Convenção Americana em 25 de setembro de 1992, data do depósito do instrumento de adesão,² e reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana em 2002, retroagindo seus efeitos a dezembro de 1998.³ Nessas duas décadas, o Estado brasileiro foi levado diversas vezes *às barras*

1 Membro do Ministério Público desde 1993. Mestre e Doutorando em Direito. MBA em Gestão Pública pela FGV. Professor de Direitos Humanos e de Direito Internacional da Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista de Direito. Professor de Processo Penal da UFBA. Professor da LLM em Direito Penal Econômico do Instituto de Direito Público.

2 Em agosto de 2020, 24 Estados eram partes da Convenção Americana. Vide Organização dos Estados Americanos. Informação Geral do Tratado B-32. Disponível em: https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

3 Vide o Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, que promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

do sistema interamericano, perante a Comissão Interamericana, em Washington, ou perante a Corte IDH, em San José. Não temos nos saído bem como país nem como sociedade. O exame dos relatórios e das sentenças relativos ao Brasil traz um diagnóstico de um país racista, desigual, que ainda escraviza, violenta e mata seus cidadãos ou que não provê justiça para que as vítimas de violações obtenham a devida reparação.

2 · O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O conjunto de documentos interamericanos de direitos humanos é complexo. Foi inaugurado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; pela Carta da Organização dos Estados Americanos, também de 1948; robustecido em 1969 pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida igualmente como Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978; e complementado pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 1988, e pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (Protocolo de Assunção), de 1990.

Esses são os textos basilares (gerais) do sistema, que se completa com tratados e declarações temáticas, voltados a direitos específicos ou a grupos determinados. A tal conjunto convencional, juntam-se os precedentes da Corte Interamericana, suas opiniões consultivas, as recomendações da Comissão e os relatórios dos relatores especiais.

3 · A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

Antes de prosseguir no exame do sistema interamericano de proteção da pessoa humana, é preciso entender a estrutura e o funcionamento da Organização dos Estados Americanos (OEA), pessoa jurídica de direito internacional público constituída na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá em abril de 1948.

A OEA conta com 35 Estados-Partes e tem sua sede em Washington, D.C. Seus principais órgãos são a Assembleia Geral e a Secretaria Geral. Seu principal órgão de direitos humanos é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada em Santiago em 1959, aperfeiçoada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, com sede na capital norte-americana. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com sede na capital costarrriquenha, não é um órgão da OEA. Foi criada pela Convenção Americana de 1969 e tem sua competência nela descrita.

4 · DIREITOS HUMANOS NO PLANO REGIONAL: O SISTEMA INTERAMERICANO

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos foi consolidado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que entrou em vigor internacional em 1978. Para o Brasil, esse tratado passou a vigorar em 1992, por força do Decreto n. 678, de 6 de novembro daquele ano.

Firmada em abril de 1948, meses antes da Declaração Universal (DUDH), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) não é um

tratado. Ramos (2019) a considera interpretação autêntica dos dispositivos genéricos da Carta da OEA.

Na Opinião Consultiva OC-10/89, de 14 de julho, solicitada pela República da Colômbia, a Corte interpretou a DADDH à luz do artigo 64 da Convenção Americana. “O fato de a Declaração não ser um tratado não significa necessariamente que se deva concluir que a Corte não pode emitir uma opinião consultiva que contenha interpretações da Declaração Americana”.⁴ A Convenção Americana menciona a Declaração no seu preâmbulo:

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; [...].

Para a Corte, o artigo 29.d da Convenção, atinente a normas de interpretação, autoriza a utilização da Declaração em sua atividade. De fato, nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. Assim, ao interpretar a Convenção Americana, a Corte pode interpretar a Declaração.

No parecer consultivo OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, a Corte Interamericana registrou:

Deve-se enfatizar, também, que o artigo 29.d da Convenção Americana proíbe toda interpretação que conduza a “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem...”, reconhecida como parte do sistema normativo pelos Estados-Membros da OEA no artigo 1.2 do Estatuto da Comissão.⁵

Conforme a interpretação dos Estados-Membros, a Declaração Americana contém e define os direitos humanos essenciais a que se refere a Carta da OEA, de modo que “não se pode interpretar e aplicar a Carta da Organização em matéria de direitos humanos, sem integrar suas normas pertinentes com as disposições correspondentes da Declaração, como resulta da prática dos órgãos da OEA”.⁶

Para os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, a Declaração é o documento que determina “quais são os direitos humanos a que se refere a Carta da OEA”. Além disso, os artigos. 1.2.b e 20 do Estatuto da Comissão Interamericana determinam sua competência em relação aos direitos humanos enunciados na Declaração. Ou seja, para tais Estados, “a Declaração Americana

4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-10/89*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

5 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-5/85*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-10/89*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

constitui, naquilo que é pertinente e em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais”⁷

Segundo a OC-10/89, para os Estados-Partes da Convenção, a fonte concreta de suas obrigações de proteger os direitos humanos é, em princípio, a própria Convenção. Contudo, à luz artigo 29.d, o fato de os Estados estarem submetidos principalmente à Convenção não os dispensa dos deveres previstos na Declaração, tendo em conta o fato de serem membros da OEA.⁸

Aprovada em Bogotá em 1948, a DADDH tem 28 artigos, que se distribuem em dois capítulos, um sobre os direitos, inclusive sociais e culturais, e outro sobre os deveres humanos. Nela, os Estados americanos reconhecem que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”.

Por sua vez, a Carta da OEA lista como um dos princípios da organização os “direitos fundamentais dos indivíduos”, mas não os define. Tais direitos foram enunciados na DADDH e depois na CADH. Na Declaração são proclamados os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à integridade física; o direito à igualdade; à liberdade religiosa e de culto; à liberdade de opinião, expressão e de difusão do pensamento; o direito à honra e à vida privada; o direito à proteção da família; à proteção da gestante, da maternidade e da infância; o direito de residência e trânsito; à inviolabilidade do domicílio; à inviolabilidade da correspondência; o direito à saúde e ao bem-estar; o direito à educação; o direito à cultura; o direito ao trabalho; o direito à previdência social; o direito de reconhecimento da personalidade jurídica; o direito de acesso à justiça; o direito à nacionalidade; o direito de sufrágio e participação; o direito de reunião e de associação; o direito de propriedade; o direito de petição; de proteção contra prisão arbitrária; o direito ao devido processo. O artigo XXVIII da Declaração pontua que “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”.

Considerando as disposições da Carta da OEA, da Declaração Americana de 1948 e da Convenção Americana de 1969, podemos então divisar dois subsistemas interamericanos, um mais abrangente, com 35 Estados-Partes, e outro mais restrito, com 24 membros.⁹

No seu preâmbulo, a Carta da OEA, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 30.544/1952, declara que

o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das

7 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-10/89*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

8 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-10/89*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

9 A Venezuela denunciou a CADH em 10 de setembro de 2012, mas sua denúncia foi tornada sem efeito em 15 de maio de 2019, com eficácia a partir de 31 de julho de 2019. Trinidad e Tobago apresentou denúncia em 26 de maio de 1998. A denúncia é ato unilateral pelo qual um Estado se desliga de uma convenção internacional.

instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem.

No seu artigo 3.1, lê-se que os Estados americanos proclamaram os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

Também no artigo 106 da Carta da OEA, há regras relativas aos direitos humanos, com referência à CIDH e à CADH:

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

Portanto, pode-se dizer que os Estados-Partes da CADH também estão sujeitos ao subsistema criado pela Carta da OEA e pela Declaração Americana, ao passo que haverá países que somente se sujeitam a este último regime, por não serem partes da CADH.

5 · OS PRINCIPAIS TRATADOS DO SISTEMA INTERAMERICANO

O principal tratado interamericano para a proteção da pessoa humana é a CADH. Promulgado pelo Decreto n. 678/1992, o Pacto de São José da Costa Rica pode ser assim analisado:

Capítulo	Artigos	Conteúdo
I	1º e 2º	Deveres dos Estados-Partes
II	3º a 25	Direitos civis e políticos
III	26	Direitos econômicos, sociais e culturais
IV	27 a 31	Suspensão de garantias. Regras de interpretação e aplicação do tratado.
V	32	Deveres das pessoas
VI a IX	33 a 73	Órgãos de proteção (o Comitê e a Corte)
X e XI	74 a 82	Disposições finais sobre adesão, vigência, aplicação territorial, emendas, órgão depositário e idiomas. Disposições transitórias.

