

SÉRIE PROFESSOR EDVALDO BRITO

Paradigmas atuais do conhecimento jurídico

Dirley da Cunha Júnior
Organizador



Este livro reúne 18 artigos científicos apresentados pelos mestrandos e doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, como última etapa de avaliação da disciplina "Paradigmas Atuais do Conhecimento Jurídico", semestre 2020.2.

Resulta dos importantes diálogos e reflexões envolvendo renomados autores, a exemplo de Alexy, Dworkin, Amartya Sen e John Rawls, a respeito de variados temas, como a teoria da justiça, a teoria constitucional dos direitos humanos, a teoria dos princípios, a jurisdição constitucional, além de outros sobre o poder da internet e os seus impactos no direito, o papel da mídia no controle social do feminicídio e o direito animal.

A obra é plural e compreende abordagens caracterizadas pela ampla diversidade de ideias e proposições.

Aline Santana Alves
Amanda Gonçalves Prado Quaresma
André Gomes Pereira
Antonina Gallotti Lima Leão
Armenio Alberto Rodrigues da Roda
Caio Oliveira dos Santos
Camila Miranda Sousa Race
Christianne Moreira Moraes Gurgel
Dheborá Mendonça de Cerqueira
Dirley da Cunha Júnior
Fernanda Rêgo Oliveira Dias
Flávvyá Wanessa Abreu Marques
Helenilson Santos Bispo
João Hora Neto
Juliana Nascimento da Silva
Laura Lucia da Silva Amorim
Maria Beatriz Aragão Santos
Moacir Silva do Nascimento Júnior
Patrícia de Menezes Brandão
Rodolfo Pamplona Filho
Vanessa Santana de Jesus Souza

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

REITOR

João Carlos Salles Pires da Silva

VICE-REITOR

Paulo Cesar Miguez de Oliveira



EDITORA DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DA BAHIA

DIRETORA

Flávia Goulart Mota Garcia Rosa

CONSELHO EDITORIAL

Alberto Brum Novaes

Angelo Szaniecki Perret Serpa

Caiuby Alves da Costa

Charbel Niño El-Hani

Cleise Furtado Mendes

Evelina de Carvalho Sá Hoisel

Maria do Carmo Soares de Freitas

Maria Vidal de Negreiros Camargo

Apoio:

Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFBA)

Proap/Capes

Dirley da Cunha Júnior
Organizador

Paradigmas atuais do conhecimento jurídico

*Aline Santana Alves, Amanda Gonçalves Prado Quaresma,
André Gomes Pereira, Antonina Gallotti Lima Leão,
Armenio Alberto Rodrigues da Roda, Caio Oliveira dos Santos,
Camila Miranda Sousa Race, Christianne Moreira Moraes Gurgel,
Dheborá Mendonça de Cerqueira, Dirley da Cunha Júnior,
Fernanda Rêgo Oliveira Dias, Flávvyá Wanessa Abreu Marques,
Helenilson Santos Bispo, João Hora Neto, Juliana Nascimento da Silva,
Laura Lucia da Silva Amorim, Maria Beatriz Aragão Santos,
Moacir Silva do Nascimento Júnior, Patrícia de Menezes Brandão,
Rodolfo Pamplona Filho, Vanessa Santana de Jesus Souza*

Autores

Salvador
Edufba
2022

2022, autores.

Direitos para esta edição cedidos à Edufba.

Feito o Depósito Legal.

Grafia atualizada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, em vigor no Brasil desde 2009.

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Susane Santos Barros

CAPA E PROJETO GRÁFICO

Gabriela Nascimento

COORDENAÇÃO GRÁFICA

Edson Sales

EDITORAÇÃO

Zeta Studio

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Gabriela Nascimento

REVISÃO E NORMALIZAÇÃO

Tikinet Edição LTDA.

Sistema Universitário de Bibliotecas – UFBA

P222 Paradigmas atuais do conhecimento jurídico / Dirley da Cunha Júnior, organizador; autores Aline Santana Alves ... [et al]. - Salvador: EDUFBA, 2022.

554 p. :il. (Série Professor Edvaldo Brito).

ISBN: 978-65-5630-292-8

1. Direito – Séc. XXI. 2. Jurisprudência. 3. Crítica jurídica.

I. Cunha Júnior, Dirley da. II. Alves, Aline Santana.

CDU: 340

Elaborada por Geovana Soares Lira CRB-5: BA-001975/O

EDITORA AFILIADA À



Edufba

Rua Barão de Jeremoabo, s/n, Campus de Ondina

Salvador - Bahia CEP 40170-115 Tel: +55 (71) 3283-6164

www.edufba.ufba.br | edufba@ufba.br

Sumário

Apresentação ... 9

Dirley da Cunha Júnior

O poder da internet e os seus impactos no direito ... 11

Aline Santana Alves

O papel da mídia no controle social do feminicídio: um estudo sobre o tratamento dado pela imprensa baiana ... 37

Amanda Gonçalves Prado Quaresma

A proteção constitucional à liberdade religiosa aos adventistas em relação à profissão militar ... 72

André Gomes Pereira

A constelação sistêmica como mecanismo de acesso à justiça em conflitos criminais ... 89

Antonina Gallotti Lima Leão

Maria Beatriz Aragão Santos

O papel do judiciário para o acesso à saúde em Moçambique: entre a corrupção sistêmica e a desculpa do princípio da reserva do possível ... 126

Arménio Alberto Rodrigues da Roda

Feminicídio: face da violência de gênero e raça no Brasil ... 158

Camila Miranda Sousa Race

A justiciabilidade dos direitos sociais na perspectiva das cortes internacionais: uma análise do caso

Lagos del Campo vs. Peru ... 189

Dhebora Mendonça de Cerqueira

**O estado democrático-constitucional de direito no Brasil.
Avanços e perspectivas do discurso jusfundamental da efetividade
da constituição e dos direitos fundamentais ... 220**

Dirley da Cunha Júnior

Animais não humanos como sujeitos de direitos ... 271

Dirley da Cunha Júnior

Caio Oliveira dos Santos

**A dificuldade da tutela aos direitos fundamentais de liberdade,
privacidade e intimidade diante do monitoramento digital e
do tratamento de dados pessoais ... 290**

Fernanda Rêgo Oliveira Dias 290

**A precarização do trabalho como afronta ao direito
ao trabalho digno ... 309**

Flávvyva Wanessa Abreu Marques

**A reforma da previdência e o princípio da proibição de
retrocesso social: breve análise das regras de transição definidas
na EC 103/2019 ... 334**

Helenilson Santos Bispo

**O juízo discricionário da boa-fé objetiva e
o panprincipiologismo ... 373**

Rodolfo Pamplona Filho

João Hora Neto

Teoria da justiça e direitos dos animais ... 410

Juliana Nascimento da Silva

**Direitos humanos e acurácia: ética como equilíbrio dinâmico no
jogo inteligência artificial contra obsolescência humana ... 433**

Laura Lucia da Silva Amorim

As vítimas de violência sexual e as redes sociais ... 458

Moacir Silva do Nascimento Júnior

Dirley da Cunha Júnior

O acesso à justiça à luz do princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva de trabalho ... 492

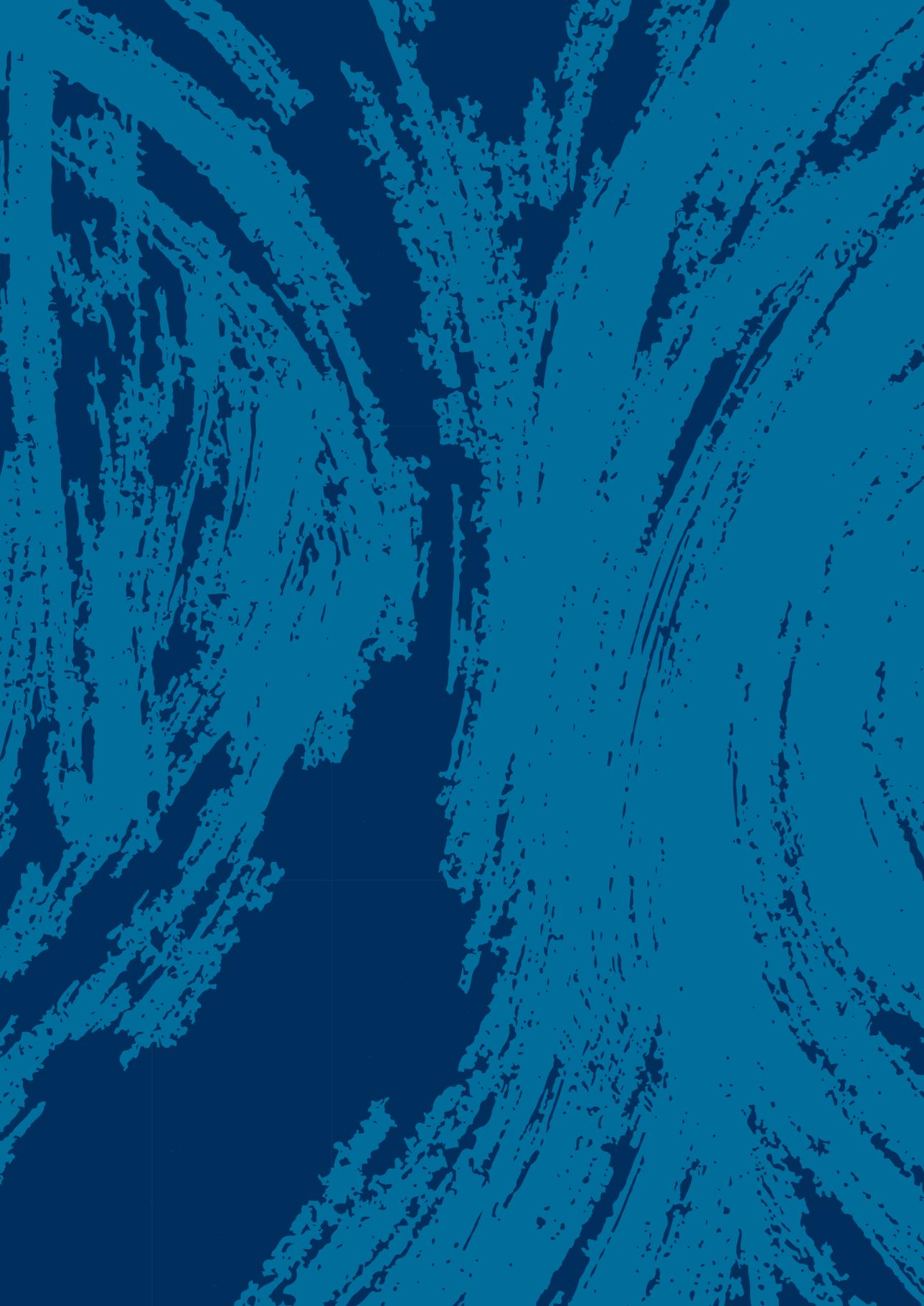
Patrícia de Menezes Brandão

Christianne Moreira Moraes Gurgel

Desobediência civil em tempos de covid-19: a democracia admite a liberdade de se insurgir contra normas de saúde pública? ... 517

Vanessa Santana de Jesus Souza

Sobre os autores ... 550



APRESENTAÇÃO

“Sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade ...”

Raul Seixas

Pois, sim! Sonhamos juntos, meus queridos alunos do Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, da disciplina “Paradigmas Atuais do Conhecimento Jurídico”, semestre 2020.2.

Sonhamos juntos e vejam o resultado: esta coletânea que reúne os brilhantes artigos científicos apresentados como a última etapa de avaliação da disciplina. Começamos juntos, caminhamos juntos, sonhamos juntos e construímos juntos! E repito: vejam o resultado!

Como professor da disciplina, digo-lhes que valeu muito a pena. Valeram muito os nossos encontros semanais, ainda que no formato virtual. Fui privilegiado, ao longo de todo o semestre, com todos os seminários e debates das nossas quartas-feiras, que promoveram importantes diálogos e reflexões sobre renomados autores, nomeadamente, Alexy e Dworkin, John Rawls e Amartya Sen.

E desses debates e reflexões nasceu esta coletânea.

Enfim, queridos alunos-autores e caros leitores, nesta apresentação, só posso dizer que, com todas as dificuldades impostas pelo atípico semestre, conseguimos!

Senhoras e senhores, apresento-lhes esta excelente obra, desejando uma maravilhosa leitura.

Porém a nossa caminhada é infinita, pois como vaticinou Santo Agostinho, “Mesmo que tu já tenhas feito uma longa caminhada, há sempre um caminho a fazer”.

Muito obrigado.

Dirley da Cunha Júnior

Organizador

O PODER DA INTERNET E OS SEUS IMPACTOS NO DIREITO

Aline Santana Alves

Introdução

A curiosidade é uma característica propulsora de inúmeras descobertas, sendo igualmente indispensável para o estabelecimento de interações sociais. Porém quais são os limites éticos e socialmente necessários para que haja um equilíbrio saudável entre a curiosidade coletiva e a privacidade individual? Onde entra também a proteção de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos?

Um exemplo dessa problemática é visto nos *reality shows*, que tanto revolucionaram o jeito de fazer televisão em diversos países. Esses programas atestam o quanto a vida alheia tem o poder de captar o interesse dos mais variados grupos. Se antes eram os *paparazzi* e uma parte da imprensa que cuidavam dessa demanda de curiosos, agora é muito mais fácil garantir oferta para esse mercado. Muitas vezes até de forma espontânea.

Com a internet, especialmente pelo uso incessante de redes sociais e aplicativos de bate-papo, tudo que outrora era privado transborda pelas telas de *tablets*, *notebooks* e *smartphones*. Os programas estilo “Big Brother” foram os pioneiros e ainda preservam um cativo público televisivo. Mas esta dita grande mídia não é mais tão grande assim.

A perda de espaço se verifica com a expressiva quantidade de produtores de conteúdos digitais e o quanto muitos perfis das redes sociais

têm o poder de replicar conteúdos a uma velocidade nunca vista antes. Tudo é em excesso e, no meio do caminho, bastante do senso crítico e da responsabilidade social se perde. O espaço da rede global de computadores, assim como o universo, é infinito – pelo menos, em ambos os casos, até que se prove o contrário.

Em meio a tudo isso, é igualmente fundamental entender quais são os limites de regulação que os Estados podem exercer sobre os espaços digitais, assim como se existiria um parâmetro de justiça único a ser aplicado nesse universo sem fronteiras. Ademais, outra questão relevante, muito em voga atualmente, versa sobre a defesa da soberania e da democracia das nações. Há mesmo um risco aos sistemas democráticos, ou se trata tão somente de mais uma etapa do desenvolvimento tecnológico iniciado há poucas décadas?

Liberdade de expressão e de exposição

Além do respeito à privacidade alheia, uma outra questão pertinente a se considerar é acerca da autodeterminação dos sujeitos. Tudo pode ser exposto? Quais os limites éticos e de exposição, considerando que estes devam permanecer também no mundo digital? Basta fazer uma pesquisa rápida em sites nos quais qualquer pessoa pode publicar vídeos para entender que, na prática, a busca por cliques acaba por se mostrar um jogo potencialmente perigoso.

Um exemplo esdrúxulo, ocorrido há uns anos, é o de um rapaz que se enviou em uma caixa pelo correio. (ME ENVIEI...) O vídeo, que obviamente foi editado, mostra boa parte da angústia que ele vivenciou no interior de seu pacote, enquanto era transportado durante 24 horas. Claramente uma situação bizarra, desnecessária e bastante arriscada. Assistir a um vídeo desse tipo só ratifica a percepção de que, em se tratando de pessoas, nem o maior absurdo é realmente surpreendente. E, com certeza, há exemplos ainda piores.

Ademais, é tempo de se repensar a responsabilidade coletiva no mundo digital juntamente com a aplicação de dispositivos constitucionais e legais de cada território. Ora, se os direitos, liberdades e garantias são tutelados precipuamente por cada Estado, sendo, portanto, de domínio soberano, como desconsiderá-los no mundo virtual? A história está aí para mostrar que o Direito, quando exercido no território alheio, é, na verdade, colonialismo – então seriam as normas tácitas da internet um caminho para uma colonização em massa? Ou seria uma ideia de mundo sem fronteiras, com um parâmetro de Direito aplicado a todos?

A resposta a essa pergunta é ainda arriscada, mas aponta para dois caminhos, a princípio, excludentes: ou fica mantido o modelo de Estados soberanos, mas que se apropriem do mundo digital para fazer valer seus ordenamentos, por meio de legislações pertinentes e regulação efetiva; ou seria o caso de todos lançarem mão das novas ferramentas tecnológicas para concretizar um ordenamento digital unificado.

A ocupação do espaço digital

Bem verdade que a internet já nasceu livre. Em tese, livre de barreiras espaciais ou fronteiras; quase a concretização dos filmes de ficção científica produzidos décadas antes. A ideia de um mundo totalmente globalizado, que há cerca de 40 anos soava como uma abstração no intuito de explicar o desconhecido, solidificou-se e trouxe diversas problemáticas bastante palpáveis.

Tal qual o seu surgimento, a ocupação do sistema global de redes de computadores interligadas ocorreu concomitantemente com suas regras: houve praticamente uma geração espontânea de acertos, erros e ajustes. Sites surgiam, cresciam e se extinguíam com base no empirismo dos diversos tipos de plataformas disponíveis do sistema. Se havia espaço para tudo, por que não tentar de tudo? Então houve

incontáveis tentativas e, no melhor estilo darwinista, o que serviu continuou.

- Ao longo desse processo, os governos enfrentaram e enfrentam dilemas acerca dos limites possíveis de se impor no universo digital. Afinal, o que pode ser feito na internet e quem se responsabiliza pelo quê? Quais os limites da soberania dos Estados em face da neutralidade de rede, que é um princípio basilar da internet? No fim das contas, trata-se de um espaço complexo cuja natureza requer olhares mais atentos. Sem as fronteiras, é difícil entender quais os limites e os direitos que precisam ser priorizados.
- Acerca da tutela a direitos fundamentais, é importante destacar a então inédita decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca do “direito de ser esquecido”,¹ a qual determinou que a empresa Google modificasse a disponibilidade de *links* em sua base de dados, no que tange à associação do nome de Mario Costeja González a uma dívida passada.
- A posição do Tribunal veio no sentido de afirmar a preocupação da União Europeia em fazer valer os direitos, liberdades e garantias de seus cidadãos, nomeadamente o direito à privacidade e ao “esquecimento”. Ainda que o conteúdo da página do jornal espanhol *La Vanguardia* tenha sido mantido, a alteração

.....

1 “3) No que respeita ao âmbito do direito de apagamento e/ou [de] oposição em conjugação com o ‘direito a ser esquecido’, submete-se a seguinte [questão]: Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, [primeiro parágrafo,] alínea a), da Diretiva [95/46,] ser interpretados no sentido de que permitem que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas web de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros?”, em acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo C-131/12. Em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>. Acesso em: 14 nov. 2022.

dos *links* da ferramenta de busca foi uma interferência direta na neutralidade de rede.

1. Ainda nesse sentido, e no intuito de oferecer uma tutela efetiva aos direitos de personalidade dos seus cidadãos, foram aprovados o Regulamento (UE) 2016/679 e a Diretiva (UE) 2016/680. Ambos os dispositivos têm por finalidade estabelecer que a proteção das pessoas físicas relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental.
2. Vale destacar que a referida posição vai de encontro à plena liberdade de acesso a conteúdos *on-line*, bem como à posição do ordenamento dos Estados Unidos acerca do tema, no qual “prevalece um modelo de regulação caracterizado pelo pouco rigor no controle de possíveis violações. Os princípios são geralmente vagos e o ente regulador tem baixa intervenção.” (SILVA, 2015, p. 607) Ou seja, ao fim e ao cabo, esse terreno é bastante propício para o surgimento de entendimentos jurídicos divergentes e conflitos entre ordenamentos.
3. No Brasil, a diretrizes gerais acerca do tema se firmaram por meio da Lei nº 12.965 de 2014, a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet. Trata-se de um marco regulatório bastante relevante, o qual permite que o Estado consiga restringir a atuação de plataformas, a exemplo do WhatsApp, como forma de tutelar direitos ou salvaguardar bens jurídicos de maior relevância. Em decorrência desse entendimento, o referido aplicativo de troca de mensagens instantâneas já teve, em algumas ocasiões, o seu serviço interrompido por decisões judiciais.² Em se tratando de uma atuação em ampla escala, pela dificuldade em atuar em tempo hábil – visto que é humanamente impossível competir

.....
2 A exemplo do IP 062-00164/2016, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias. (BRASIL, 2016)

com uma coletividade atuando em rede –, em regra, o mal é feito sem ser possível remediar os graves danos aos princípios basilares da democracia. É o que vimos recentemente, em decisão proferida no “Inquérito das Fake News” (BRASÍLIA, 2020), que mesmo atuando no sentido de investigar e coibir as organizações que ameaçam pessoas e difundem informações falsas, a manipulação ilegal massiva em diversas redes sociais resultou em um processo eleitoral deformado em 2018.

Ademais, acerca dessas situações nas quais há o confronto entre a liberdade de uso dos aplicativos e a proteção a direitos e garantias individuais, acaba por haver muitas divergências de entendimentos. Por se tratar de uma temática relativamente nova, os limites de atuação do judiciário, no que concerne às plataformas digitais, ainda são pouco claros. Em que pese muitos juízes e juízas lancem mão da ponderação e da leitura fiel aos dispositivos disponíveis, ainda existe uma dificuldade em transpor os entendimentos cabíveis no mundo real para a ampla – e bastante mutável – realidade do mundo digital.

Além de acompanhar as rápidas mudanças que ocorrem nos ambientes desses aplicativos, ainda é preciso ser como o juiz Hércules, idealizado por Ronald Dworkin (2002, p. 165) para tratar adequadamente dessas demandas sem se deixar contaminar pela influência que essas plataformas digitais têm sobre a vida e o entendimento pessoais do julgador.

Então, tomando por base o fictício juiz com poderes sobre-humanos para exercer sua função, o qual Dworkin chamou de Hércules, é possível vislumbrar uma saída para os atuais casos difíceis oriundos da internet. Só que, além de serem colocadas hipóteses em que os direitos jurídicos se fundamentam no teor da legislação (Constituição e leis) e no direito costumeiro (precedente e *teia inconsútil*), criando, assim, uma teoria dos casos difíceis com aplicação prática, o juiz Hércules precisaria também considerar as diversas outras variáveis e ponderações que os conflitos *on-line* acabam por incluir.

A “mão invisível” da internet

Bem verdade que ninguém é obrigado a estar na rede ou a atuar nela. Mas como ficar alheio a um meio de comunicação, informação e entretenimento tão inclusivo, diversificado e participativo? É um mundo no qual o clássico entendimento de escassez de recursos é posto em xeque. Nesse universo, praticamente todas as informações são localizáveis e qualquer tentativa de incrementar o espaço digital com novas ideias e ferramentas é, geralmente, bem-vinda. Então é natural que se coloque o questionamento acerca de como uma quantidade tão grande de conteúdos é gerida e regulada. Tanto que, até hoje, persiste a problemática no que tange ao pagamento de direitos autorais e à reprodução de conteúdos digitais sem autorização.

Mas, na prática, até por conta da natureza participativa que grande parte de suas plataformas adquiriu, a internet se apresenta como um espaço praticamente autossuficiente. É através de cliques, visualizações e replicações de conteúdos que a comunicação se estabelece dentro dos sistemas digitais. Um ideal tecnocrático é trazido no intuito de englobar todas as possibilidades que se mostrarem adequadas. É quase uma seleção natural feita digitalmente: o que interessar e, conseqüentemente, for visto e replicado pelos usuários, sobrevive e ganha mais espaço na rede. Pelo menos até que não haja alguma relevante intervenção externa, como as trazidas no ponto anterior.

Em regra, não há um controle geral que venha a escolher a programação dos mais variados subsistemas *on-line*. Em que pese a possibilidade das plataformas virem a filtrar algum tipo de conteúdo considerado impróprio, o impulso inicial é livre, valendo apenas, na maior parte dos casos, a retirada de conteúdo com base nas denúncias nas próprias plataformas – a exemplo do Twitter, que recentemente deletou ou sinalizou postagens do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, por conterem informações falsas. (TWITTER..., 2020) Além da possibilidade do reforço punitivo de patrocinadores, como

foi feito há dois anos em face da manifestação racista do comediante brasileiro Júlio Cocielo, (APÓS POST..., 2018) e da tutela jurisdicional.

Mas, por se tratar de um meio de rápida propagação, é bem verdade que, em muitos casos, apenas o controle a posteriori não é assaz para apagar alguns danos. Ou seja, há um universo ilimitado que depende em boa parte da responsabilidade conjunta de empresas, veículos de comunicação e usuários para que todo o conteúdo produzido se enquadre nos limites éticos e normativos de uma coletividade heterogênea.

À primeira vista, parece utópico contar que no mundo digital funcione um ideal que há séculos é prosseguido pelos Estados. De fato, é. E a questão fica ainda mais utópica quando a variável financeira entra na equação.

Não existe almoço grátis

A interferência da internet afetou a dinâmica de praticamente todas as sociedades. Boa parte das interações são instantâneas e efêmeras. A maneira como as pessoas se comunicam e se relacionam mudou consideravelmente, havendo uma notória dependência geral dos mais variados dispositivos tecnológicos, ferramentas e aplicativos. Da mesma forma que os conteúdos, os espaços pessoais estão acessíveis como nunca. Se para um internauta médio há uma facilidade excessiva em saber bastante da vida alheia, imagina o quão mais fácil o é para as empresas que atuam nos bastidores.

Os utilizadores de serviços digitais cedem informações e fornecem subsídios para que a própria vida seja cada vez mais devassada. Muitas vezes, em troca de apenas utilizar algum serviço dito gratuito. Por mais que a maioria das pessoas não se importe em disponibilizar algumas informações, o retorno financeiro para os anunciantes e para as empresas que comercializam e fazem uso dessas bases de dados

é absurdamente superior aos benefícios trazidos aos usuários; não existe proporcionalidade.

Ademais, o uso constante dos *gadgets* acaba por disponibilizar informações as quais quase ninguém faz ideia de que está cedendo. E se, na prática, as informações das pessoas são armazenadas, mapeadas e usadas como moeda no mundo digital, qual seria de fato o valor da privacidade enquanto *commodity*? No fim das contas, é fácil concluir que há uma barganha em massa no mundo digital. Estamos novamente trocando ouro por espelhos.

O papel do usuário de internet

Eis um sábio ditado: se você não está pagando por algo, é sinal de que o produto é você. Ainda que muitas empresas deixem claro que querem contabilizar olhares para, a seguir, vender espaços publicitários – a exemplo do YouTube, que remunera o canal de qualquer pessoa que atinja um limiar mínimo de telespectadores –, muitas pessoas mergulham no intenso mundo da internet sem fazer ideia de quem está pagando por toda essa alegria.

Em que pese muitos ignorem como esse mundo de conteúdos diretamente gratuitos seja custeado, é evidente que são as empresas de sempre, que ainda buscam os espaços publicitários mais eficientes para vender seus produtos, superar concorrentes e angariar mercado. Além das multinacionais, que usam amplamente essas informações para desenvolver tecnologias de previsão e manipulação de comportamentos cada vez mais sofisticadas. Trata-se apenas de mais um ambiente no qual a corrida capitalista de sempre é deflagrada.

Como há retorno, muitas empresas têm interesse em investir para estar no meio de tudo isso. E investem bem alto. Tanto que, como será mostrado no ponto seguinte, os figurões que dominam e dão as cartas no mundo da internet ostentam marcas e contas bancárias bilionárias. Para eles, é um sistema no qual todos saem ganhando. Só que, em se

tratando do universo capitalista, para alguém sair ganhando tanto, alguém precisa perder.

Sendo assim, na prática, quem de fato paga a conta é o consumidor final. E então é possível ver como a conta fecha: a privacidade, o tempo útil e a atenção dos internautas são trocados pelo valor irrisório de utilizar um serviço digital ou consumir conteúdos; esses valores pessoais são organizados e vendidos a preços elevados pelos comerciantes digitais a empresários de produtos de consumo; assim, os mais diversos produtos, por conta da eficiência midiática da internet, são vendidos satisfatoriamente aos internautas.

Além desse uso mercadológico mais direto, essas gigantes do mundo digital, conforme exposto pelo documentário da Netflix, *O dilema das redes* (2020), também fazem amplo uso desses dados para criar tecnologias de previsão e manipulação ainda mais sofisticadas, e assim manterem as pessoas cada vez mais conectadas e dependentes dessas plataformas digitais. E com o vício coletivo nessas tecnologias, muitos usuários não se dão conta que, de tanto se olharem nos seus “espelhos negros”, já se afogaram no lago digital há bastante tempo.

Essa manipulação em massa são ciclos de armadilhas nos quais os usuários, cada vez mais cedo, são emboscados e vão perdendo gradativamente a sua natureza humana. Diante dessa constatação, fica a pergunta: é justo que alguns poucos bilionários prossigam se beneficiando irrestritamente desse sistema tecnológico implantado, ao passo que bilhões de seres humanos seguem tendo os direitos básicos de sua existência sutilmente vilipendiados?