No entanto, o conjunto convencional da região não se esgota na CADH e nos seus dois protocolos adicionais. Como já vimos, a Carta da OEA e a DADDH têm seu papel no sistema, assim como a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, aprovada pela Resolução AG 2888.

São três os tratados gerais e sete os tratados temáticos em matéria de direitos humanos adotados no âmbito da Organização dos Estados Americanos, conformando o regime regional de proteção. Sete dessas dez convenções estão em vigor para o Brasil.

O atual bloco interamericano de convenções de direitos humanos começou a ser ampliado em meados dos anos 1980, com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985. O mais recente dos atos internacionais nessa região é a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, de 2015, ainda não vigente.

Tratado	Decreto
Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969	Decreto n. 678/1992
Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (<i>Protocolo de San Salvador</i>), de 1988	Decreto n. 3.321/1999
Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, de 1990	Decreto n. 2.754/1998
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985	Decreto n. 98.386/1989
Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994	Decreto n. 8.766/2016
Convenção Americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (<i>Convenção of Belém do Pará</i>), de 1994	Decreto n. 1.973/1996
Convenção Americana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência, de 1999	Decreto n. 3.956/2001
Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, de 2013	Assinada, mas não ratificada pelo Brasil
Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, de 2013	Assinada, mas não ratificada pelo Brasil
Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, de 2015	Assinada, mas não ratificada pelo Brasil

6 · DIREITOS HUMANOS: ÓRGÃOS E AGÊNCIAS DO SISTEMA OEA

Na temática dos direitos humanos, o sistema regional da OEA prevê a existência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Criada em 1959, a CIDH tem sete membros eleitos pela Assembleia Geral, para mandatos de quatro anos. Os comissários (ou comissionados) podem ser reconduzidos uma vez.

A Corte IDH foi estabelecida em 1979. É um órgão judicial autônomo do sistema interamericano, exercendo competência contenciosa, por meio de sentenças, em casos iniciados por Estados-Partes ou pela Comissão (CIDH). A Corte tem também

competência consultiva, mediante pareceres ou opiniões consultivas, expedidas por solicitação dos Estados-Partes. Tem sete juízes, com mandatos de seis anos.

O sistema opera, ainda, em prol dos direitos humanos por meio de relatorias especiais para vários temas (*thematic rapporteurships*). Atualmente há dez *rapporteurships*, a saber: as relatorias sobre defensores de direitos humanos, liberdade de expressão, direitos da mulher, direitos de afrodescendentes, direitos da criança, direitos de povos autóctones, direitos de pessoas LGBTI, direitos de migrantes, direitos de pessoas privadas de liberdade, e a relatoria sobre direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA).

Essas relatorias exercem o poder de constranger (*power to embarrass*) os Estados que violam direitos humanos. Esse método é também conhecido como *naming and shaming* e tem larga utilização no direito internacional.

Segundo Piovesan (2018b, p. 107),

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, [...] traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção.

Neste contexto, explica a autora, os Estados-Partes do sistema aceitam o monitoramento internacional no tocante ao cumprimento dessa carta de direitos em seus territórios:

O Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2018b, p. 107).

7 · A JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA

Já vimos que a Corte IDH profere sentenças (artigos 61-63 da CADH) e expede opiniões consultivas (artigo 64). Nesse labor, influencia a ordem jurídica dos Estados-Partes da CADH. Segundo Mazzuoli (2019, p. 3), as sentenças da Corte “irradiam efeitos para além dos Estados condenados, atingindo também terceiros Estados”. Disso decorre a necessidade de os juízes nacionais observarem, nas suas decisões, as interpretações conferidas pela Corte aos tratados de direitos humanos vigentes no continente.

A respeito da efetividade do sistema, Mazzuoli pontua que a jurisprudência da Corte IDH favorece o fortalecimento do conceito de ordem pública internacional relativa a direitos humanos e acrescenta que os Estados-Partes da Convenção não podem deixar de cumpri-la. Diz também que, além das sentenças internacionais, devem ser observadas as opiniões consultivas emanadas de tais cortes:

No âmbito interamericano, as opiniões consultivas da Corte Interamericana têm aclarado sobremaneira como os Estados devem proceder em matéria de proteção dos direitos humanos, de modo, inclusive, mais amplo que em outros contextos regionais (MAZZUOLI, 2019, p. 2).

Portela (2019) lembra que as sentenças da Corte IDH provêm de um tribunal internacional, e não de uma corte estrangeira. Por isso, dispensam homologação do STJ. Assim, não é necessário seguir o procedimento previsto nos arts. 105, inciso I, alínea ‘i’, e 109, inciso X, da Constituição, no Código de Processo Civil e no

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. As sentenças interamericanas são automaticamente reconhecidas e imediatamente exequíveis na ordem jurídica interna, à luz do art. 5º, § 1º, da Constituição, analogicamente.

8 · O PROCEDIMENTO INTERAMERICANO

Já vimos que os dois principais órgãos do sistema interamericano de proteção da pessoa humana são a Comissão (CIDH) e a Corte IDH.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem sede em San José, na Costa Rica, e é o órgão máximo do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Tem competência jurisdicional. A Comissão Interamericana, por sua vez, funciona em Washington, D.C. e é um órgão quase judicial.

A Comissão está vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA); a Corte não é um órgão da entidade. Contudo, ambas cuidam de violações de direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos e interpretam e aplicam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Como visto, esse tratado foi ratificado pelo Brasil e entrou em vigor interno por força do Decreto n. 678, de 1992.

Cabe à Comissão receber notícias de violações a direitos humanos no continente e examinar a admissibilidade dos casos que serão submetidos a julgamento pela Corte. Pessoas naturais não podem processar diretamente Estados nacionais perante a Corte Interamericana. No entanto, indivíduos podem dirigir-se diretamente à Comissão.

Já a Corte IDH tem competências contenciosa e consultiva, pois julga os casos que lhe são apresentados pela Comissão ou por Estados e também profere opiniões ou pareceres consultivos.

8.1 · O PROCEDIMENTO PERANTE A COMISSÃO

A Comissão Interamericana (CIDH) tem competência para velar pelo cumprimento dos direitos humanos previstos na Convenção Americana por todos os Estados-Partes da Convenção de 1969, e também cumpre esse papel em relação a todos os Estados-Membros da OEA no que tange ao respeito aos direitos previstos na Declaração Americana de 1948.

Os Estados-Partes da Convenção aceitam automaticamente a competência da Comissão para analisar comunicações, inclusive individuais.

Os sete membros da Comissão são eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de quatro anos, renovável. Cabe à CIDH fazer recomendações aos governos dos Estados-Partes; verificar o cumprimento da Convenção e da Declaração; preparar estudos e relatórios sobre a situação dos direitos humanos no hemisfério; apresentar seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA etc.

A CIDH pode examinar comunicações de indivíduos, grupos de indivíduos ou de entidades não governamentais (cláusula obrigatória) ou de Estados (cláusula facultativa). O procedimento tem duas fases: I) a admissibilidade; II) o julgamento após o contraditório. Pode haver solução consensual.

Há requisitos de admissibilidade a observar:

- a. O prévio esgotamento dos recursos internos (eficazes), salvo em caso de excessiva e injustificada demora ou insuficiência do devido processo legal. Este requisito dá a nota de subsidiariedade dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Só após a passagem da causa pelo regime nacional pode-se pretender a responsabilização internacional do Estado; e
- b. A inexistência de litispendência internacional, isto é, o tema objeto da comunicação não pode estar pendente de decisão noutra foro internacional.