Os grandes empregadores digitais

As marcas de empresas que aparecem como as cinco mais valiosas do mundo no ranking da Forbes (2020) são todas de tecnologia: Apple, Google, Microsoft, Amazon e Facebook. E todas possuem valores de

mercado acima de US\$ 4,9 bilhões. Ainda que tenha perdido valor (cerca de -21%), do ano passado para cá, o Facebook segue sendo a rede social mais valiosa no cenário global. Consequentemente, o seu fundador e CEO, Mark Zuckerberg, é possuidor de um patrimônio líquido no valor de US\$ 101,7 bilhões, também segundo a Forbes.

Ainda que as cifras referentes às marcas impressionem bastante, no mundo virtual há de ser considerado também a quantidade e a duração dos acessos que os sites obtêm. Esses dados são importantes para verificar quais sites possuem o maior e o melhor público e, conseqüentemente, qual está mais apto a despertar o investimento em publicidade.

Ademais, por se tratar de um sistema que funciona em rede, a tendência é que, quanto mais acessos se tem, mais se terá. Isso porque a informação se difunde na internet em progressão geométrica. Ou seja, a tendência social de compartilhar conteúdo é o que garante o crescimento de diversos sites, especialmente daqueles que permitem uma experiência ativa do usuário. Segundo dados trazidos pela Alexa (2020) – que além de ser o famoso nome da assistente digital por voz, é um serviço da empresa Amazon que mede a quantidade de acessos e o tempo médio gasto nos sites –, os dois endereços digitais mais visitados atualmente são Google e YouTube.

Não é surpresa que o Google, maior site de busca do mundo, seja o primeiro da lista. Trata-se de uma empresa pioneira que, além de trabalhar muito bem a própria marca, ainda investe amplamente em produtos, tanto físicos como digitais, e em novas tecnologias. Já o YouTube, segundo da lista, e que pertence ao *holding* da Google,³ vem para reforçar uma questão que precisa ser analisada: afinal, em se tratando desse tipo de plataforma colaborativa, na qual os usuários também são produtores de conteúdo, quem determina o que é e o que

.....
3 Trata-se da Alphabet, uma empresa de capital aberto, a qual pertence a Google e outros inúmeros subprodutos. Mais detalhes em: <https://abc.xyz>. Acesso em: 14 nov. 2020.

não é permitido? E o que precisa ser feito quando as redes sociais e os sites colaborativos passam a colocar a verdade das informações e as democracias dos países em risco?

O controle das novas mídias

A grande questão que se verifica atualmente é acerca de saber se existem formas eficazes de exercer algum controle sobre um espaço intangível tão abrangente. Para se ter noção, além da internet comum, acessível à maioria do público, existem ainda ambientes pouco conhecidos, com muitos conteúdos ilegais e navegação de risco. Um desses ambientes, que não é indexado pelos sites de busca padrão, é chamado de Deep Web, ou Web Oculta, e é como se fosse o abissal do mundo digital. (AGÊNCIA BRASIL, 2020) Restringindo-se apenas à superfície, conclui-se que já há conteúdo em excesso para que seja possível estabelecer algum tipo de controle. Além disso, por ser um meio plurilocalizado, no qual as relações podem envolver sujeitos de vários países, fica ainda mais difícil determinar de onde partiria um eventual controle, ou a quem caberia estabelecer os parâmetros de regulação da internet como um todo. Ou seja, ou cada Estado ajusta seu poder de regulação na exata medida de não se sobrepor à atuação de outros Estados, ou será o momento de se pensar a internet como um espaço uno, regido por formas de controle próprias e comum a todos os Estados.

É de se cogitar se não seria necessário haver um Direito Internacional Digital, já que, na internet, existe uma evidente dificuldade em delimitar a atuação dos Estados sobre essas gigantes multinacionais da tecnologia. Um exemplo recente foi a tentativa do então presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, de banir aplicativos chineses das plataformas americanas, sob o fundamento de que eles seriam instrumentos de espionagem do governo da China. (TRUMP..., 2020)

Para além do direito de atuação dos Estados sobre essas empresas, existem os incontáveis usuários de diversas nacionalidades que cedem seus direitos de personalidade para essas multinacionais, mediante seus incógnitos termos de uso e política de dados. Um bom exemplo disso é o Facebook, que desde o seu conturbado surgimento tem angariado inúmeras possibilidades de atuação nas vidas dos usuários do serviço.

Com crescentes ferramentas e anunciantes, os investimentos estão sempre voltados para desenvolver algoritmos capazes de oferecer uma experiência de uso cada vez mais útil, eficiente e customizada. E igualmente customizado é o leque de anúncios e informações que impactam diariamente cada usuário, visando uma eficiência midiática sem precedentes.

Tal qual o exemplo do vídeo do rapaz que se enviou por correio, há outras atuações em sites colaborativos que requerem um cuidado igual ou até maior. A verdade é que há muitas pessoas dispostas a conseguir serem vistas e cativar um público, mas o objetivo final nem sempre é o mesmo. Porém, o princípio geral de que quem tem a atenção de um grande número de pessoas possui um espaço publicitário em potencial também se aplica aqui.

Nos veículos de comunicação tradicionais, há o investimento em uma programação que capte o interesse do público para que, ao longo de 24 horas, seja possível vender algumas horas de visibilidade para empresas interessadas nesse público. Por isso, um esforço de mídia era necessário para que os anúncios tivessem o impacto almejado pelos anunciantes.

Em termos quantitativos, audiência é o total de pessoas que consomem (lendo, assistindo ou ouvindo) qualquer veículo de mídia ou, ainda, como pontua Tahara (1995) é o fenômeno de captação da mensagem por parte dos receptores, ressaltando o nível de recepção que a mensagem alcançou. Em termos qualitativos, é a composição dos que consomem a mídia, descrita

por sexo, classe social e/ou faixa etária, também denominada de perfil ou qualificação da audiência.

Em geral, a audiência é expressa em percentagem, o que viabiliza a determinação do Gross rating Points (GRP) e do Target rating Point (TRP) além do cálculo do Custo por Ponto (CPP). Todavia, como percentuais de incidência são números relativos, a audiência tem que ser definida com base na população e na abrangência geográfica do veículo analisado, e assim calculada sobre as respectivas populações pesquisadas (VERONEZZI, 2002). Por isso, a audiência também é informada em números absolutos (ABS) – o que viabiliza o cálculo do Custo Por Mil (CPM) e demonstra que, dependendo do mercado ou do público-alvo, expressam grandezas bem diferentes de pessoas alcançadas.

A audiência pode ser medida por pessoas, por domicílios, por número de aparelhos (alcance para TV ou rádio) ou por exemplares vendidos (circulação de jornais e revistas), seus grupos de mensuração podem ser domiciliar (tendo como base de investigação os lares) ou individual (quando o alvo é a população em geral consumidora das mídias). (INTERCOM, 2010, p. 110)

Porém essa lógica relativamente tradicional não se aplica aos veículos do mundo digital. Se compararmos a televisão ao YouTube, fica bem clara a diferença. Primeiro porque, na televisão, há o investimento em programação para se obter público, enquanto no YouTube a programação surge espontaneamente, por meio da participação dos inscritos na plataforma e donos de canais, que só recebem anúncios (e são pagos por eles) quando conseguem um bom público interessado no conteúdo produzido.

Se na televisão sempre se fez necessário investir em pesquisas de mídia, na internet são os algoritmos que traçam o interesse do público e organizam os anúncios e as sugestões de vídeos, baseados no conteúdo já acessado e nos interesses dos usuários. Outra diferença é o espaço ilimitado do YouTube, visto que a televisão tem uma

estrutura espacial e temporal limitada, já que cada canal só dispõe de uma opção de programação para todo o público em simultâneo. Ademais, essa nova mídia é participativa e feita em rede: a tendência é que todo o conteúdo se replique simultânea e ilimitadamente, por tempo indeterminado.

Por isso que, dentro desse mundo de marcas bilionárias, acontecem bonificações milionárias àqueles que contribuem para manter as mentes e os corações na rede. É o caso dos youtubers, que são pessoas ou grupos que produzem e publicam regularmente conteúdos audiovisuais para internet. Para eles, o sucesso é medido pelo número de visualizações em seus vídeos e pela quantidade de utilizadores inscritos em seus canais na plataforma.

No âmbito mundial, um dos maiores youtubers é o sueco Felix Kjellberg, com impressionantes 107 milhões de pessoas inscritas em seu canal no YouTube.⁴ O que explica porque, desde 2010, o jovem tem acumulado um patrimônio multimilionário, mantido por acessos em sites, publicidades e outras atividades relacionadas. (QUANTO DINHEIRO..., 2019) É alarmante pensar que, a cada vídeo publicado, mais de 107 milhões de pessoas possam ter acesso imediato ao conteúdo. Enquanto se restringe a um inocente meio de entretenimento, não é uma questão tão preocupante; mas, e quando passa disso? Seguindo esse raciocínio, duas questões vêm à tona: quem regula o conteúdo produzido por um particular, mas que impacta rapidamente um número tão grande de pessoas em várias partes do mundo? E se a publicidade feita nos veículos de comunicação tradicionais é regulada em praticamente todas as partes do mundo, seria viável a regulação de eventuais propagandas espontâneas *on-line*, que possuem o poder de impactar muito mais e com maior eficiência?

.....
4 O canal PewDiePie por ser consultado em: <https://www.youtube.com/user/PewDiePie>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Acerca da primeira questão, pode-se dizer que em algumas situações é possível haver o controle indireto do conteúdo. Há três anos, por exemplo, um vídeo que exibia um slogan antissemita foi publicado no canal PewDiePie, pertencente ao referido astro do YouTube. A repercussão fez com que alguns anunciantes e parceiros se desvinculassem de Felix Kjellberg. (PEWDIEPIE'S..., 2017) Ainda que tenha havido um impacto financeiro e o referido vídeo não esteja mais disponível na plataforma, e que, em 2017, os ganhos em publicidade de Felix Kjellberg tenham caído em relação ao ano anterior (FORBES, 2017), a mensagem chegou a inúmeras pessoas. E nada garante que, futuramente, Kjellberg não volte a produzir conteúdos semelhantes para o seu vasto público ao redor do mundo.

Já a segunda questão, no que tange ao controle da publicidade espontânea, a resposta ainda é incerta. Mas considerando que já existe simulação de espontaneidade na rede a fim de burlar as normas, a exemplo do caso de uma empresa de cigarros que camuflou propagandas em meio aos usuários do Instagram (CAMPANHA..., 2017), não seria exagero pensar em regular a atuação publicitária, pelo menos dos grandes influenciadores digitais – seja ela espontânea ou não.

Ademais, há uma questão ainda mais urgente do que o potencial de controle que essa mídia tem sobre o mercado de consumo: a influência dessa manipulação em massa sobre o exercício pleno da cidadania e o comportamento dos sujeitos. Justamente pelo seu caráter participativo e em rede, conforme já explanado, as informações vêm de todos os lados e se propagam muito rapidamente. Tal qual testemunhamos nas últimas eleições presidenciais, o potencial de manipular eleitores por meio da difusão de *fake news* é capaz de criar uma nova era de ameaças ao sistema democrático, porquanto, sobre a vontade fundada em uma falsa percepção da realidade paira uma atmosfera de dúvidas acerca de sua validade.

O poder da internet e a justiça

Por se tratar de uma figura bastante poderosa no mundo digital, praticamente tudo que envolve Mark Zuckerberg, criador do Facebook, repercute amplamente nos noticiários. Por isso que, há bastante tempo, é visível o interesse que o referido empresário tem em interferir na atuação dos Estados no que tange à resolução dos problemas mundiais. Porém, ironicamente, foi por meio dessa rede social que um novo problema mundial surgiu: a possibilidade de manipular usuários por meio da obtenção de dados não autorizados e da divulgação em massa de informações falsas distribuídas nas plataformas da empresa.

Conforme retrata o documentário *Privacidade Hackeada* (2019), a questão veio à tona quando foi exposto que a empresa Cambridge Analytica coletou os dados de 87 milhões de usuários do Facebook, sem permissão destes, utilizando-os como meio de manipular o processo eleitoral dos Estados Unidos em 2016, resultando na eleição de Donald Trump.

Mas não deixa de ser verdade que, caso não fosse cooptado pela tônica capitalista de servir a quem paga mais pelos seus recursos, o Facebook teria um enorme potencial de unir as populações em prol da resolução dos problemas. Ou, como almejou Mark Zuckerberg (MARK ZUCKERBERG..., 2017), o Facebook seria um caminho viável para a construção de uma “Comunidade Global”; ou seja: para ele, seria o caminho para desenvolver uma infraestrutura social que dê às pessoas o poder de construir uma comunidade global que funcione para todos.

Essa ideia de uma sociedade global, ainda mais quando dita pelo CEO do Facebook, pode soar como um ideal inovador e revolucionário. Mas não é. No século passado, Marshall McLuhan, um filósofo canadense, já desenvolvia teorias acerca de uma comunidade global, a qual ele denominou de Aldeia Global (*Global Village*). Ao fazer uma relação direta da globalização com a tecnologia, ele traz a seguinte ideia:

Nossa nova tecnologia elétrica, que projeta sentidos e nervos num amplexo global, tem grandes implicações em relação ao futuro da linguagem. A tecnologia elétrica necessita tão pouco de palavras como o computador digital necessita de números. A eletricidade indica o caminho para a extensão do próprio processo da consciência em escala mundial e sem qualquer verbalização. Um estado de consciência coletiva como este deve ter sido a condição do homem pré-verbal. A língua, como tecnologia de extensão humana, com seus conhecidos poderes de divisão e separação deve se haver configurado na torre de Babel pela qual os homens procuraram escalar os céus. Hoje os computadores parecem prometer os meios de se poder traduzir qualquer língua em qualquer outra, qualquer código em outro código – e instantaneamente. Em suma, o computador, pela tecnologia, anuncia o advento de uma condição pentecostal de compreensão e unidade universais. O próximo passo lógico seria, não mais traduzir, mas superar as línguas através de uma consciência cósmica geral, muito semelhante ao inconsciente coletivo sonhado por Bergson. A condição de ‘imponderabilidade’, que os biólogos tomam como promessa de imortalidade física, pode ser acompanhada pela condição de ‘infallibilidade’, que asseguraria a paz e a harmonia coletiva e perpétua. (MCLUHAN, 1964, p. 98-99)

Outra afirmação de McLuhan, que agora se confirma como um prenúncio dessa nova era tecnológica, diz respeito ao meio utilizado para se estabelecer a comunicação. Se a informação iria globalizar o mundo, seria o meio o grande responsável por produzir a mensagem. Segundo ele, o meio é, na verdade, a mensagem que viria a transformar (e transformou) a sociedade:

Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilhaçar todas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio é a mensagem. Isto apenas sig-

nifica que as conseqüências sociais e pessoais de qualquer meio — ou seja, de qualquer uma das extensões de nós mesmos — constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos. (MCLUHAN, 1964, p. 23)

Portanto, ao adaptar essa ideia para a atualidade, é possível notar o quanto esse novo meio transformou as sociedades e como todos os sistemas estão submersos no mundo digital. E McLuhan pensou tudo isso sem ter à disposição toda a tecnologia vista hoje. Ou seja, lançando mão de ferramentas mais simples, ele foi capaz de entender que havia a possibilidade de se criar uma “Aldeia Global” amplamente interligada.