Uma vez admitida a comunicação, a Comissão analisará os fatos, podendo realizar uma investigação. Daí se dizer que a Comissão tem papel semelhante ao do Ministério Público. Procede-se então à tentativa de conciliação, que, uma vez alcançada, encerra o procedimento. Não havendo solução amistosa num caso concreto, a CIDH emite um relatório, que pode conter recomendações ao Estado infrator, o qual deverá cumpri-las no prazo de três meses. O relatório é enviado à Secretaria Geral da OEA. Não havendo resolução, a Comissão enviará o caso à Corte IDH para julgamento, salvo posição contrária da maioria absoluta dos membros da própria CIDH (RAMOS, 2016).

O procedimento das comunicações estatais é facultativo e só pode ocorrer se ambos os Estados reconhecerem a competência da Comissão para examiná-las. Ou seja, há dependência da reciprocidade.

Em situações de gravidade e urgência, a Comissão pode solicitar, de ofício, ao Estado infrator a adoção de medidas cautelares. A Comissão pode também requerer à Corte a aplicação de medidas provisórias em casos ainda não submetidos à apreciação da Corte (RAMOS, 2016).

No sistema interamericano, há dois tipos de relatores: os relatores por país, que se ocupam do conjunto de situações de cada um dos Estados-Membros, genericamente, e os relatores temáticos, que atualmente são dez, como já visto. Os casos concretos na CIDH normalmente não têm relatores porque as decisões, mesmo as cautelares, são tomadas de forma colegiada (*per curiam*). Já os debates são *in camera* e normalmente é divulgada a vontade conjunta, e não a posição deste ou daquele comissionado. O Regulamento da CIDH disciplina o procedimento, e várias tarefas preparatórias são exercidas pela secretaria executiva. Eventualmente, algumas tarefas podem ser destacadas para grupos, como a admissibilidade, conforme artigo 35 (RAMOS, 2016).

8.2 · O PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

Diferentemente do sistema europeu, no regime interamericano não há *jus standi*. Somente a Comissão e os Estados-Partes da Convenção podem apresentar casos à Corte IDH, em San José (artigo 61 da Convenção).

Ensina Piovesan (2018b, p. 107) que, em 2001, a Corte revisou suas Regras de Procedimento para assegurar a representação das vítimas perante a Corte de forma mais efetiva:

Ainda que indivíduos e ONGs não tenham acesso direto à Corte, se a Comissão Interamericana submeter o caso a esta, as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte.

Os artigos 25 e 44 do Regulamento da Corte (2009) admitem a participação de vítimas, seus familiares ou representantes e de *amici curiae* no procedimento.

Como visto, a Corte tem competência consultiva e contenciosa. Seus sete juízes, eleitos pelos Estados-Partes do Pacto de San José, julgam Estados por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, desde que estes tenham aceitado sua competência contenciosa.

Na competência consultiva, a Corte interpreta a Convenção Americana e os tratados de direitos humanos vigentes para os Estados interamericanos. Segundo Piovesan (2018a, p. 162), “[a] Corte pode ainda opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o ‘controle de convencionalidade das leis’”. Esta jurisdição pode ser provocada por qualquer Estado-Membro da OEA ou pela Comissão Interamericana ou por outro órgão da OEA.

Há importantes opiniões consultivas da Corte sobre os mais variados temas. Algumas são listadas a seguir, todas mencionadas por Piovesan (2018a, p. 161-164). Na OC-18/02, a pedido do México, a Corte discutiu os direitos de migrantes indocumentados. Já na OC-03/83 tratou-se da aplicação da pena de morte na Guatemala. Na OC-08/87, com base no artigo 27 da Convenção, a Corte considerou o *habeas corpus* uma garantia processual insuscetível de suspensão pelos Estados-Partes. Na OC-16/99, a Corte firmou o entendimento de que ofende o devido processo legal a não notificação de preso estrangeiro do seu direito a assistência consular, previsto na Convenção de Viena de 1963.

Na competência contenciosa, a Corte resolve controvérsias relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção, ou seja, decide casos concretos, nos limites do artigo 62, que prevê a convenção de aceitação da competência da Corte. Doutrinadores como Piovesan e Cançado Trindade sustentam que esse dispositivo é um anacronismo e que a jurisdição contenciosa deveria ser automática para todos os Estados-Partes da Convenção (PIOVESAN, 2018a).

Se julgar procedente uma demanda, a Corte determinará medidas reparatórias e compensação à vítima, caso em que a sentença deve valer como título executivo judicial no plano interno do Estado sentenciado. As decisões da Corte IDH são vinculantes e devem ser cumpridas de boa-fé.

O órgão judiciário interamericano não funciona como instância de revisão de decisões judiciais dos Estados-Partes. No entanto, a Corte IDH examina sua compatibilidade com os tratados que lhe cumpre interpretar e com sua própria jurisprudência. Pode assim declarar a inconvenção de decisões judiciais domésticas e de leis nacionais. Pode também declarar a obrigação de legislar para cumprimento de obrigações internacionais. Assim, as condenações não se limitam ao pagamento de indenizações, podendo haver condenação ao cumprimento do dever de investigar, processar e julgar em seus próprios tribunais os autores de violações aos direitos humanos.

A supervisão da execução das sentenças da Corte cabe a ela própria e à Assembleia Geral da OEA. Contudo, não existe um mecanismo específico. Internamente, tampouco há no Brasil uma lei que discipline o cumprimento de recomendações, medidas provisórias e sentenças do sistema interamericano ou do

sistema onusiano. Em geral, dá-se cumprimento administrativamente ou mediante a aprovação de decretos ou leis casuísticas.

9 · RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO

A responsabilidade internacional dos Estados é regulada pelo direito internacional. Haverá o dever de reparar sempre que o Estado incorra em ato ilícito internacional que lhe possa ser imputado e do qual decorra um dano a outrem, que pode ser outro Estado, uma organização internacional, uma pessoa física ou jurídica.

Os diferendos internacionais devem ser resolvidos por fins pacíficos, tal como preconiza a Carta das Nações Unidas, de 1945. Um desses meios é o mecanismo jurisdicional, de que são exemplos a Corte Internacional de Justiça, em Haia, e a Corte Interamericana, em San José.

O Estado pode ser responsabilizado por atos de seus agentes ou funcionários, ainda que temporários. Mas um Estado também pode ser responsabilizado por atos de terceiros, particulares.

41. [...] É pois claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida pelo efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito, violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou por não se haver identificado o autor da transgressão, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas sim pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.¹⁰

9.1 · DOIS CASOS RELATADOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA EM RELAÇÃO AO BRASIL

O Brasil foi responsabilizado internacionalmente diversas vezes pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Devem ser mencionados o *Caso Carandiru vs. Brasil*, de 1992, que mereceu decisão da Comissão no ano 2000;¹¹ o *Caso Maria da Penha Fernandes*, de 1983, decidido pela CIDH em 2001; o *Caso Jailton Neri da Fonseca*, de 1992, decidido pela Comissão em 2004; o *Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão*, que ocorreu entre 1991 e 2003, e foi decidido por solução amistosa em 2005; e o *Caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu (Caso Belo Monte)*, no qual houve a concessão de medida cautelar contra o Brasil em 2011.

10 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

11 Quase trinta anos depois do evento no qual 111 presos foram executados, a impunidade continua.

No entanto, dois casos merecem ser destacados entre os que tramitaram na Comissão Interamericana, em Washington, relacionados ao Brasil: um sobre racismo e outro sobre trabalho escravo, analisados a seguir.

9.1.1 · O CASO JOSÉ PEREIRA VS. BRASIL (2003)

O ano de 2003 foi proveitoso para a luta contra a escravidão contemporânea. Foi quando o governo federal lançou o Primeiro Plano Nacional de Enfrentamento ao Trabalho Escravo e quando se modificou a redação do art. 149 do Código Penal, para aperfeiçoar a descrição típica. Foi também em 2003 que o Caso José Pereira foi apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Naquele ano, ocorreu a formalização do Acordo de Solução Amistosa entre o Estado brasileiro e as organizações não governamentais petionárias no Caso 11.289 (*José Pereira Ferreira vs. Brasil*), perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.¹²

Em 1989, aos dezessete anos, José Pereira foi escravizado na Fazenda Espírito Santo no interior do Pará, onde outros sessenta brasileiros também eram mantidos em condições análogas à de escravos. Ao tentar fugir com um companheiro apelidado de “Paraná”, os dois jovens foram fuzilados por funcionários da fazenda. Somente José Pereira sobreviveu, e seu caso foi levado ao sistema interamericano pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch*. Alegou-se que o Brasil violou os artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos), 6 (proibição da escravidão e da servidão); 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, de 1948.

Para encerrar o caso, o Estado brasileiro firmou um acordo em Brasília, em 18 de setembro de 2003, no qual reconheceu sua responsabilidade internacional e se comprometeu a cumprir várias obrigações, como proceder ao julgamento e à punição dos responsáveis, adotar medidas pecuniárias de reparação,¹³ de prevenção e de fiscalização e punição ao trabalho escravo, assim como se obrigou a implementar campanhas de conscientização contra o trabalho escravo. Do Acordo de Solução Amistosa, aprovado pela CIDH em 24 de outubro de 2003, constou, quanto ao reconhecimento da responsabilidade pelo Brasil, que:

4. O Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade internacional em relação ao caso 11.289, embora a autoria das violações não seja atribuída a agentes estatais, visto que os órgãos estatais não foram capazes de prevenir a ocorrência da grave prática de trabalho escravo, nem de punir os atores individuais das violações denunciadas.
5. O reconhecimento público da responsabilidade do Estado brasileiro com relação à violação de direitos humanos terá lugar durante a solenidade de criação da Comissão

12 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 95/93, de 24 de outubro de 2003, Caso 11.289. Solução Amistosa. José Pereira vs. Brasil. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

13 Para isto, foi aprovada a Lei n. 10.706, de 30 de julho de 2003. Com base no seu art. 1º, ficou a União autorizada a conceder indenização de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) a José Pereira Ferreira, “por haver sido submetido à condição análoga à de escravo e haver sofrido lesões corporais, na fazenda denominada Espírito Santo, localizada no Sul do Estado do Pará, em setembro de 1989”.

Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo-CONATRAE (criada pelo Decreto Presidencial de 31 de julho de 2003), que será realizada no dia 18 de setembro de 2003.

6. As partes assumem o compromisso de manter sigilo sobre a identidade da vítima no momento da solenidade de reconhecimento de responsabilidade do Estado e em declarações públicas sobre o caso.¹⁴

O Brasil também se obrigou a aperfeiçoar a legislação nacional contra o trabalho escravo, o que se alcançou mediante a sanção da Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003. Esse diploma adveio do PLS 161/2002, que, uma vez sancionado, modificou a redação do art. 149 do Código Penal.¹⁵ No item IV do acordo se lê:

10. A fim de melhorar a Legislação Nacional, que tem como objetivo proibir a prática do trabalho escravo no país, o Estado brasileiro compromete-se a implementar as ações e as propostas de mudanças legislativas contidas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, e iniciado pelo Governo brasileiro em 11 de março de 2003.

11. O Estado brasileiro compromete-se a efetuar todos os esforços para a aprovação legislativa (i) do Projeto de Lei nº 2130-A, de 1996, que inclui, entre as infrações contra a ordem econômica, a utilização de mecanismos “ilegítimos da redução dos custos de produção como o não pagamento dos impostos trabalhistas e sociais, exploração do trabalho infantil, escravo o semiescravo”; e (ii) o Substitutivo apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra ao Projeto de Lei nº 5.693¹⁶ do Deputado Nelson Pellegrino, que modifica o artigo 149 do Código Penal Brasileiro.

12. Por último, o Estado brasileiro compromete-se a defender a determinação da competência federal para o julgamento do crime de redução análoga à de escravo, com o objetivo de evitar a impunidade. [...]

16. O Estado brasileiro compromete-se a diligenciar junto ao Ministério Público Federal, com o objetivo de ressaltar a importância da participação e acompanhamento das ações de fiscalização de trabalho escravo pelos Procuradores da República.¹⁷

A obrigação assumida pelo Brasil de sustentar a competência federal para o julgamento do crime do art. 149 do Código Penal acentua o ônus do Ministério Público Federal, da Polícia Federal, da Justiça Federal e dos Tribunais Regionais Federais no tocante à implementação da legislação contra o tráfico humano e o trabalho escravo. Como exemplo, no RHC 58.160/SP, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a competência era federal, desde o advento da Lei n. 10.803/2003, que alterou o art. 149 do Código Penal, quando se começou a entender que “o bem

14 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 95/93, de 24 de outubro de 2003, Caso 11.289. Solução Amistosa. José Pereira vs. Brasil. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

15 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 95/93, de 24 de outubro de 2003, Caso 11.289. Solução Amistosa. José Pereira vs. Brasil. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

16 Esse projeto foi apensado ao PL n. 7492/2002, que, na origem, era o PLS n. 161/2002, do então senador Waldeck Ornelas. O PL n. 7492/2002 resultou na Lei n. 10.803/2003, que alterou o art. 149 do CP.

17 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 95/93, de 24 de outubro de 2003, Caso 11.289. Solução Amistosa. José Pereira vs. Brasil. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

jurídico por ele tutelado deixou de ser apenas a liberdade individual, passando a abranger também a organização do trabalho, motivo pelo qual a competência para processá-lo e julgá-lo é, via de regra, da Justiça Federal”.¹⁸

O *Caso José Pereira* é considerado um marco regional porque foi a primeira vez que o Brasil reconheceu voluntariamente sua responsabilidade internacional perante o sistema interamericano. Também foi a primeira vez na qual um Estado da OEA foi considerado responsável por racismo institucional. O caso não foi encaminhado à Corte Interamericana para decisão porque, tendo ocorrido em 1997, não estava sujeito à jurisdição obrigatória da Corte, válida para o Brasil apenas a partir de 1998.

Digno de nota que, desde 2003, não só por vontade política autônoma do Estado brasileiro mas também em função de sua responsabilização internacional no *Caso José Pereira*, o marco institucional e normativo do País para o enfrentamento ao trabalho escravo e ao tráfico humano foi sensivelmente aperfeiçoado. Exemplos disto são a criação da Lista Suja de Trabalho Escravo, em 2004; a apresentação do II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, em 2008; a promulgação da Emenda Constitucional n. 81/2014, sobre expropriação de propriedades usadas em trabalho escravo; e a sanção da Lei n. 13.344/2016 do tráfico humano.

É preciso, todavia, enfrentar o tema também do ponto de vista processual, já que rotineiramente a prescrição tem sido invocada para impedir a tramitação de ações penais como a proposta no *Caso José Pereira*.¹⁹ Como se viu no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2016, o crime de escravidão contemporânea é imprescritível, segundo o direito internacional.

412. A Corte já indicou que a prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva em virtude do transcurso do tempo e, geralmente, limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar seus autores. Esta é uma garantia que deve ser devidamente observada pelo julgador para todo acusado de um delito. Sem prejuízo do anterior, a prescrição da ação penal é inadmissível quando assim o dispõe o Direito Internacional. Neste caso, a escravidão é considerada um delito de Direito Internacional, cuja proibição tem *status* de *jus cogens* (par. 249 supra). Além disso, a Corte indicou que não é admissível a invocação de figuras processuais como a prescrição, para evadir a obrigação de investigar e punir estes delitos. Para que o Estado satisfaça o dever de garantir adequadamente diversos direitos protegidos na Convenção, entre eles o direito de acesso à justiça, é necessário que cumpra seu dever de investigar, julgar e, se for o caso, punir estes fatos e reparar os danos causados. Para alcançar esse fim, o Estado deve observar o devido processo e garantir, entre outros, o princípio de prazo razoável, os recursos efetivos e o cumprimento da sentença.²⁰

De fato, a escravidão e suas formas análogas são consideradas delitos conforme o direito internacional, e sua proscrição é uma norma de *jus cogens*. Por isso, a Corte IDH considera que a prescrição dos delitos de sujeição a condição de escravo e espécies

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma), RHC 58.160/SP. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo (convocado do TJPE), j. em 6 ago. 2015.