Sendo assim, não é de se admirar que atualmente, com as ferramentas adequadas, os responsáveis por redes sociais de amplíssimo alcance, a exemplo de Mark Zuckerberg, venham apostar em uma ideia semelhante. Por isso, não seria estranho se uma empresa poderosa como o Facebook se propusesse a criar uma nova sociedade, globalizada e tão transformada pela internet – o maior meio de difusão da atualidade –, para compor uma nova realidade social.

Mas essa possibilidade traz perguntas inevitáveis: como conciliar essa ideia de comunidade global com a soberania dos países? Sendo possível conciliar, como funcionaria o exercício democrático a serviço de tantas nações distintas? E o que seria esse sistema global que asseguraria o bem coletivo indistintamente? Quais os parâmetros aplicáveis para estabelecer, por exemplo, o que seria justo para todos?

Ainda que a forma como as coisas são não determine como elas deveriam ser, é importante observar que os processos históricos de formação dos povos tendem a ser os maiores empecilhos das mudanças profundas nas sociedades. Observando o desenvolvimento e a forma como os Estados democráticos se firmaram ao longo dos últimos

séculos, é difícil imaginar como seria a aplicação de uma ideia de “algo bom para todos”, em se tratando de uma diversidade tão grande de populações. Para isso, seria preciso, no mínimo, existir um meio de aplicar a ideia de uma justiça global.

O filósofo e economista ganhador do Prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, preocupado com o combate eficiente às injustiças mundiais, traz essa questão acerca de uma possível ideia de justiça global. Ainda que seja indispensável proceder com uma longa análise acerca das diferenças a serem consideradas, o autor acaba por entender que, em se tratando da busca pela justiça, uma visão mundial parece fazer mais sentido.

Podemos debater a extensão na qual nossas preocupações devem ser cobertas por uma teoria da justiça que tenha alguma plausibilidade atualmente, e não podemos esperar nenhuma unanimidade sobre o domínio adequado de nossa cobertura. Mas nenhuma teoria da justiça de hoje pode ignorar o mundo inteiro, exceto nosso próprio país, e deixar de levar em conta nossa pervasiva vizinhança no mundo de hoje, ainda que haja tentativas de convencer-nos de que é apenas a nossos vizinhos locais que devemos alguma ajuda para superar a injustiça. Estamos cada vez mais ligados não só por nossas mútuas relações econômicas, sociais e políticas, mas também pelas preocupações com a injustiça e a desumanidade — vagamente compartilhadas, mas de grande alcance — que desafiam nosso mundo, e com a violência e o terrorismo que o ameaçam. Mesmo nossas frustrações e pensamentos compartilhados a respeito do desamparo global podem unir mais do que dividir. Restam poucos não vizinhos no mundo de hoje. (SEN, 2009, posição 3148-3154)

Acerca dos processos democráticos em um cenário mais amplo, para o referido autor está posto o desafio de fortalecer esse sistema participativo já operante, do qual dependerá, em larga medida, a

busca da justiça global. Então, mais adiante, lançando mão das palavras de outro autor, Amartya Sen aponta para as prováveis condições necessárias para que seja possível uma ideia global de justiça, as quais parecem bastante compatíveis com a ideia de justiça proposta ao longo da obra:

David Crocker observa que, na medida em que a agência e as capacidades valiosas constituem ‘a base para os direitos humanos, a justiça social e os deveres individuais e coletivos, uma ética do desenvolvimento também examinará como um mundo globalizado é um auxílio ou um obstáculo para que os indivíduos e as instituições cumpram sua obrigação moral de respeitar os direitos’. Ele argumenta que ‘o objetivo a longo prazo de desenvolvimento justo e bom — seja nacional ou global — deve ser o de assegurar um nível adequado de agência e capacidades moralmente básicas para todos no mundo — qualquer que seja a nacionalidade, a etnia, a religião, a idade, o sexo ou a orientação sexual’. (SEN, 2009, posição 6556-6561)

Então, é bastante plausível pensar que, lançando mão adequadamente das ferramentas tecnológicas tão potentes que dispomos, esse mundo globalizado venha a ser mesmo de grande auxílio para o combate às injustiças e para a efetivação de direitos e garantias fundamentais em escala mundial. Tal qual acontece com praticamente todas as grandes invenções, a internet possui o poder tanto de piorar quanto de melhorar a nossa condição humana; cabe a todos e a cada um de nós fazermos diariamente essa escolha.

Considerações finais

Assim, diante de uma realidade tão incerta e mutável, seria pertinente deduzir que a atuação jurídica no mundo digital precisa ser revista. Não faz muito sentido, por exemplo, que os veículos de comunicação

tradicionais, como a televisão e o rádio, sejam controlados com muito mais rigor do que o conteúdo difundido na internet; sobretudo ao considerar que, gradativamente, o público acessa muito mais este do que aqueles.

Além de serem meios de comunicação, socialização, entretenimento e informação, os *gadgets* também são uma poderosa mídia: um *outdoor* portátil, prendendo constantemente a atenção de uma quantidade enorme de usuários. Trata-se de uma dependência generalizada de estar, a todo momento e de qualquer modo, com os olhos e a atenção voltados para essas telas.

Se antes era preciso captar o olhar dos consumidores para que, com um trabalho publicitário adequado, fosse possível ser passada a mensagem, hoje, com os olhares naturalmente atentos e voltados para os *smartphones*, até o mínimo esforço publicitário já impacta o público de forma eficiente. Uma simples publicação em alguma rede social popular garante uma interação satisfatória com o público escolhido.

Bem verdade que alguns veículos de comunicação que migraram para a internet já sofrem controle em boa parte de seus conteúdos digitais; isso ocorre justamente por eles usarem a internet como uma ferramenta de ampliação do meio de comunicação tradicional, seja ele jornal, televisão, revista ou rádio. Mas e quanto aos novos veículos, os que já nasceram na internet? E quanto àqueles conteúdos que são produzidos por pessoas físicas, sob o manto da liberdade de expressão?

Acerca da reiterada ideia de uma comunidade global, acaba por se fazer necessário questionar como é possível chegar ileso a um mundo totalmente unificado, ainda que só digitalmente. Nesse processo de abrir mão da privacidade em prol da segurança coletiva e de buscar um mundo totalmente interligado, é inevitável não temer o surgimento de um controle central, que se proponha a

armazenar os dados e a coordenar o funcionamento dessa realidade amplamente globalizada.

Se cada integrante da sociedade teve que renunciar parte de sua liberdade para que o Estado pudesse exercer, dentro de seus respectivos territórios, o poder de império, do que mais seria necessário abrir mão para que seja possível a criação de um Estado global e unificado? Da privacidade, da individualidade, do livre arbítrio? Quanto as pessoas estão dispostas a ceder para estarem neste mundo hermético, onde tudo possa vir a ser mapeado e controlado pela tecnologia, para o bem de toda a coletividade? Enquanto esse caminho não se mostra plausível (nem seguro), como os Estados devem atuar para proteger o seu processo democrático desse poder paralelo que se estabeleceu nas plataformas digitais?

São questões que precisam ser trazidas a debate, ainda mais sabendo que há pessoas poderosas dispostas a concretizar um suposto ideal de sociedade, em um provável confronto com os princípios democráticos e a soberania dos Estados.

Ainda que a ideia de uma comunidade global seja há muito tempo pensada e desejada, todo cuidado é pouco. Nesses moldes, pode mesmo vir a ser o mundo que John Lennon idealizou na canção “Imagine”. Mas há igualmente o risco de se tornar uma sociedade totalmente controlada e alienada. Nem precisa imaginar muito para saber como isso seria: a obra *1984*, de George Owen, já esboça uma boa previsão.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. Agência Brasil explica: entenda a deep web e a dark web. *Agência Brasil*, 28 set. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/agencia-brasil-explica-entenda-deep-web-e-dark-web>. Acesso em: 20 dez. 2021.

ALEXA. The top 500 sites on the web. *Alexa*, 2020. Disponível em: <https://www.alexa.com/topsites>. Acesso em: 20 dez. 2021

Após post considerado racista sobre jogador, YouTuber Júlio Cocielo perde patrocinadores. *Folha de S. Paulo*, 03 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/apos-post-considerado-racista-sobre-jogador-frances-youtuber-julio-cocielo-perde-patrocinadores.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASÍLIA. *Inquérito 4.781 Distrito Federal*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília: 26 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: 2014.

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias. *IP 062-00164/2016*, 2016.

CAMPANHA de cigarro usa propaganda disfarçada e ilegal. *Super Interessante*, 27 out. 2017. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/campanha-de-cigarro-usa-propaganda-disfarçada-e-ilegal/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORBES. The World's Highest-Paid YouTube Stars 2017. 6. Felix Kjellberg (PewDiePie). *Forbes*, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/pictures/5a275d6931358e286471a7e8/6-felix-kjellberg-pewdiep/?sh=1529bcfc335a>. Acesso em: 20 dez. 2021.

FORBES. The world's most valuable brands. *Forbes*, 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/the-worlds-most-valuable-brands/#208e557119c0>. Acesso em: 20 dez. 2021.

INTERCOM. *Enciclopédia INTERCOM de comunicação*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2010.

LEMONS, A. N. L. E. O Judiciário como Ator Regulador da Internet: seu papel no esquema de forças do Estado moderno. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*. Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 169-188, maio 2018.

MARK ZUCKERBERG Shares Facebook's Plan to Bring the Global Community Together. *Time*, 16 fev. 2017. Disponível em: <https://time.com/4674201/mark-zuckerberg-facebook-letter/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

ME ENVIEI pelo correio e sobrevivi 24 horas dentro de uma caixa. [S. l.: s. n.]. 1 vídeo (23 min). Publicado pelo canal AbudTV. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UrHSts9FnNs>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 1964.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Sivaldo Pereira. Direito à privacidade e a regulação da comunicação digital no Brasil, EUA e União Europeia. *Contemporanea, comunicação e cultura*, v.13, n.03, p. 598-616, set./dez. 2015.

O DILEMA das redes. Direção de Jeff Orlowski. [S. l.]: Netflix, 2020. (1h 43min). Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/81254224>. Acesso em: 14 nov. 2020.

QUANTO DINHEIRO ganha PewDiePie, primeiro Youtuber com 100 milhões de inscritos. *Infomoney*, 27 ago. 2019. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/quanto-dinheiro-ganha-pewdiepie-primeiro-youtuber-com-100-milhoes-de-inscritos/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

TRUMP aprova acordo que mantém operações do Tik Tok nos Estados Unidos. *Correio 24 horas*, 19 set. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/trump-aprova-acordo-que-mantem-operacoes-do-tik-tok-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

TWITTER Clamped Down on Trump, but Army of Accounts Spread His Message. *The New York Times*, 04 nov. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/11/04/technology/trump-twitter-account.html>. Acesso em: 20 dez. 2021.

PEWDIEPIE'S Business Deal Implosions Show That Digital Celebrities Are Now Mainstream. *Variety*, 14 fev. 2017. Disponível em: <https://variety.com/2017/digital/news/pewdiepie-antisemitic-videos-business-deals-digital-influencers-1201988462/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

PRIVACIDADE Hackeada. Direção de Karim Amer e Jehane Noujaim. [S. l.]: Netflix, 2019. (2h 19min). Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80117542>. Acesso em: 15 nov.2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2016/680*. DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679*. DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo C-131/12*, de 2014.

O PAPEL DA MÍDIA NO CONTROLE SOCIAL DO FEMINICÍDIO: UM ESTUDO SOBRE O TRATAMENTO DADO PELA IMPRENSA BAIANA¹

Amanda Gonçalves Prado Quaresma

Introdução à discussão do feminicídio

O conceito do feminicídio é resultado da construção de diversas teorias feministas, não sendo uma concepção estanque, ou sequer unânime na doutrina. No entanto, no ordenamento brasileiro, a qualificadora do feminicídio foi incorporada para os casos em que o homicídio doloso é cometido contra uma mulher por razões da sua condição de sexo feminino. Essas razões podem ser expressas tanto nas situações em que o crime envolve violência doméstica, quanto nos casos que implicam situações de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

É importante salientar que, apesar do Código Penal utilizar as expressões “sexo feminino” e “mulher”, não é incomum, na jurisprudência, apesar da ausência de pacificação, o entendimento pela possibilidade da capitulação jurídica do feminicídio para vítimas travestis, transexuais e transgêneros, mesmo sem a mudança no registro

.....
1 O presente artigo traz os resultados da pesquisa de mesmo título realizada pela autora como trabalho de conclusão de curso de graduação, de modo que, para uma visão mais ampla do tema, é possível acessar o trabalho na íntegra. (QUARESMA, 2019)

civil ou quando não realizada a cirurgia de transgenitalização. Essa cognição é concebível diante da supremacia da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal Brasileira, de modo que a aplicação ético-jurídica desse marco axiológico e teleológico direciona todo o ordenamento, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, conforme ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares (2012). Dessa forma, o termo “mulher”, neste artigo, será utilizado para se referir a todas aquelas que assim se identificam, independentemente da genitália que carregam.

Contudo, apesar do peso da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico brasileiro, o ranço do patriarcado e do machismo se sobressai nos dados de violência contra pessoas do gênero feminino, de modo que foi necessária intensa pressão dos movimentos feministas para que houvesse uma mudança na legislação. A partir dessa tensão, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo responsabilizado por negligência, omissão e tolerância, em relação à violência doméstica contra as mulheres. Portanto, nesse contexto foram elaboradas e promulgadas as leis em defesa dessa população marginalizada: primeiro a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), e depois, a qualificadora do feminicídio. (BRASIL, 1990)

Outro fato importante para a contextualização do tema é estar a par da discussão doutrinária que reflete se as referidas leis têm vieses punitivista e simbólico, de modo a desviar-se dos ideais de justiça de um direito penal mínimo e em *ultima ratio*, ou se são formas de produção de dados das violências perpetradas contra mulheres, dando visibilidade e trazendo ao debate um problema que se reverte em políticas públicas para a proteção de direitos fundamentais.

Como representantes da primeira posição, os autores Misael França e Luís Eduardo Colavolpe afirmam que as leis são punitivistas e cedem à opinião pública adotando um direito penal do inimigo, que acaba atingindo às consequências e não às causas da violência de gênero,

tendo em vista que o aumento de pena não está diretamente ligado à diminuição da ocorrência da morte de mulheres, mas falseiam a impressão de diminuição da impunidade por essas mortes. (FRANÇA; CALAVOLPE, 2015, p. 343)

Já defensores da segunda posição, representadas aqui por Ana Lúcia Sadabell e Carmen Hein de Campos, respectivamente, ressaltam a necessidade de evidenciar a diferença entre um homicídio comum daquele incitado por uma cultura patriarcal, haja vista que esconder essa motivação é uma forma de ocultar dados do debate público acerca da violência de gênero. (SABADEL, 2016) Assim, destaca-se a possibilidade de compatibilização da lei do feminicídio com um direito penal mínimo e garantista, na medida em que o bem tutelado é o direito fundamental mais precioso, a vida concreta de mulheres. (CAMPOS, 2015)

Ademais, argumenta-se diante do fato da pena cominada não ter sofrido acréscimo em relação às outras qualificadoras, não havendo, portanto, um aumento no rigor punitivo propriamente dito, apenas uma equivalência de forças repressivas. (QUARESMA, 2019)

Nada obstante, formalmente, a justificativa do projeto de lei do feminicídio foi dar visibilidade acerca da desigualdade de gênero mantida em nossa sociedade, reivindicando o reconhecimento político criminal que acompanha a “tipificação”, termos em que o Estado passa a se responsabilizar por evitar a morte de mulheres e processar penalmente os casos que ocorrerem.

É importante analisar que não há um ponto de vista falso nessa discussão, de modo que ambas as perspectivas estão baseadas em dados e análises possíveis. No entanto, é preciso destacar o pensamento de Ana Flauzina, que afirma ser incontestável que a pauta desse movimento feminista belicoso – capitaneado por mulheres brancas – acaba por reforçar a cultura punitiva. Afinal, sabemos que a corda arrebenta sempre do lado mais fraco, de maneira que não serão todos os homens agressores que irão recair nas punições ensejadas pela nova lei, mas

haverá o incremento do encarceramento negro no país. (FLAUZINA, 2020) Por isso, é preciso pensar políticas públicas para proteger a vida de mulheres que não perpassem unicamente no aumento de pena e punições, visto que além de machista, não podemos dissociar que vivemos em uma sociedade extremamente racista.

Portanto, na medida em que os temas que circundam as especificidades de gênero foram pautados no trabalho legislativo e na atenção pública pelos movimentos sociais feministas, ao revés dos interesses desejados, o burburinho da mídia em torno do assunto não vem acompanhado de uma diminuição nos números de mortes de mulheres no país, afinal, segundo dados do Atlas da Violência 2019, houve um crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década de 2007 a 2017. (IPEA; FBSP, 2019, p. 43) No entanto, no estado da Bahia, o aumento da violência contra o feminino se deu em assombrosos 95,6% no mesmo período. (IPEA; FBSP, 2019, p. 43)

Coincidência ou não, foi nessa mesma década que as emissoras locais começaram a incorporar na programação as atrações sensacionalistas e policialescas: Se Liga Bocão (2006), Na Mira (2008), Que Venha o Povo (2008) Brasil Urgente Bahia (2011), Cidade Alerta Bahia (2011), Ronda (2015), tendência que começou a se espelhar nos sites de notícias e jornais impressos que veiculavam imagens e relatos detalhados de ataques brutais sofrido por mulheres, além da mais diversa gama de crimes.

Nesse sentido, o presente artigo visa fazer uma intersecção do meio jurídico com a mídia jornalística para analisar a interferência dos meios de comunicação na formação da opinião pública nas veiculações dos casos de feminicídio, de modo a questionar se seu método de atuação reforça a cultura machista patriarcal ou favorece uma mudança da mentalidade misógina da sociedade.

Um pouco sobre construção do gênero

Após introduzido o tema do presente artigo, é necessário também entender um pouco da construção dos papéis de gênero na sociedade ocidental. Simone de Beauvoir, na sua célebre frase, afirmou que “não se nasce mulher, torna-se.”, consubstanciando a ideia de que a identidade da feminilidade não depende de fatores biológicos, econômicos ou psicológicos, mas de um ideal construído pela civilização. (BEAUVOIR, 1967, p. 9)

Do mesmo modo, Judith Butler afirma que o sexo é natural, mas o gênero é uma construção, não havendo um determinismo biológico sobre os papéis a serem desempenhados. (BUTLER, 2010, p. 26) A mulher não é denominada de segundo sexo por razões naturais, mas por entrelaces sociais e históricos que contribuíram com a criação de estereótipos dos papéis a serem desempenhados de acordo com o sexo natural da pessoa.

O gênero é a primeira forma de significação de poder, em que o patriarcado introjeta uma confusão do sexo com o papel atribuído. Zaffaroni afirma que “a mulher tecendo, cozinhando, esperando o marido, cosendo, não tem nada de sexual, tratando-se, antes, de um conjunto de papéis culturalmente atribuídos pelo poder patriarcal. Isso é gênero”. (ZAFFARONI, 2013, p. 165-166)

A partir da interpretação dos escritos de Amartya Sen, é possível compreender que os atos de uma mulher não estão totalmente dissociados das relações sociais do mundo ao seu redor. Portanto, mesmo que ela siga os padrões de gênero, não significa que houve uma escolha individual propriamente dita, de maneira que não há a capacidade ou a liberdade de desvencilhar-se da sina dos caracteres externos do gênero tão facilmente. As próprias mulheres são levadas a acreditar em uma alegada inferioridade intelectual com base nas evidências daquilo que veem em uma sociedade estratificada. (SEN, 2011)

Essa ideologia hegemônica para cristalizar essências femininas e masculinas, engendrando uma divisão comportamental, de trabalho e de habilidades, não é o problema em si, porém, a valorização do papel masculino, em prejuízo à mulher, abre espaço para um mundo de dominação masculina, normatizando uma desigualdade de gênero que enseja a violência.

Isso posto, as mulheres são conformadas por sua função de mãe, esposa, filha, dona-de-casa, objeto sexual, submissa e serviçal, de modo que a violência que culmina nas suas mortes não está somente atrelada ao fato de as vítimas serem mulheres, mas “em virtude de uma inadequação na dinâmica dos papéis de gênero, pois o patriarcado não admite que as mulheres ultrapassem os limites a elas impostos”. (FRAGOSO, 2002. p. 286)

Porquanto, quando um homem agride a sua companheira, seguindo a lógica da dominação masculina dos gêneros, não é incomum o entendimento de que tal atitude faz jus ao poder que lhe é inerente, primeiro por ser homem, mais forte e dotado de soberania, e segundo por ser marido, caráter que intensifica as relações de poder, já que quando casa, a mulher vem a perder sua dependência e autonomia para o cônjuge. Apesar desse entendimento ter perdido sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro, está impregnado no imaginário popular. (QUARESMA, 2019)

No mesmo compasso, Bourdieu defende que, para entender a dominação masculina através dos tempos, é preciso compreender a história dos agentes e instituições que concorrem incessantemente para garantir as permanências dos alicerces para a violência simbólica: a família, a igreja, o Estado, a escola e a mídia. (BOURDIEU, 2002) Neste trabalho, iremos focar no papel midiático na construção desse controle social.

Inclusive, as autoras Russel e Caputi pontuam que a cobertura midiática dos casos de feminicídio é, na maioria das vezes, tendenciosa, deixando transparecer o incômodo pela mulher que descumpre

os papéis de gênero, demonstrando a misógina arraigada, carregada de estereótipos e culpabilização das vítimas. (CAPUTI; RUSSEL, 1992, p. 13)

Assim sendo, os discursos propalados pela mídia perpetuam as relações de poder já existentes na sociedade, servindo como métodos de controle social que disseminam estereótipos, inclusive de gênero. No próximo tópico, compreenderemos como a criminologia midiática se entrelaça com os estereótipos de gênero.

Mídia, criminologia midiática e gênero

A comunicação realizada pela mídia no que tange aos fatos criminosos foi nomeada de “criminologia midiática”, havendo uma relação de simbiose entre os estudos da delinquência e os meios de comunicação, em um processo em que é construída a conformação da persecução penal a partir do senso comum preconcebido, que dita quem são os criminosos e os grupos que devem ser criminalizados. (CASARA, 2018, p. 12)

Dessa maneira, ao perpetuar as concepções preconceituosas já existentes no inconsciente popular (MININNI, 2008, p. 18), é infundido o medo que cria um conceito de segurança baseado na punição exacerbada desses indivíduos como únicos causadores dos males da sociedade, de modo a polarizar o mundo entre pessoas de bem separadas dos *outros*, que seriam os maus e perversos. Assim sendo, essa forma maniqueísta de ver o mundo, cada vez mais estimulada pelos meios de comunicação, é reforçada pelo viés imagético, de modo que os *outros* são construídos por semelhanças estéticas e fenotípicas aos grupos estigmatizados e marginalizados (ZAFFORINI, 2013, p. 197); sabe-se bem a cor da pele dos que se sobressaem.

O Estado também se molda e se dirige aos padrões espetaculosos para auxiliar a mídia e atender ao enredo, de modo que, para o

entretenimento do respeitável público, a lei, os direitos e as garantias podem ser afastadas, por ser a legalidade enfadonha e não gerar interesse da audiência. A aposta é na exceção, de forma que não devem existir limites à ação dos sujeitos de bem contra os bandidos. Como resultado da retórica da punição dos maus, os mocinhos acabam também violando a lei em busca de *justiça*, sem reflexões éticas. (CASARA, 2015)

Entretanto, a concepção de justiça para John Rawls é firme no propósito de que a estrutura básica tem um valor intrínseco, não devendo ser descartada só porque os princípios não são satisfatórios para todos os casos. (RAWLS, 2000, p. 10) No mais, os princípios fundamentais da justiça excluem as “instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo. Pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar”. (RAWLS, 2000, p. 16) Assim, a *justiça* dos bons acaba gerando injustiça e mais encarceramento.

No entanto, a violência contra mulher carrega suas peculiaridades em relação à exposição midiática, pois, em sua maioria, é praticada por conhecidos no contexto doméstico, de modo que acaba sendo confundida com problemas familiares até que o feminicídio esteja consumado. Isso se dá graças ao imaginário popular de que “em briga de marido e mulher ninguém deve meter a colher”, dificultando a intervenção do controle social externo, exceto ao impor ações repressoras quando uma vida já foi ceifada. (SAFFIOTI, 1995) Amartya Sen trata da dificuldade de identificar essa desigualdade de gênero dentro da família graças aos equívocos de percepção, contribuindo para sua prevalência e persistência. (SEN, 2011)

Segundo o Atlas da Violência de 2019, 28,5% dos feminicídios ocorrem dentro da residência da vítima, e, se considerados os óbitos em que o local da ocorrência era ignorado, o número sobe para 39,3%. (IPEA; FBSP, 2019, p. 40) Assim, justamente pelos crimes

não serem cometidos pelos *outros*, mas pelos *nossos*, em um âmbito doméstico, há uma ideia de tratar-se de casos isolados ou problemas de casais específicos, escondendo a motivação real da cultura da violência de gênero que subjuga as mulheres. No mais, Zaffaroni (2013, p. 202) acresce que “o homicídio da mulher a golpes dentro do lar familiar não produz pânico moral, é ignorado, e se algum desses homicídios tem ampla cobertura jornalística é por causa de suas conotações sexuais”.

Na mesma toada, Rita Joana Basílio de Simões afirma que a conduta adotada na divulgação dos crimes contra mulheres dificulta uma tomada de responsabilidade institucional para as omissões do Estado, de maneira que os problemas que constituem infração de ordem dos direitos humanos são retratados como pessoais e privados. (SIMÕES, 2014)

Outrossim, para além desse problema referido, tem-se o complicador da agressão ser romantizada como uma “história de amor que não deu certo”, de modo que o crime é justificado como passional e decorrente de ciúmes, quando, na verdade, perpassa a objetificação feminina, encarando a mulher como uma coisa a ser possuída. A autora Luiza Nagid Eluf aborda essa problemática trazendo à tona mais uma inadequação cometida pelos meios de comunicação: dar fama ao assassino que pretende, através da divulgação do crime, *recuperar sua honra*, gerando a revitimização da mulher.

O homem que mata a companheira ou ex-companheira, alegando questões de ‘honra’ quer exercer, por meio da eliminação física, o ilimitado direito de posse que julga ter sobre a mulher e mostrar isso aos outros. Não é por acaso que a maioria dos homicidas passionais confessa o crime. Para eles, não faz sentido matar a esposa supostamente adúltera e a sociedade não ficar sabendo... (ELUF, 2007, p. 166)Ademais, em relação à vitimização, o que mais chama atenção quando analisados os casos com mulheres desempenhando esse papel, é o movimento da mídia de inves-

tigar e fazer uma varredura na vida pretérita das ofendidas, de modo que, muitas vezes, a desmoralização de tal vítima torna-se mais *importante* de ser noticiada do que o crime em si. Assim, qualquer *deslize* cometido pela vítima vira justificativa para o cometimento do crime e responsabilizá-la por esse, consequentemente, desresponsabilizando o agressor e tornando-o um participante secundário, levando o telespectador a ponderar o crime hediondo cometido.

Portanto, a representação midiática da objetificação da mulher passou de uma exploração do corpo feminino como objeto de desejo sexual para uma exposição exacerbada da mulher enquanto vítima. Tal transição, entretanto, não conseguiu retirar o viés sexualizado do corpo feminino, gerando situações peculiares, como a culpabilização da vítima por ser provocante demais, bonita demais ou por estar vestida de menos.

O processo de vitimização também perpassa pelo que Zaffaroni nomeia de “processo de transformação da ofendida em uma vítima-herói pela criminologia midiática”, transmutando-a em mártir e porta voz da política criminológica até ser descartada ou trocada pela nova vítima-herói do momento. (ZAFFARONI, 2013, p. 209)

De certo, toda vítima de um ato violento passa por um processo de cura dos danos sofridos. Inicialmente, tem-se o “estado de estupefação”, em que se custa a acreditar no ocorrido como realidade. Após, torna-se inevitável que a vítima lide irracionalmente com a causalidade, criando teorias e suposições de como poderia ter agido, pensado ou falado: há uma avalanche de “e se” que a faz carregar consigo uma culpa insuportável, ou passar a projetar tal culpa em algo ou alguém. Não se trata, necessariamente, de se culpar pelo fato criminoso, mas do remorso por estar naquela situação.