19 A Ação Penal n. 0005216-83.2015.4.01.3901 foi proposta perante a 1ª Vara Federal de Marabá-PA. Em manifestação de 23 de março de 2018, o MPF se opôs ao pedido de decretação da prescrição.

20 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

equiparadas é incompatível “com a obrigação do Estado brasileiro de adaptar sua normativa interna de acordo aos padrões internacionais”. Desse modo, para a Corte, “a aplicação da prescrição constituiu um obstáculo para a investigação dos fatos, para a determinação e punição dos responsáveis e para a reparação das vítimas, apesar do caráter de delito de direito internacional que os fatos denunciados representavam”.²¹

9.1.2 · O CASO SIMONE ANDRÉ DINIZ (2006)

No Caso Simone André Diniz, apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2006, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente por violação aos direitos humanos da vítima num contexto de racismo institucional. A decisão diz respeito à limitação de acesso de uma mulher negra ao mercado de trabalho por motivo racial.²²

Em 1997, Aparecida Gisele Mota da Silva publicou na página de classificados do jornal *Folha de São Paulo* um anúncio de emprego.²³ Oferecia vaga de trabalho doméstico para pessoa “de preferência branca”. A pretendente à vaga, Simone Diniz, era uma mulher negra. O emprego lhe foi negado, o que configura discriminação racial, já àquela época vedada pela Lei n. 7.716/1989.

Infelizmente, o inquérito que apurou esse crime foi arquivado pelo Ministério Público de São Paulo. A Promotoria alegou que não houvera “qualquer ato de racismo” nem “base para oferecimento de denúncia”.

A Comissão Interamericana entendeu terem ocorrido violações à Convenção Americana de 1969 em detrimento da trabalhadora Simone André Diniz, e que o Brasil era internacionalmente responsável pelo ato. A Corte recordou que o dever de respeitar e garantir os direitos humanos contra agressões de terceiros também resulta do fato de que os Estados têm competência para instituir sua legislação, para regular as relações entre particulares. Portanto, os Estados “devem também velar para que nessas relações privadas entre terceiros se respeitem os direitos humanos”, do contrário, “o Estado pode resultar responsável pela violação dos direitos”.²⁴

Assim, embora o ato de discriminação racial tenha ocorrido numa relação havida entre particulares, o Estado brasileiro tinha duas obrigações internacionais inafastáveis. A primeira era a de “velar para que nessa relação fossem respeitados os direitos humanos das partes a fim de prevenir a ocorrência de uma violação”; e a segunda era a de,

21 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020. Vide § 413.

22 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n. 66/06, de 21 de outubro de 2006, Caso 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

23 CLASSIFICADOS. “Doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/ docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 mar. 1997.

24 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n. 66/06, de 21 de outubro de 2006, Caso 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020. Vide § 41.

“na eventualidade de haver a violação, buscar, diligentemente, investigar, processar e sancionar o autor da violação, nos termos requeridos pela Convenção Americana”.²⁵

A Comissão também se manifestou sobre o racismo institucional que marca a sociedade brasileira, atestando que se trata de um “obstáculo à aplicabilidade da lei antirracismo no Brasil”, tendo levado em conta declaração do então Secretário Executivo do Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra, Carlos Moura, segundo o qual “[d]a prova testemunhal, passando pelo inquérito na polícia até a decisão do Judiciário, há preconceito contra o negro. Os três níveis são incapazes de reconhecer o racismo contra o negro”. Tal tratamento desigual por motivos raciais funda-se na alegada dificuldade de policiais, membros do Ministério Público e juízes de provar o dolo de discriminar, sempre que o autor do crime nega tal intenção. Muitas autoridades dessas instituições costumam aceitar facilmente a tese de “mal entendido” ou “brincadeira”, o que faz com que poucos casos de racismo e discriminação cheguem a julgamento.²⁶

Do racismo institucional, que minimiza as violações e naturaliza a situação de desigualdade, resulta uma discriminação indireta, muito mais perniciosa que os insultos raciais em si, pois é uma prática estatal que “impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação”, causando um impacto negativo, de natureza dissuasória e duradoura, na população negra.²⁷

O dever internacional de investigar, processar e punir foi mais uma vez assentado pelos órgãos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, no qual aparece como direito das vítimas. Segundo a Comissão,

toda vítima de violação de direitos humanos deve ter assegurada uma investigação diligente e imparcial e, em havendo indícios de autoria do delito, deve ser iniciada a ação pertinente para que juiz competente, no marco de um processo justo, determine ou não ocorrência do crime.²⁸

Quando este dever não é cumprido pela Polícia ou pelo Ministério Público, inclusive em relação à discriminação racial, o Estado Brasileiro “viola flagrantemente o princípio da igualdade insculpido na Declaração e Convenção Americanas, as quais se obrigou a respeitar”.²⁹

No caso concreto, a Comissão asseverou que “excluir uma pessoa do acesso ao mercado de trabalho por sua raça constitui um ato de discriminação racial”, com base na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.³⁰ Segundo o artigo 1º da Convenção,

“discriminação racial” compreende qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha

25 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 43.

26 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide §§ 84 a 86.

27 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide §§ 87 e 88.

28 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 97.

29 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 98.

30 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06, vide § 99.

por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condição, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.³¹

Assim, se o Estado se omite e, com isso, permite que a discriminação racial, como violação de direitos humanos, permaneça impune, descumpra o artigo 24 da Convenção Americana,³² combinado com o artigo 1.1 do mesmo tratado,³³ por ofensa ao princípio da igualdade e do correlato direito a igual proteção perante a lei.³⁴

Tal omissão das autoridades brasileiras em dar curso à persecução penal de forma “diligente e adequada” cria o risco de reproduzir o racismo institucional, no qual “o Poder Judiciário é visto pela comunidade afrodescendente como um poder racista, como também resulta grave pelo impacto que tem sobre a sociedade na medida em que a impunidade estimula a prática do racismo”.³⁵ Tal quadro não deve perdurar, o que reclama, na visão da CIDH, a conscientização institucional do Poder Judiciário para “tornar efetivo o combate à discriminação racial e ao racismo”.³⁶

Pelo fato de a vítima ter sido submetida a tratamento desigual pelas autoridades brasileiras de persecução criminal, em um ambiente de racismo institucional, a Comissão concluiu que “o Estado brasileiro violou o artigo 24 da Convenção Americana, em face de Simone André Diniz”³⁷ e que o Estado “falhou no cumprimento de sua obrigação de administrar a justiça” à vítima, que fora discriminada em razão de sua cor. Em suma, o Brasil “não cumpriu sua obrigação convencional de, eficaz e adequadamente investigar, processar, sancionar e buscar o restabelecimento do direito violado”.³⁸

A omissão do Ministério Público e do Poder Judiciário é retratada no exame do procedimento adotado pela Promotoria de Justiça e pelo Juízo de Direito, na comarca de São Paulo, à luz do art. 28 do CPP:

122. A Comissão tem conhecimento que a lei processual penal brasileira estabelece que o Ministério Público poderá pedir o arquivamento de uma denúncia penal quando não encontrar elementos que possam indicar a ocorrência de crime e o juiz, apesar de não estar obrigado, poderá determinar esse arquivamento. Entretanto, tal decisão não pode ser incongruente com o comando constitucional brasileiro que garante a apreciação do Judiciário para toda lesão ou ameaça de direito. Como também não pode ferir o comando convencional que garante a

31 Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 65.810/1969.

32 O artigo 24 da Convenção trata da “igualdade perante a lei”, determinando: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

33 Diz este dispositivo da Convenção Americana: “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

34 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 100.

35 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 107.

36 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 108.

37 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 109.