Assim, apenas o tempo irá fazer com que a vítima elabore o dolo e recupere a saúde mental para superar o trauma sofrido. Entretanto, quando a mídia interfere nesse processo, criando uma vítima-herói

televisada, garota propaganda do sofrimento, e reforçando seus traços de histeria e angústia, o progresso é interrompido, fixando-a e imobilizando-a no papel de vítima, e, portanto, de desgraçada, o que causa a empatia do público. (ZAFFARONI, 2013, p. 210)

A mídia tem um cristalino papel de atrair a atenção do público para vender espaço de visibilidade para seus patrocinadores e anunciantes. Ao perceber, portanto, que a “cultura da desgraça”² era, não só aceita, mas desejada pelo público, a mídia acabou por transformá-la em um conteúdo de agendamento diário, proliferando programas policiais que agem como abutres, sempre à procura de sangue e carne fresca.

Como se não bastasse tornar as mazelas da vitimização feminina um espetáculo de entretenimento, normalizando e invisibilizando a violência endêmica sofrida pelas mulheres, Rita Joana Basílio Simões ressalta que a mídia, atendendo a interesses do mercado e em consonância com o estereótipo da mulher-objeto, trata tais conteúdos com um recorte sexualizado. (SIMÕES, 2007, p. 98)

A teoria do agendamento aduz que a escolha das notícias e conteúdos jornalísticos de alguma maneira moldam a realidade política e social, de modo que os leitores e telespectadores se informam e definem a importância de determinado assunto a partir da visibilidade dada pelo jornalismo. Portanto, os meios de comunicação dizem não apenas sobre o que o público deve pensar, mas como fazê-lo. Há a naturalização dos valores da classe dominante como universais, de forma que a ideologia preponderante se propaga por meio do discurso midiático hegemônico. (BOLDT, 2013)

Segundo Bourdieu, essa técnica de controle ideológico utilizada pela mídia dá vazão a uma violência simbólica, exposta por uma cumplicidade tácita dos oprimidos e dos opressores, na medida em que, inconscientemente, aquiescem com seu papel de sofrê-la e exercê-la,

.....
2 Termo cunhado para nomear o desejo e o gosto do público pelas situações mais degradantes para a dignidade da pessoa humana. (REIS FILHO; BORGES, 2017, p. 367)

respectivamente. (BOURDIEU, 2004.) Para explicar a atração exercida pela mídia hostil, o autor Giuseppe Mininni remonta aos estudos da teoria da catarse, em que os espectadores de programas violentos se identificam e se projetam no lugar dos protagonistas da violência, de forma a descarregar as próprias tendências agressivas em períodos de maior estresse. No entanto, o constante contato com tais conteúdos faz com que haja uma excitação fisiológica que pode transbordar para situações da vida real, de modo que, ao serem expostos, as emoções e conflitos tendem a transferir essa agressividade para um contexto em que normalmente não reagiriam violentamente. (MININNI, 2008, p. 87-88)

O autor italiano relatou que em testes com crianças expostas a vídeos de cenas violentas, e logo após colocadas para brincar livremente, acabam tomando condutas agressivas com os bonecos e brinquedos, demonstrando a interferência do conteúdo violento no comportamento humano. Mininni também trouxe, nos seus estudos e experimentos, a projeção de que, se um indivíduo assistir duzentos minutos de televisão todos os dias, desde a primeira infância (2-3 anos) até chegar na puberdade (14 anos), terá visto em média 12 mil homicídios e cerca de 100 mil episódios de agressões (MININNI, 2008, p. 86), e assim serão construídos seus valores.

Na mesma toada, Beauvoir retrata a diferenciação da socialização de meninos e meninas, atrelando a essa o início de uma ascendência masculina para a dominação. Enquanto os meninos são estimulados a praticar a autoridade desde cedo, rivalizando com outros meninos e desprezando as meninas, estas são treinadas a suportar a “[...] passividade que caracterizará essencialmente a mulher ‘feminina’”. (BEAUVOIR, 1967, p. 21) Karl Popper e John Condry também alertam para o fato de programas infantis apresentarem homens e mulheres em papéis estereotipados, de forma a naturalizá-los, incentivando crianças a reproduzi-los. (POPPER; CONDRY, 1999, p. 43)

No próximo tópico, veremos se a mídia baiana tem dado essa visibilidade de forma a conscientizar contra o feminicídio, e não a estimulá-lo.

O retrato dos casos de feminicídio na mídia baiana

É inegável que, antigamente, as violências perpetradas contra as mulheres eram consideradas tabus que deveriam se restringir à ciência apenas da família, do doméstico e da zona íntima. No entanto, a agenda pública e o *jornalismo* sensacionalista vêm se apropriando da temática, de forma que o segundo ainda mantém um ar de fofoca e conversa entre comadres no formato de noticiá-las.

Não se há de negar que a ruptura do silêncio sobre o tema foi importante para a ascensão de diversas discussões e pautas feministas, políticas públicas e produção de dados para continuar com avanços. No espaço midiático, entretanto, a visibilidade não tem alcançado os efeitos esperados de mudança no paradigma do pensamento, e, por essa razão, analisar-se-á como a mídia baiana tem se comportado sobre a temática feminicídio.

Assim, deu-se início a uma análise do conteúdo midiático em notícias de portais *on-line* sobre o tópico do feminicídio no período dos meses de abril e maio de 2019. Com efeito, foram analisadas e classificadas o total de 79 notícias e reportagens de quatro dos maiores portais do estado da Bahia: *Ibahia*, *Correio 24 Horas*, *Bocão News* e *A Tarde* para determinar como é feita a cobertura dos fatos de feminicídio noticiados na mídia *on-line*.

Foi adotada, em primazia, a análise crítica do discurso, sem desprezar elementos quantitativos, além de ter sido definido como universo explorado a totalidade das notícias e reportagens dos portais supracitados que tivessem sido etiquetadas com a palavra-chave “femicídio” durante o período informado.

Necessário também explicar que a escolha dos portais de notícia foi motivada pelo grande alcance digital dos sites, dada a experiência pessoal da pesquisadora, por serem mais comentados em redes sociais e mídias digitais. Além disso, soma-se à motivação a constância de publicação sobre a temática investigada, além de apresentarem uma organização categórica das notícias por *tags*.

Ressaltasse-se que, apesar da diminuta quantidade das matérias analisadas, tal estratégia de amostragem não está distante do recomendado por Jorge Pedro Sousa para a pesquisa do conteúdo jornalístico:

Quando os fenómenos são abundantes, normalmente não é preciso estabelecer períodos alongados de amostragem. Stempel (1952), por exemplo, organizou amostras de 6, 12, 18, 24 e 48 números de um jornal durante um ano e aferiu em todas elas uma categoria temática, tendo comparado as percentagens encontradas com a percentagem dessa categoria no universo (todos os números do ano). O autor concluiu que uma amostra de mais de doze exemplares não aumentava significativamente a exactidão da aferição. Gerbner, Grooss et al. (1977) chegaram a conclusão similar sobre os conteúdos violentos em televisão: uma semana completa de amostragem dava resultados similares aos de uma amostra estratificada constituída por dias espalhados ao longo do ano. (SOUSA, 2006, p. 669)

Assim sendo, diante da afirmação de que os conteúdos violentos são similares e repetitivos, admitindo-se que seja feita uma análise completa ao longo de uma mísera semana, um estudo durante dois meses, além de proveitoso, é considerado uma amostra confiável para obter, com propriedade, o tipo de discurso empreendido nos veículos estudados.

Nos subtópicos a seguir iremos analisar as demais especificidades dessas notícias.

A linguagem e os interlocutores do discurso

A linguagem é a capacidade de expressar nossos pensamentos, opiniões e ideias, fazendo parte dos fenômenos comunicativos. Em crítica acerca da qualidade do conteúdo dos meios de comunicação de massa, Zaffaroni assevera que, na criminologia midiática, “a voz do intérprete vale-se de uma linguagem empobrecida. Diz-se que a televisão não usa mais que umas mil palavras, quando em uma língua podemos chegar a usar umas trinta mil”. (ZAFFARONI, 2013, p. 196)

Com efeito, ao ser analisado o linguajar utilizado nos portais de notícias, verifica-se que a afirmação da parca linguagem se concretizou, de maneira que não havia um vocabulário qualificado como léxico rebuscado, o que não é um problema em si, afinal, precisamente por ter um palavreado mais cotidiano e coloquial, os meios de comunicação de massa alcançam o seu público-alvo: o povo.

No entanto, a problemática reside na opção dos meios de comunicação, que, ao conseguir transpor a barreira da linguagem, não utiliza dessa abertura para atingir leitores de maneira positiva, como se espera de uma imprensa livre e comprometida com a democracia. Amartya Sen ressalta a importância da mídia para a contribuição do aumento da liberdade e, conseqüentemente, da qualidade de vida, além de deter um importante papel informativo de difundir conhecimento e análises críticas, formando valores emancipatório dos desfavorecidos e negligenciados. (SEN, 2011)

Observando as palavras mais utilizadas nas notícias, é possível depreender que o foco das reportagens estudadas reside meramente em noticiar fatos como um *fast food* de matérias jornalísticas: sem fundamentos, reflexões, problematizações, análises críticas ou promoção de conscientização ou estímulo emancipatório do público.

Assim, com a finalidade de tornar a escolha jornalística das palavras mais evidente, o presente trabalho demandou a elaboração de uma nuvem de *tags* com as 150 palavras mais utilizadas nas matérias.

na construção das notícias, sendo possível até impor condições para a manutenção das propagandas de acordo com a inclusão ou exclusão de determinados assuntos. (SOUZA JÚNIOR, 2015) Consequentemente, podemos compartilhar a responsabilidade do conteúdo das matérias a tais anunciantes, que podem escolher a que tipo de sites vão se vincular e financiar, forçando uma mudança de estratégia dessas publicações.

No mais, em consonância com o que foi asseverado por Souza Júnior, tem-se a impressão de que a ausência de material crítico é uma escolha refletida e consciente do conselho editorial, que, em busca de mais visibilidade, deixa claro quais são os reais interesses da sua mídia. Essa afirmação ganha força na medida em que também é verificada a regularidade da publicação de matérias sobre fatos que sequer ocorreram no estado da Bahia e, da mesma maneira, não trazem nenhuma novidade que justifique a sua veiculação interestadual. Vejamos:

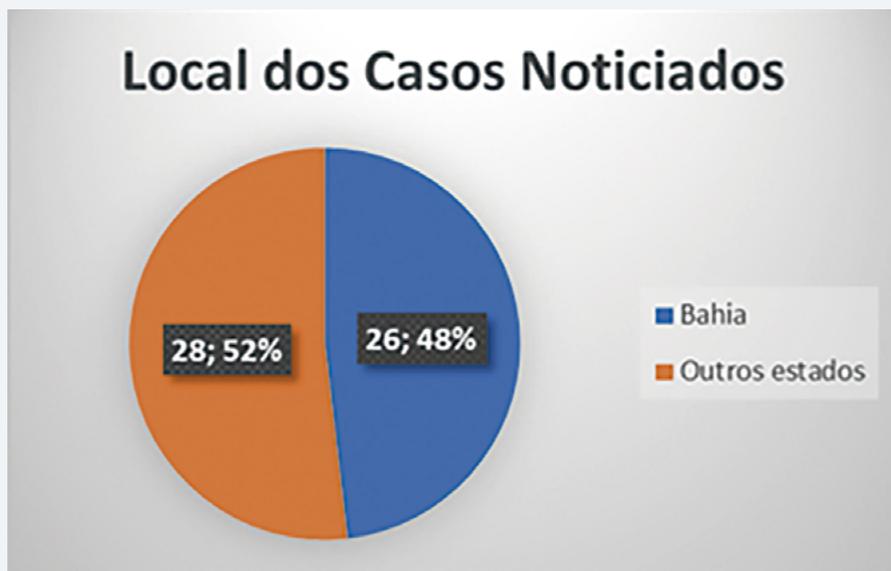


Figura 2 – Locais onde ocorreram os crimes noticiados
Fonte: Quaresma (2019).

Do mesmo modo, não é incomum, para um navegante virtual, a visualização de reportagens redigidas por jornalistas externos ao quadro de editoração do jornal, as quais, muitas vezes, têm o conteúdo sinalizado como escrito por agências de conteúdo. Tais agências são especializadas em vender matérias a serem reproduzidas, na íntegra, em todo o Brasil, não havendo sequer a designação da autoria da matéria. No mais, mesmo com a maioria dos textos de autoria feminina, a impregnação das ideias do patriarcado continua transparecendo.

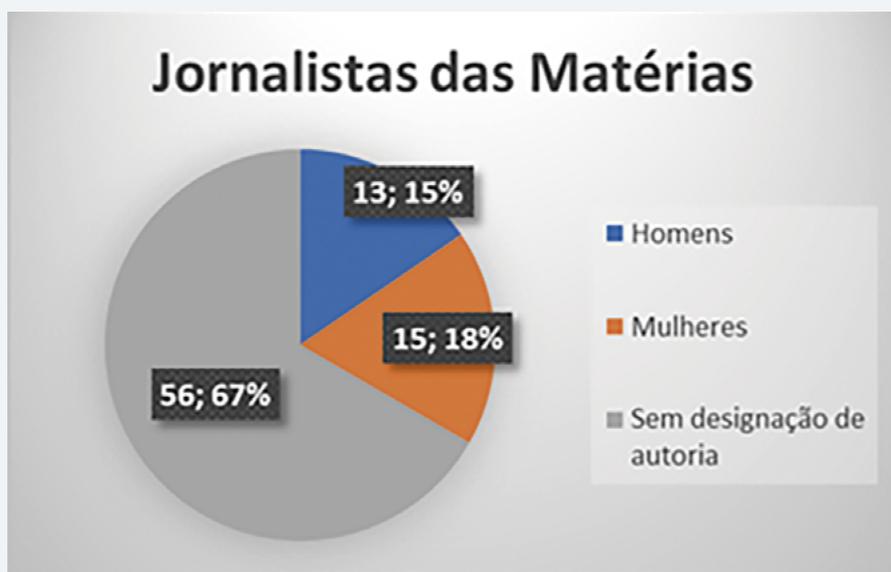


Figura 3 – Jornalistas redatores das matérias estudadas
Fonte: Quaresma (2019).