38 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 113.

toda pessoa não somente o direito a um recurso efetivo mas também o direito ao desenvolvimento da possibilidade de recurso judicial.³⁹

Embora se tratasse inicialmente de uma questão entre particulares, em suas relações privadas, a responsabilidade internacional do Brasil apresentou-se “em razão de seu compromisso internacional de prevenir e combater a discriminação racial”, incumbindo-lhe “a obrigação adicional de tomar todas as medidas necessárias para estabelecer se nos fatos denunciados por Simone André Diniz, houve ou não a prática de racismo e discriminação racial”. Para a Comissão, a instauração do inquérito policial não eximiu o Estado brasileiro de sua responsabilidade por negar acesso à justiça a Simone André Diniz, pois o inquérito “não era remédio jurídico adequado e eficaz para processar, sancionar e reparar uma denúncia de violação de direitos humanos, de acordo com os padrões convencionais”. Afirmou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que

o meio jurídico idôneo seria a ação penal pública, instaurada pelo Ministério Público, que conferiria ao juiz o poder de, havendo indícios da ocorrência do crime, julgar o autor da violação e eventualmente condená-lo, o que não ocorreu no particular.⁴⁰

Por tais razões, a Comissão entendeu que o Estado brasileiro também violou os artigos 8.1 e 25, combinados com o artigo 1.1, da Convenção Americana,⁴¹ em face de Simone André Diniz, “por não haver iniciado a ação penal pertinente para apurar denúncia de discriminação racial sofrida por esta”.⁴²

Em função das violações estatais ao direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais, a Comissão expediu doze recomendações ao Estado brasileiro:

1. Reparar plenamente a vítima Simone André Diniz, considerando tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório de mérito e, em especial;
2. Reconhecer publicamente a responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos de Simone André Diniz;
3. Conceder apoio financeiro à vítima para que esta possa iniciar e concluir curso superior;
4. Estabelecer um valor pecuniário a ser pago à vítima à título de indenização por danos morais;

39 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide §§ 128 e 130.

40 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 122.

41 O artigo 8.1 da Convenção regula as garantias judiciais: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Já o artigo 25 da Convenção trata da “proteção judicial”, asseverando que “[t]oda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

42 Os comissionados José Zalaquett e Evelio Fernández Arévalos divergiram: “Nossa opinião a respeito é que, no marco das circunstâncias fáticas e jurídicas específicas do presente caso, as atuações policiais, do Ministério Público e do Poder Judicial brasileiros constituíram em seu conjunto uma resposta que não chega a configurar violação aos artigos 8, 25 e 1(1) da Convenção Americana”.

5. Realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação antirracismo seja efetiva, com o fim de sanar os obstáculos demonstrados nos parágrafos 78 e 94 do presente relatório;
6. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer e sancionar a responsabilidade a respeito dos fatos relacionados com a discriminação racial sofrida por Simone André Diniz;⁴³
7. Adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo;
8. Promover um encontro com organismos representantes da imprensa brasileira, com a participação dos peticionários, com o fim de elaborar um compromisso para evitar a publicidade de denúncias de cunho racista, tudo de acordo com a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão;
9. Organizar Seminários estaduais com representantes do Poder Judiciário, Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública locais com o objetivo de fortalecer a proteção contra a discriminação racial e o racismo;
10. Solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial;
11. Solicitar aos Ministérios Públicos Estaduais a criação de Promotorias Públicas Estaduais Especializadas no combate ao racismo e à discriminação racial;
12. Promover campanhas publicitárias contra a discriminação racial e o racismo.⁴⁴

9.2 · OITO CASOS JULGADOS PELA CORTE INTERAMERICANA CONTRA O BRASIL

Em 2002, com base no Decreto n. 4.463/2002 e no artigo 62.1 da CADH, o Brasil passou a reconhecer a jurisdição obrigatória da CIDH, o que significa que o País deve cumprir as decisões da Corte IDH, inclusive as obrigações de fazer que resultem de suas sentenças:

Art. 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (Decreto n. 4.463/2002).

A data de 10 de dezembro de 1998 não é aleatória. Foi naquele dia que ocorreu o depósito da declaração unilateral brasileira de reconhecimento da jurisdição da Corte, evento que passou a servir como marco inicial da incidência dessa regra em

43 Essa recomendação deveria ter levado o Brasil a rever o disposto no art. 18 do CPP, que só permite o desarquivamento de inquéritos policiais em surgindo novas provas. É necessário estabelecer previsão legal para que o Ministério Público possa retomar apurações criminais em cumprimento a deliberações dos órgãos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Ôbice semelhante viu-se no Caso Sétimo Garibaldi, julgado pela Corte Interamericana. É preciso também rever a Súmula 524 do STF, segundo a qual “[a]rquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

44 Caso Simone André Diniz, Relatório 66/06; vide § 146.

relação ao Brasil. Os fatos anteriores a dezembro de 1998 não podem ser julgados pela CIDH quanto ao Brasil, salvo se as violações se protraírem no tempo.

Até agora o Brasil sofreu oito condenações pela Corte IDH, que se deram nos seguintes casos:

CONDENAÇÕES DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA

CASO	TEMA	DATA DOS FATOS	LOCAL	DATA DA SENTENÇA
(Damião) Ximenes Lopes	Homicídio	1999	Ceará	04/07/2006
Escher e Outros	Escutas ilegais	1999	Paraná	06/07/2009
(Sétimo) Garibaldi	Homicídio	1998	Paraná	23/09/2009
Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia)	Desaparecimento forçado e homicídio	1973 e 1974	Goiás (atual Tocantins), Maranhão e Pará	24/11/2010
Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde	Trabalho escravo	1997 e 2000	Pará	20/10/2016
Favela Nova Brasília	Homicídios	1994 e 1995	Rio de Janeiro	16/02/2017
Povo Indígena Xucuru e seus Membros	Direito à propriedade da terra	1989	Pernambuco	05/02/2018
Herzog e Outros	Tortura e homicídio	1975	São Paulo	15/03/2018

9.2.1 · O CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL (2006)

O Caso Damião Ximenes Lopes (*Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*) é o primeiro processo que resultou em condenação do Brasil. Ali estava em discussão o direito à integridade física e psíquica de pessoa humana com deficiência. Em novembro de 1999, o paciente psiquiátrico Damião Ximenes Lopes foi torturado e morto na Casa de Repouso Guararapes, clínica conveniada ao SUS, localizada na cidade de Sobral/CE. Na sentença de julho de 2006, a Corte Interamericana condenou o Brasil a indenizar os familiares da vítima e a levar a julgamento os responsáveis pelo crime.⁴⁵

De fato, na sentença interamericana, a Corte decidiu que o Estado brasileiro violou, em detrimento de Damião Ximenes Lopes, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados na Convenção Americana. Violou também, em prejuízo de Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares de Damião Ximenes Lopes, as garantias judiciais e o direito à proteção judicial previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção.⁴⁶

Mediante o Decreto n. 6.185/2007, a União cumpriu a obrigação de indenizar e autorizou o pagamento de R\$ 280.532,85 a familiares da vítima, isto é, dois irmãos e seus pais. Em 2009, a Justiça estadual cearense condenou os seis responsáveis pelo

45 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

crime de maus-tratos (art. 136, § 2º, do CP), entre eles médicos e enfermeiros, a penas de seis anos de reclusão.

9.2.2 · O CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL (2009)

O *Caso Escher e outros vs. Brasil* foi julgado pela Corte IDH em julho de 2009. A sentença teve como objeto o direito à intimidade e ao devido processo legal e resultou na segunda condenação do País pela Corte Interamericana. Um major da Polícia Militar do Paraná solicitou à juíza Elizabeth Kather, da comarca de Loanda, a interceptação de terminais telefônicos utilizados por uma cooperativa de trabalhadores rurais ligados ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). As escutas, que duraram 49 dias, teriam sido realizadas sem o cumprimento dos requisitos do art. 5º, inciso XII, da Constituição e da Lei n. 9.296/1996. Em 2000, o MST, a Justiça Global, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), a ONG Terra de Direitos e a Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP) levaram o fato ao conhecimento da Comissão Interamericana, que, por sua vez, submeteu o caso à Corte. A Corte IDH considerou o Estado brasileiro culpado pela instalação dos grampos, pela divulgação ilegal das gravações e pela impunidade dos responsáveis pela sua implantação.⁴⁷

Realmente, na parte dispositiva, a Corte assentou que o Estado violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecidos no artigo 11 da Convenção Americana, tendo como vítimas Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pela interceptação, gravação e divulgação das suas conversas telefônicas.