Assim, as notícias veiculadas revelam um descompromisso com a verdade, não por expressar mentiras, mas por trazer, de modo geral, o mero intuito de alavancar cliques para os patrocinadores, não havendo controle editorial sobre o conteúdo. Nesse sentido, Giuseppe Mininni traz reflexões sobre a fragilidade da mídia na busca da verdade, a julgar que as verdades midiáticas têm princípios contrastantes com a

verdade da vida das pessoas. Afinal, as pessoas exigem honestidade, verossimilhança, confiabilidade e justiça, todavia, a mídia, por ter um pensamento voltado para o âmbito econômico, foca na quantidade, podendo noticiar diversas verdades possíveis e várias versões parciais dos acontecimentos para garantir mais reportagens e, portanto, mais cliques. (MININNI, 2008, p. 120)

Assim, ainda segundo Mininni, os leitores tendem a consumir as matérias numa expectativa de boa-fé, até porque, muitas vezes, não possuem competências técnicas necessárias para suscitar dúvidas sobre a verdade que escutam, leem ou veem. (MININNI, 2008, p. 120) Inclusive, um dos artifícios da mídia para dar maior legitimidade aos fatos noticiados é a inserção da fala de autoridades ou de especialistas, que, comumente, não dão um parecer técnico e imparcial, mas reforçam os sentidos comuns e preconceitos que a criminologia midiática quer ouvir.

Em vista disso, Margarethe Born Steinberger afirma que, na maioria das ocasiões, o especialista é visto como um oráculo onisciente, sendo frequentemente chamado a opinar, fazer previsões e comentar casos que só ficou conhecendo pouco antes da entrevista. (STEINBERGER, 2005, p. 264) A mídia, portanto, além de oferecer palanque para a promoção pessoal desses indivíduos, legitima seu discurso ao mesmo tempo em que inibe acusações de impropriedade ou incoerências dos seus fatos noticiosos. Nesse sentido, Steinberger assevera que as notícias não podem ser taxadas como verdadeiras, mas, no máximo, como verossímeis. (STEINBERGER, 2005, p. 121)

Ainda no quesito linguístico, a pesquisadora espanhola Natália Fernández Díaz, em análise da evolução sociocultural da representação do homem agressor pela imprensa espanhola, observou que os jornais acabam ocultando o agressor na construção gramatical das frases de manchetes, ou destacando-o apenas quando este possui alguma relevância profissional, a fim de *apimentar* o caso na expectativa de gerar mais cliques. Assim, no restante das situações, as mulheres são

colocadas como sujeitos da oração, mas sempre ocupam a posição gramatical de voz passiva, ou seja, as que sofrem a ação do verbo. (DÍAZ, 2003) Dessa forma, embora a mulher seja, linguisticamente, o centro, ela permanece despersonalizada, anulada, passiva, sem voz. Vejamos alguns dos diversos exemplos: “Mulher é assassinada a tiros em via pública no bairro do Lobato” (2019), “Mulher é morta a facadas pelo marido em Itatim” (2019), “Advogada é assassinada dentro de casa no Paraná; marido é suspeito” (2019), “Jogador de futebol é preso após agredir ex-namorada: ‘me bateu até eu desmaiar’” (2019), “Três mulheres são assassinadas na capital paulista no fim de semana” (2019), “Mulher é morta a golpes de estilete após negar pedido de namoro” (2019).

Do conteúdo principal das notícias e reportagens

No estudo do conteúdo midiático dos portais *on-line*, também se verificou os principais temas das matérias publicadas. Desse modo, foram separadas nas seguintes categorias: “operação policial”, “desenrolar de crime anterior”, “publicização de fato criminoso”, “apresentar iniciativa legislativa”, “divulgação de dados estatísticos”, “divulgação da realização de campanhas governamentais ou da sociedade civil contra a violência de gênero ou da mulher” e “publicar matérias informativas e de conscientização sobre temas contra a violência de gênero”. Confira os dados a seguir.

Outrossim, sedimentou-se o entendimento de que, nos portais de notícias analisados, dos quais se esperava que tivessem um papel ativo na conscientização e formação da opinião pública para um enfrentamento da cultura machista, em verdade, acabam por reforçar uma ideologia dominante, unicamente expondo as mulheres enquanto vítimas de casos isolados. Os resultados, portanto, mostram que a visibilidade da violência contra a mulher está restrita aos cadernos policiais, que não contribuem para demonstrá-la como um problema

social de interesse público. Conquanto, Amartya Sen assevera que, em sociedades com tradição da desigualdade de gênero dominada pelos homens, exige-se discussões públicas informativas e campanhas de intervenção na opinião pública, não bastando considerações de casos individuais. (SEN, 2011)

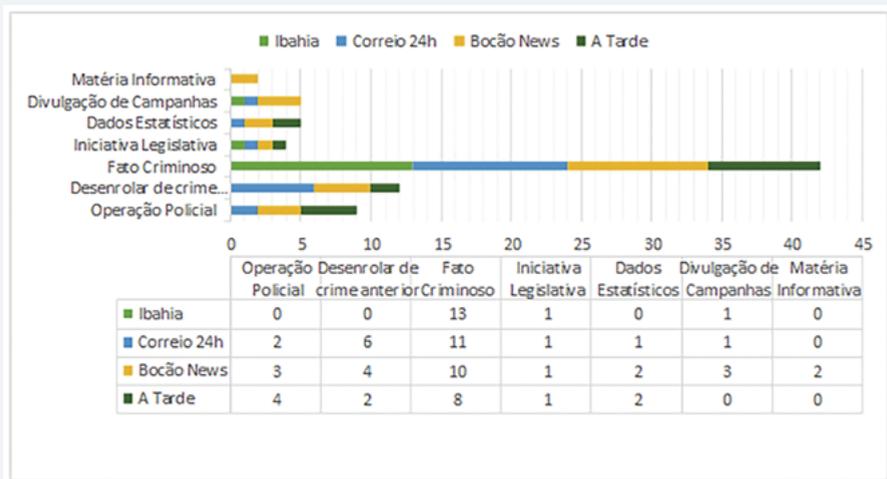


Figura 4 – Categorização do conteúdo das matérias analisadas
Fonte: Quaresma (2019).

No mais, é necessário ressaltar que apenas o portal de notícias *Bocão News* trouxe reportagens unicamente com o intuito de conscientizar seu público a respeito das mazelas do machismo, intituladas “Masculinidade tóxica faz homens e mulheres vítimas do machismo: conheça o jovem que sofre por ser negro e gay afeminado” (2019) e “Não justifique, denuncie: mulher fala sobre arrependimento de não ter denunciado agressões sofridas por ex-namorada” (2019). Em síntese, a primeira traz informações importantes, como o conceito e os desdobramentos da masculinidade tóxica, e a segunda aborda a importância de denunciar as agressões – físicas, psicológicas, financeiras etc. – desde o início. No entanto, apesar de elas terem um conteúdo mais crítico, se utilizam das mesmas bengalas dos outros

portais: ambas trazem imagens e depoimentos de sobreviventes de agressões – apesar da segunda criar nomes fictícios, enquanto a primeira traz a imagem focando o rosto da vítima –, apelando para a criação de vítimas-herói, assim como convocam autoridades para legitimação do discurso.

Importante também ressaltar que, embora a manchete da matéria informativa e de conscientização do *Bocão News* seja um imperativo para que vítimas denunciem casos de violência, o único veículo de imprensa que trouxe os passos para tal ação, com instruções, endereços e telefones de uma rede de apoio para a mulher vítima, foi o *Correio 24h*, em duas das 22 matérias analisadas na amostragem.

Ainda na temática de conteúdo, podemos verificar que a forma de transmissão do discurso tende a reproduzir socialmente uma visão estereotipada das mulheres vítimas de violência, sendo, portanto, recorrente a presença do julgamento moral da vítima. Assim, apesar de não explícito no texto, é possível ler, nas entrelinhas, perguntas como: “por que não denunciou antes?” ou “por que continuava com um homem que sabia ser violento?”. Vejamos alguns exemplos: “Mesmo sofrendo violências psicológica, material e física, Kely continuou o casamento por acreditar nas promessas do então marido, que garantia que as agressões não voltariam a acontecer” (ELE SEMPRE..., 2019), “Lucival era conhecido como uma pessoa boa, sem se envolver em confusão ou causar problemas. Contudo, dentro de casa, ele vinha tendo discussões com a esposa por conta de ciúmes” (HOMEM MATA..., 2019) e “Amigos da vítima também afirmam que o relacionamento de ambos era conturbado e que existiram episódios de violência, mas Priscila preferiu não denunciar”. (EX DE PROFESSORA..., 2019)

Não se pode deixar de comentar, também, as tentativas de justificção das atitudes machistas perpetrada pelos homens. “Cego pelos ciúmes”; “no calor de uma discussão”; “inconformado com o fim do relacionamento”; “por desconfiança”. Foram muitas as frases para

esconder as raízes de uma sociedade misógina. Segundo Rita Simões, ao serem descritos como incapazes de controlar suas emoções, os homens são desculpabilizados (SIMÕES, 2007, p. 99), além de haver uma verdadeira legitimação do sentimento de propriedade em relação às mulheres.

Outrossim, se faz mister mencionar que vários dos veículos de notícia investigados, com exceção do *Ibahia*, insistem em trazer furos de notícias sobre crimes antigos que tiveram grande repercussão. Assim, tais matérias acabam tendo o papel de atualizar o público sobre marcações de audiências, simples despachos, produção de provas, condenações ou prisões dos acusados, e até de informar sobre o conteúdo de peças processuais. Constituem algumas dessas situações as matérias intituladas: “Caso de baiana que levou 68 facadas em tentativa de feminicídio tem audiência marcada” (2019a, 2019b), “Luís Felipe Manvailier irá a júri popular por assassinar a esposa” (2019), “Ex-estudante de Direito é preso por morte de namorada com 38 facadas em 2007” (2019).

Nesses termos, os atos processuais acabam sendo noticiados como se fossem uma nova etapa do espetáculo, que põe os atores processuais como personagens da atração. Vejamos trechos exemplificativos de duas dessas reportagens: “Especialista em Direito e Processo Penal, o advogado criminalista Levy Moscovits, foi nomeado assistente de acusação do caso. A decisão foi proferida pela juíza Gelzi Maria Almeida Souza, do 1º Juízo da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Salvador” (ADVOGADO..., 2019) e “A juíza Paola Gonçalves Mancini de Lima, da Comarca de Guarapuava (PR), absolveu o réu do crime de cárcere privado. No entanto, ela manteve a prisão preventiva do acusado”. (LUIS..., 2019) Um fator interessante evidenciado é o lugar ocupado na memória dos leitores por esses casos espetacularizados, que se tornam tão conhecidos, graças às constantes repetições da história das vítimas-herói, que os portais não precisam sequer rememorar os fatos aos leitores. Assim, as vítimas são lembradas como se fossem

subcelebridades, sendo evidente a estigmatização e a revitimização. O mesmo acontece com alguns autores dos crimes, que são reconhecidos pelo nome ou pelo *modus operandi* do crime, ressaltando o que antes fora discutido, no sentido de premiar com a fama o agressor que expôs a todos que mulher sua não sai impune ao descumprir o papel de gênero submisso. Um exemplo nítido é do agressor Luís Felipe Manvailier, que dada a quantidade de menções ao seu nome, fez com que este ficasse entre as 150 palavras mais utilizadas nas notícias.

Segundo Wilson Gomes, esse fenômeno de *requentar* os crimes célebres é uma técnica jornalística para alongar os efeitos dos escândalos até que outra história, mais empolgante e violenta, tome o seu lugar. (GOMES, 2004) Tais artimanhas do jornalismo-espetáculo, empregadas para distender a notícia por meio do controle da economia narrativa, a fim de conseguir mais audiência, representa o distanciamento da função precípua do jornalismo, de informar, conscientizar e emancipar a população.

Imagens valem mais do que palavras

Se a expressão popular atribuída ao filósofo chinês Confúcio estiver correta, fazendo com que as imagens valham mesmo mais do que mil palavras, faz-se possível afirmar que os portais de notícias estudados não estão interessados em assegurar os direitos fundamentais dos acusados e muito menos das vítimas, apenas lhes apetece ilustrar as suas versões dos fatos da maneira que mais atraia e dê curiosidade ao público.

Igualmente como realizado com os outros elementos das notícias, os gráficos e as imagens constantes nas matérias foram compilados e analisados a partir das categorias “campanhas realizadas”, “vídeo da agressão”, “acervo e outros (imagens genéricas)”, “autoridades”, “local do crime”, “arma do crime”, “vítima”, “casal” e “acusado”. Vejamos:



Figura 5 – Conteúdo das imagens contidas nas matérias analisadas
 Fonte: Quaresma (2019).

Em vista dos dados coletados, indubitavelmente, são inúmeras as infrações dos mais diversos direitos, tanto das vítimas quanto dos acusados. Não à toa, diversos destes programas televisivos sensacionalistas da Bahia foram acionados pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pelo Ministério Público Federal pela violação, de forma sistemática, reiterada e ostensiva, de uma série de direitos fundamentais.³ Em suma, há um ataque frontal à Constituição Federal e aos direitos fundamentais resguardados pela lei maior – direitos que não devem ser suprimidos sequer com a prisão ou com o fim da vida. Noutras palavras, são reiteradamente escarnecidos os direitos à privacidade, à honra, à imagem, à presunção de inocência, ao julgamento justo, ao devido processo legal, à dignidade da pessoa humana, ao esquecimento e outros vários.

.....
 3 Diversas foram as denúncias sobre programas baianos, de modo que se faz possível acompanhar algumas das acusações nas seguintes fontes: Garcia (2012), MPBA (2009) e Cardoso (2009).

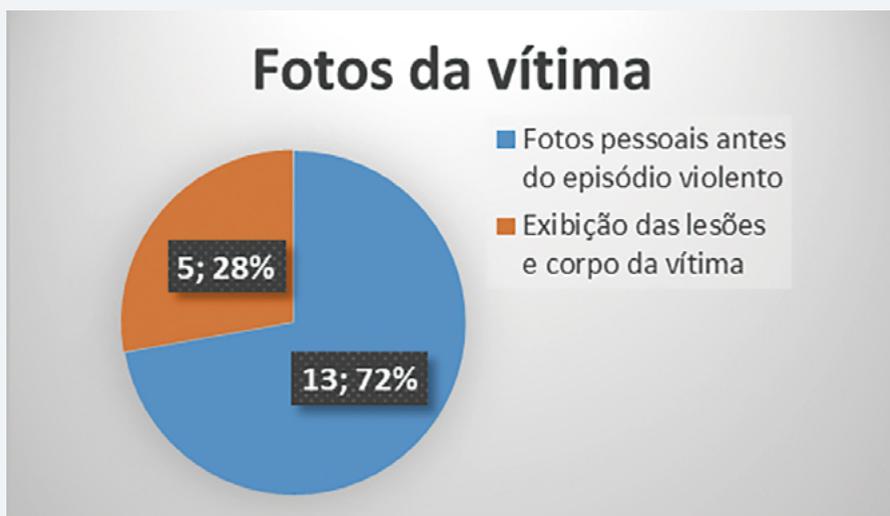


Figura 6 – Fotos da vítima
 Fonte: Quaresma (2019).