146. A Corte conclui que as interceptações e gravações das conversas telefônicas objeto deste caso não observaram os artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º da Lei N.º 9.296/96 e, por isso, não estavam fundadas em lei. Em consequência, ao descumprir o requisito de legalidade, não resulta necessário continuar com a análise quanto à finalidade e à necessidade da interceptação. Com base no anterior, a Corte conclui que o Estado violou o direito à vida privada, reconhecido no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com a obrigação consagrada no artigo 1.1 do mesmo tratado em prejuízo de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni.⁴⁸

Ademais, segundo a Corte, as escutas clandestinas representaram uma intervenção indevida nas associações de que as vítimas eram integrantes, razão pela qual o Estado brasileiro violou a liberdade de associação reconhecida no artigo 16 da Convenção Americana.⁴⁹

47 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

Mediante o Decreto n. 7.158/2010, a União indenizou as cinco vítimas em US\$ 22 mil dólares para cada uma, em cumprimento ao § 261 da sentença interamericana.

9.2.3 · O CASO SÉTIMO GARIBALDI (2009)

Em setembro de 2009, veio a terceira condenação do País pela Corte IDH. Deu-se no *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Estavam em questão o direito à vida e os deveres estatais de persecução criminal e de prestação jurisdicional em tempo razoável. Em novembro de 1998, o trabalhador rural Sétimo Garibaldi foi morto por pistoleiros encapuzados num acampamento do MST na Fazenda São Francisco, município de Querência do Norte, na comarca de Loanda-PR.

Em 2003, as ONGs Terra de Direitos e Justiça Global, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST) e a Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP) denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Após a condenação, o Decreto n. 7.307/2010 determinou que a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência providenciasse o pagamento de indenização à família de Garibaldi, em cumprimento ao § 201 da sentença.⁵⁰ Pelo Decreto, a União pagou indenizações à esposa e aos seis filhos de Sétimo Garibaldi, no total de US\$ 179.000,02.

A Corte IDH também ordenou a conclusão do inquérito e a responsabilização dos servidores públicos que conduziram a apuração inicial. O suposto mandante e os alegados executores do crime não foram processados pelo Ministério Público do Estado do Paraná, que promoveu o arquivamento do inquérito policial em 2004, o que foi aceito pela juíza de Direito Elisabeth Khater. Infelizmente, os recursos interpostos não lograram êxito, e o STJ manteve o arquivamento ao julgar o REsp 1.351.177/PR em 2016.⁵¹

9.2.4 · O CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL (2010)

O caso da Guerrilha do Araguaia (*Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil*), julgado por sentença em novembro de 2010, representa a quarta condenação do Brasil. A Corte IDH considerou o Estado brasileiro culpado pelas mortes e desaparecimentos ocorridos na região do Bico do Papagaio, nas divisas do Maranhão, Pará e Tocantins nos anos 1970, tendo como vítimas militantes do PCdoB. O Brasil também foi punido por denegação de Justiça. O processo na Comissão Interamericana originou-se em 1995 por iniciativa do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Americas e foi submetido à Corte em 2009.

Após assentar que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impeçam a investigação e a punição de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis a Corte concluiu que o Estado brasileiro é

50 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma) REsp 1.351.177/PR. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, j. em 15 jun. 2016.

responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das pessoas indicadas no processo.⁵²

9.2.5 · O CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL (2016)

No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado em 2016, a Corte IDH entendeu que nosso País violou o direito de liberdade (especificamente o direito de não ser submetido a qualquer forma de escravidão ou servidão), o direito de acesso à justiça e a garantias judiciais e o direito à razoável duração do processo das 85 vítimas escravizadas no ano 2000 na Fazenda Brasil Verde, situada no Município de Sapucaia, no Estado do Pará, e também os direitos de outros 43 trabalhadores que foram resgatados na mesma propriedade em 1997, e que tampouco receberam proteção judicial adequada, o que equivaleu a negar-lhes acesso à Justiça.

A fazenda pertencia a João Luiz Quagliato Neto, um dos maiores criadores de gado do Norte do País. Tem-se notícia de que as violações aos direitos dos trabalhadores naquela propriedade rural remontam aos anos 1980.

A Sentença, proferida pela Corte Interamericana em 20 de outubro de 2016, resulta de petição apresentada em 1998 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Comissão Pastoral da Terra à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em Washington (Caso 12.066). Ao encerrar sua investigação, a Comissão submeteu a questão à Corte em março de 2015, tendo advindo a quinta condenação do Brasil no sistema interamericano.⁵³

9.2.6 · O CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL (2017)

Em 2017, foi julgado o *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Duas chacinas ocorreram naquela comunidade carente, situada no complexo do Alemão, em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995. Os fatos são atribuídos a policiais do Rio de Janeiro, e poderiam ser classificados como homicídio de 26 pessoas, tortura (mas nossa lei é de 1997), estupro de três adolescentes e abuso de autoridade.

A Corte determinou as reparações devidas, ordenou a reabertura das investigações e recomendou à PGR que examinasse o cabimento de incidente de deslocamento de competência (IDC) para a federalização da causa.⁵⁴

52 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

53 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

9.2.7 · O CASO DO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL (2018).

Em 2018, ao sentenciar o *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil*, a Corte IDH tratou do direito à propriedade coletiva da terra. A comunidade indígena Xucuru, perto de Pesqueira, em Pernambuco, aguardava havia mais de uma década a demarcação de suas terras. O governo demorou 16 anos para reconhecer a titularidade da terra e demarcá-la, e para retirar invasores dali (desintrusão).

O Brasil também foi condenado por negar-lhes proteção judicial. Em razão da sentença, o Estado brasileiro foi condenado a complementar o procedimento para assegurar os direitos dos indígenas e a pagar as indenizações devidas aos posseiros.⁵⁵

9.2.8 · O CASO HERZOG E OUTROS VS. BRASIL (2018)

Em sua sentença de 2018, no *Caso Herzog*, a Corte determinou que os fatos ocorridos contra o jornalista Vladimir Herzog na sede do DOI-Codi, em São Paulo, devem ser considerados crime contra a humanidade, de acordo com a definição do direito internacional.

Para a Corte IDH, o Brasil não pode invocar a prescrição ou aplicar o princípio *ne bis in idem*, a Lei de Anistia ou qualquer outra disposição similar do direito interno para escusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis pelos crimes de que foi vítima Vladimir Herzog. Esses delitos foram “cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil”.

Na sentença, a Corte ordenou, por unanimidade, várias medidas de reparação, entre elas o dever do Estado brasileiro de retomar a investigação criminal e de dar início a ação penal sobre os fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, com o fim de identificar, processar e, em sendo o caso, punir as pessoas responsáveis pela tortura e pelo homicídio do jornalista Vladimir Herzog.

O Estado brasileiro também foi condenado a adotar medidas idôneas “para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais”. Isso inclui, evidentemente, a aprovação de legislação específica que altere, no ponto, o art. 109 do Código Penal.⁵⁶

9.2.9 · O CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS EM SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL (2020)

Na sentença proferida em 15 de julho de 2020, no caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*, a Corte Interamericana tratou da explosão de uma fábrica de produtos pirotécnicos que resultou na morte de 60 pessoas, sendo 22 crianças, e causou lesões em 6 vítimas sobreviventes. O fato ocorreu em Santo Antônio de Jesus, uma cidade do Recôncavo baiano, em 11 de dezembro de 1998.

55 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

56 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e Outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

A Corte IDH lidou com os direitos à vida, à integridade pessoal, à proteção integral de crianças e adolescentes, assim como com o direito a adequadas condições de trabalho (meio ambiente do trabalho) e com a proibição do trabalho infantil. Além de determinar a apuração das violações diretamente causadas pelos proprietários da fábrica de fogos, a Corte reputou haver responsabilidade internacional do Brasil por omissão da fiscalização das condições de funcionamento da fábrica, por violação das garantias de acesso à justiça e por falta de diligência devida em prazo razoável em relação a processos penais, trabalhistas e cíveis relacionados à explosão.⁵⁷

Seguem trechos relevantes da sentença interamericana contra o Brasil:

216. *Este Tribunal ha reiterado que las garantías judiciales comprendidas en el artículo 8.1 de la Convención están íntimamente vinculadas al debido proceso legal, el cual “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. El artículo 25 de la Convención, a su vez, se refiere a “la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente”.*

217. *Los artículos 8, 25 y 1.1 se encuentran interrelacionados en la medida que “[l]os [...] recursos judiciales efectivos [...] deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, [...] dentro de la obligación general a cargo de los [...] Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)”. La efectividad de los recursos debe evaluarse en el caso particular teniendo en cuenta si “existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación”. El acceso a la justicia puede ser verificado cuando el Estado garantiza, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se lleven a cabo todas las medidas necesarias para conocer la verdad de lo sucedido y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.*

218. *En este sentido, la Corte recuerda que los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho de obtener respuesta a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales, ya que la eficacia del recurso implica una obligación positiva de proporcionar una respuesta en un plazo razonable. [...]*

220. *La Corte ha indicado, haciendo referencia a la debida diligencia en procesos penales, que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos. Igualmente, que la impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales del Estado, como individuales – penales y de otra índole – de sus agentes o de particulares, de modo que para cumplir esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad.*

221. *Como resulta de los hechos probados en el presente caso, la explosión de la fábrica de fuegos artificiales en Santo Antônio de Jesus, sucedida el 11 de diciembre de 1998, generó la apertura de procesos en las instancias administrativa, penal,*

57 CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Empleados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/empleados_de_la_fabrica_de_fuegos.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

*civil, y laboral. La Corte entiende que la debida diligencia estará demostrada en el proceso penal si el Estado logra demostrar que ha emprendido todos los esfuerzos, en un tiempo razonable, para permitir la determinación de la verdad, la identificación y sanción de todos los responsables, sean particulares o funcionarios del Estado. En cuanto a los procesos civiles por daños, la debida diligencia se verifica por medio del análisis de las actuaciones de las autoridades estatales (jueces y miembros de la Fiscalía) en el sentido de conducir los procedimientos de forma sencilla y celeridad con el fin de identificar los agentes que causaron los daños y, en su caso, reparar adecuadamente a las víctimas. El examen de la debida diligencia en los procesos laborales debe tomar en consideración las medidas adoptadas por las autoridades judiciales para establecer el vínculo laboral entre los trabajadores y trabajadoras de la fábrica de fuegos con los dueños, identificar los montos debidos y determinar y ejecutar el pago de dichos valores.*⁵⁸

Na sentença, ao tratar das vítimas da explosão, a Corte IDH ressaltou que “a demora excessiva e a impunidade agravaram sua situação, especialmente em razão da condição de extrema vulnerabilidade pela situação de pobreza e discriminação estrutural em que se encontravam”.⁵⁹

Para a Corte, a

falta de devida diligência se identifica especialmente nos atrasos injustificados das autoridades judiciais em processar os diversos recursos interpostos pelos acusados, nos problemas com as movimentações equivocadas dos autos e nos erros quanto à intimação da decisão de segunda instância aos defensores dos acusados, o que levou à anulação daquela sentença.⁶⁰

Por fim, neste ponto, a Corte IDH afirmou que o Estado brasileiro não deu uma justificativa aceitável para os longos períodos de tempo nos quais não houve movimentação processual por parte das autoridades judiciais e para a “demora prolongada do processo penal”. Tendo isso em conta, a Corte IDH afirmou que “a demora de quase 22 anos sem uma decisão definitiva configurou falta de razoabilidade no prazo por parte do Estado para levar a termo o processo penal”, revelando a falta de diligência das autoridades judiciais baianas quanto ao encerramento da persecução penal.⁶¹

A falta de diligência devida e a mora processual também foram reconhecidas pela Corte nos processos civis e trabalhistas, o que levou o tribunal a asseverar que o Brasil “é responsável pela violação do direito à proteção judicial, previsto no art. 25 da Convenção Americana”, assim como pela violação à garantia judicial da razoável duração do processo, prevista no artigo 8.1 da Convenção, em prejuízo de seis vítimas sobreviventes e de cem familiares das vítimas falecidas.⁶²

58 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020).

59 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020), vide § 229.

60 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020), vide § 230.

61 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020), vide § 231.

62 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020), vide § 247.

Por isso, a Corte IDH ressaltou que “as vítimas ou seus familiares têm direito a que se faça todo o necessário para conhecer-se a verdade do ocorrido e a que se investigue, julgue e, se for o caso, puna os eventuais responsáveis”.⁶³

Noutro ponto importante, tendo em conta que o caso por ela julgado diz respeito à temática de empresas e direitos humanos, a Corte IDH estimou pertinente determinar ao Brasil que

no prazo de um ano apresente um informe sobre a implementação e aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, especialmente no que tange à promoção e o apoio a medidas de inclusão e não discriminação mediante a criação de programas de incentivos para a contratação de grupos vulneráveis; a implementação por parte das empresas de atividades educativas em direitos humanos, com a difusão da legislação nacional e os parâmetros internacionais e um enfoque nas normas relevantes para a prática das pessoas e os riscos para os direitos humanos.⁶⁴

9.2.10 · O CASO NOGUEIRA DE CARVALHO VS. BRASIL (2006)

Se foram oito as condenações pela Corte IDH, houve também um processo julgado improcedente, por sentença proferida em 28 de novembro de 2006. Trata-se do *Caso Nogueira de Carvalho vs. Brasil*. Alegava-se que o homicídio do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho não fora devidamente apurado, violando-se o direito de acesso à justiça. A Corte não acolheu os argumentos dos petionários:

2. Em virtude do limitado suporte fático de que dispõe a Corte, não ficou demonstrado que o Estado tenha violado no presente caso os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelas razões expostas nos parágrafos 74 a 81 da presente Sentença.⁶⁵

10 · CONCLUSÃO

Mais de meio século depois da conclusão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a situação dos direitos fundamentais neste hemisfério continua preocupante. Apesar dos grandes avanços legislativos e institucionais na região, inclusive no Brasil, especialmente a partir dos anos 1990, ainda há reiteradas violações da Carta da OEA, da Declaração Americana e do Pacto de São José nos países do continente. Há também severa instabilidade política em vários dos países americanos, o que é outro fator que catalisa violações aos direitos da pessoa humana.

O conjunto de casos decididos pela Comissão ou julgados pela Corte Interamericana em relação ao Brasil mostra uma variada gama de violações, desde a

63 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020), vide § 266.

64 Caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil* (2020), vide § 291.

65 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nogueira de Carvalho e Outros vs. Brasil*. Sentença de 28 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

violência contra a mulher até o trabalho escravo, passando por ofensas à intimidade, pelo racismo e por execuções extrajudiciais praticadas por grupos de extermínio.

Desde 1998, o País sofreu oito condenações da Corte Interamericana, seja por fatos atribuídos à Polícia, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, mas também por ações ou omissões ou mora atribuíveis a órgãos ou entidades específicas do Poder Executivo, como forças de segurança e a Funai. O cumprimento das sentenças interamericanas tem sido um problema à parte, havendo notória falta de *compliance* por parte do Estado brasileiro.

Isoladamente o sistema interamericano não tem condições de resolver ou adjudicar todas as violações que ocorrem continuamente nos Estados-Partes da Carta e da Convenção. Cabe precipuamente às instituições estatais, sobretudo aos órgãos do sistema de justiça, velar pelo respeito aos direitos humanos nos países da região, mediante a aplicação do direito interno, mas sempre tendo em conta o marco normativo regional e os precedentes da Corte e da Comissão.

REFERÊNCIAS

MAZZUOLI, Valério de O. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018a.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.

PORTELA, Paulo Henrique G. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Obra composta em Myriad Pro e Minion Pro
e impressa em papel Pólen Soft 70 g/m²
pela Gráfica e Editora Qualytá Ltda. · Brasília-DF
qualyta@qualytadf.com.br
Tiragem: 900 exemplares
Distribuição gratuita. Venda proibida.