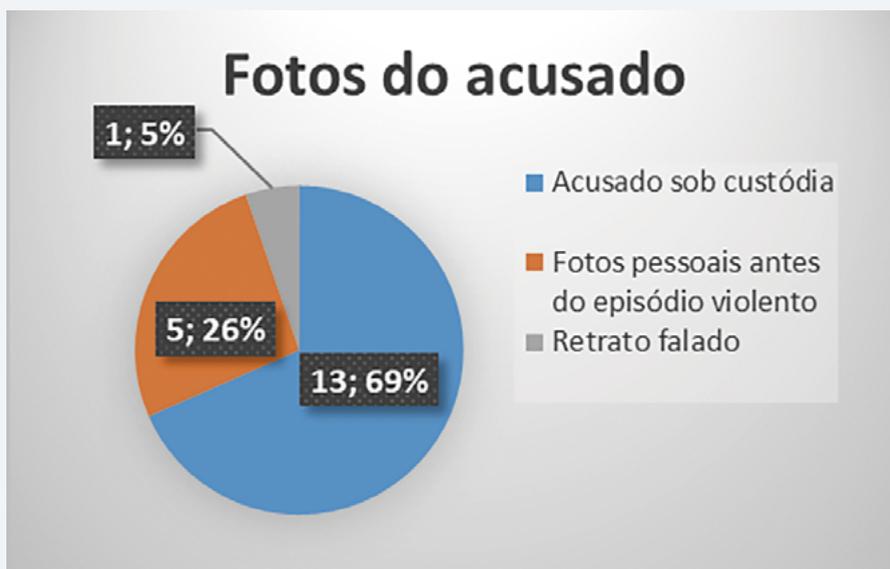


Figura 7 – Fotos do acusado
 Fonte: Quaresma (2019).

A lista de infrações é extensa, e abarca, ainda, infrações ao Código de Ética do Jornalismo. Segundo o art. 11, inciso II do referido, “art. 11. O jornalista não pode divulgar informações: [...] II de caráter mórbido, sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes e acidentes”. (FENAJ, 1985) Desse modo, a exibição de fotos de locais de crime, corpos, rosto de vítima desfigurado e vídeos de agressões são absolutamente antiéticos e contra os mandamentos de um profissional preocupado com as práticas jornalísticas.

Luciana Weyne afirma que a propagação da violência pelos meios de comunicação funciona por meio da repetição, de modo que ficam gravados no imaginário popular tais recortes da realidade como único sentido possível. Assim, a violência como memória discursiva se torna natural. A autora acrescenta, também, que “[...] o papel do telejornal como representante da sociedade e formador de opinião se consolida mais ainda. Assim, a realidade que chega ao conhecimento dos sujeitos é aquela apresentada sob o filtro da imprensa”. (WEYNE, 2012, p. 91)

Por fim, diante da constante exposição de fotos, vídeos, textos e notícias de violência contra a mulher, sem que estejam acompanhados de uma reflexão profunda sobre as suas causas e seus efeitos deletérios, a violência acaba se tornando banal, promovendo uma naturalização da vitimização feminina. A consequência disso é que a mídia vai precisar expor cenas cada vez mais violentas para ganhar a atenção da audiência. Nessa perspectiva, a autora Rita Simões se posiciona no sentido de que, o que antes era visto como extraordinário, acaba sendo normalizado e considerado parte da cultura de uma sociedade. (SIMÕES, 2007, p. 97)

Assim, como conclui Dantas, Leite e Tagino (2013), as notícias espetacularizadas ofuscam a realidade, de maneira a não permitir que os sujeitos sejam capazes de discernir o exagero das situações, como se estivessem anestesiados, transmutando a crueldade das notícias para seus cotidianos e assumindo a violência como fato irreversível em suas vidas.

Considerações finais

A despeito das diversas transformações sociais e da luta feminista para uma mudança do paradigma hegemônico, no inconsciente coletivo da sociedade, persiste a ideia de que o feminino é o sexo frágil e deve ceder à dominação masculina. Nesses termos, o feminicídio se legitima como a maior expressão do desprezo à condição de mulher. Não à toa, seus números continuam a crescer vertiginosamente, retratando o contexto de ausências de um Estado patriarcal, inseguro e hostil às mulheres.

Apesar da desavença doutrinária quanto à qualificadora do feminicídio incrementar ou não o punitivismo, ou de ser positivo a adoção de um *nomen juris* permitindo a colheita de dados para incentivar políticas públicas, sabemos que, independentemente de como se chame o tipo penal, os sujeitos a serem encarcerados continuarão sendo constituídos por grupos estigmatizados pelo sistema de justiça criminal e pelo racismo.

Outrossim, identificou-se que a mídia e a criminologia midiática desempenham um papel fundamental na manutenção de estereótipos e papéis de gênero no imaginário popular, tendo o poder de intervir nas pautas da opinião pública e ditar para que lado irão caminhar as mudanças de pensamento da população.

Posto isso, foram discutidos os enquadramentos adotados pela mídia a fim de noticiar casos de feminicídio e violência contra a mulher, de modo a ser notável que a vitimização e a perpetuação da mulher enquanto vítima passiva impera no rótulo criado. No caso particular da mídia baiana, nas matérias analisadas dos portais de notícias *Ibahia*, *Correio 24h*, *Bocão News* e *A Tarde*, confirma-se este comportamento. Restou evidente, portanto, a prática de noticiar casos violentos como se fossem isolados e pontuais, sendo inequívoca a despreocupação na contextualização sobre problemas estruturais do patriarcado e o interesse de obter audiência às custas da morte de mulheres.

Em vista disso, a rotinização da exposição da mulher ofendida nos meios de comunicação faz com que crimes bárbaros sejam vistos como banais, de modo que a mídia visibiliza casos cada vez mais violentos para o engajamento do público, a promover um ciclo vicioso de habitualidade, de incremento de violência ao cotidiano e a perpetuar o *continuum* da morte de mulheres por sua condição de gênero.

Conclui-se, desse modo, que, nos moldes atuais, a cobertura dos casos de feminicídio por parte da imprensa baiana reforça a cultura machista e a ideologia androcêntrica dominante, consolidando o pensamento de que o gênero masculino é superior ao feminino.

Referências

ADVOGADA é assassinada dentro de casa no Paraná. Marido é suspeito. *Correio 24h*, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/advogada-e-assassinada-dentro-de-casa-no-parana-marido-e-suspeito/>. Acesso em: 6 jun. 2019.

ADVOGADO de fisioterapeuta esfaqueada quer levar suspeito a júri popular. *A Tarde*, 25 abr. 2019. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/2054098-advogado-de-fisioterapeuta-esfaqueada-quer-levar-suspeito-a-juri-popular>. Acesso em: 6 jun. 2019.

BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. A experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juará, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução sob a direção de Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRASIL. Lei N.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Lei Maria da Penha). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as

Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASIL. Lei N.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico feminista. Sistema Penal & Violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

CAPUTI, Jane; RUSSELL, Diane. Femicide: Sexist Terrorism Against Women. In: RUSSEL, Diana; RADFORD, Jill (Ed.). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Twaine Publishers, 1992.

CARDOSO, Maiama. “Na mira” é alvo de ação do MP. *Ministério Público do Estado da Bahia*, 08 abr. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/25095>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CASARA, Rubens R R. Processo Penal do Espetáculo. *Justificando*, 14 fev. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>. Acesso em: 26 maio 2019.

CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: e outros ensaios*. 2. ed. Florianópolis: Tirante lo Blanch, 2018.

CASO de baiana que levou 68 facadas a mando do ex tem audiência marcada. *Correios 24h*, 7 maio 2019a. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/caso-de-baiana-que-levou-68-facadas-a-mando-do-ex-tem-audiencia-marcada/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CASO de baiana que levou 68 facadas em tentativa de feminicídio tem audiência marcada. *Bocão News*, 6 maio 2019b. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/jusnews/>

justica/234894,caso-de-baiana-que-levou-68-facadas-em-tentativa-de-feminicidio-tem-audiencia-marcada.html/. Acesso em: 06 jun. 2019.

DANTAS, Geovanna Adya Cordeiro; LEITE, Jailma Simone Gonçalves; TARGINO, Maria das Graças. Mídia e violência: dicotomia deontológica entre ética e prática jornalística. *DataGramaZero*, v. 14, n. 5, p. 06, 2013. Disponível em: <http://www.brapci.inf.br/index.php/article/view/0000014516/345bd0875431894a0bd96b3e6b89705f/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

DÍAZ, Natalia Fernández. *La violencia sexual y su representación en la prensa* [Serie Cultura y Diferencia]. Espanha: Anthropos, 2003.

ELE SEMPRE vinha com a conversa de que ia mudar. Até que um dia a coisa ficou muito grave, conta vítima de tentativa de feminicídio. *Bocão News*, 17 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/index.php/noticias/mulher/policia/233492,ele-sempre-venha-com-a-conversa-de-que-ia-mudar-ate-que-um-dia-a-coisa-ficou-muito-grave-Conta-vitima-de-tentativa-de-feminicidio.html>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres de Pontes Visgheiro a Pimenta Neves*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

EX DE PROFESSORA morta na Vila Canária é denunciado pelo MP-BA. *Correio 24h*, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/ex-de-professora-morta-na-vila-canaria-e-denunciado-pelo-mp-ba/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

EX-ESTUDANTE de direito é preso por morte de namorada com 38 facadas em 2007. *Correios 24h*, 13 maio 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/ex-estudante-de-direito-e-preso-por-morte-de-namorada-com-38-facadas-em-2007/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. *Código de Ética do Jornalista Brasileiro*. Terceira versão. Rio de Janeiro: 1985. Disponível em https://www.fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Uma conversa de pretas sobre violência sexual. In: ARAUJO, Silmeia; PIMENTEL, Silvia. *Raça e gênero*:

discriminações, interseccionalidades e resistências. São Paulo: Educ, 2020. p. 65-82.

FRAGOSO, Julia Monárrez. Femicídio sexual serial en Ciudad Juárez. 1993-2001. *Revista Debate Feminista*, México-DF, ano 13, v. 25, p. 286, 2002. Disponível em: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wpcontent/uploads/2016/03/articulos/025_21.pdf. Acesso em: 8 jun. 2019.

FRANÇA, Misael Bispo da; COLAVOLPE, Luís Eduardo Serpa. Lei do Femicídio: Para Quem E Para Quê? Uma Abordagem Constitucional. *Cadernos de Direito Actual*, n. 3, p. 333-349, 2015. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/56>. Acesso em: 10 maio 2019.

GARCIA, Raphael Tsavkko Garcia. Humilhação de Jovem na TV abre debate sobre regulação da mídia. *Global Voices*, 23 maio 2012. Disponível em: <https://pt.globalvoices.org/2012/05/23/brasil-jovem-estupro-tv-regulacao-midia/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

GOMES, Wilson. *Transformações da política na era da comunicação de massa*. São Paulo: Paulus, 2004.

HOMEM MATA a filha de 10 anos e atira no filho de 5 durante briga com a esposa. *Correio 24h*, 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/homem-mata-a-filha-de-10-anos-e-atira-no-filho-de-5-durante-briga-com-a-esposa/>. Acesso em: 6 jun. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (org.). *Atlas da violência 2019*. Brasília, DF: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

JOGADOR de futebol é preso após agredir ex namorada. Me bateu até eu desmaiar. *Correio 24h*, 9 maio 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/advogada-e-assassinada-dentro-de-casa-no-parana-marido-e-suspeito/>. Acesso em: 6 jun. 2019.

LEMOS, Ligia Maria Prezia. Nuvem de tags como ferramenta de análise de conteúdo: uma experiência com as cenas estendidas da telenovela *Passione* na internet. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação*, v. 10,

n. 1, abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/21192/11526>. Acesso em: 14 jun. 2019.

LUIS Felipe Manvailer irá a júri popular por assassinar a esposa. *Bocão News*, 17 maio 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/jusnews/justica/235908,luis-felipe-manvailer-ira-a-juri-popular-por-assassinar-a-esposa.html/>. Acesso em: 6 jun. 2019.

MASCULINIDADE Tóxica faz homens e mulheres vítimas do machismo: conheça o jovem que sofre por ser negro e gay afeminado. *Bocão News*, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/mulher/especial/237126,masculinidade-toxica-faz-homens-e-mulheres-vitimas-do-machismo-conheca-o-jovem-que-sofre-por-ser-negro-e-gay-afeminado.html>. Acesso em: 6 jun. 2019.

MININNI, Giuseppe. *Psicologia cultural da mídia*. Tradução de Mario Bresighello. São Paulo: A girafa Editora: Edições SESC SP, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Juiz acata pedido do MP e determina suspensão do programa Na Mira. *Jusbrasil*, 15 abr. 2009. Disponível em: <https://mp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/1003322/juiz-acata-pedido-do-mp-e-determina-suspensao-do-programa-na-mira>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MULHER É ASSASSINADA a tiros em via pública no bairro do Lobato. *Bocão News*, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/mulher/policia/232996,mulher-e-assassinada-a-tiros-em-via-publica-no-bairro-do-lobato.html>. Acesso em: 6 jun. 2019.

MULHER É MORTA a facadas pelo marido em Itatim. *Bocão News*, 13 maio 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/policia/policia/235462,mulher-e-morta-a-facadas-pelo-marido-em-itatim.html>. Acesso em: 6 jun. 2019

MULHER É MORTA a golpes de estilete após negar pedido de namoro. *Bocão News*, 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/mulher/bahia/232762,mulher-e-morta-a-golpes-de-estilete-apos-negar-pedido-de-namoro.html/>. Acesso em: 6 jun. 2019.

NÃO JUSTIFIQUE, denuncie: mulher fala sobre arrependimento de não ter denunciado agressões sofridas por ex-namorada. *Bocão News*,

09 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bnews.com.br/noticias/mulher/especial/232857,nao-justifique-denuncie-mulher-fala-sobre-arrependimento-de-nao-ter-denunciado-agressoes-sofridas-por-ex-namorada.html>. Acesso em: 6 jun. 2019.

POPPER, Karl; CONDRY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

QUARESMA, Amanda Gonçalves Prado. *O papel da mídia no controle social do feminicídio: um estudo sobre o tratamento dado pela imprensa baiana*, 90f, Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS FILHO, Cláudio José Andrade dos; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade: uma análise de sua proteção no contexto da “cultura da desgraça”. In: CONGRESSO DA UFBA 2017: PESQUISA, ENSINO E EXTENSÃO, 2017. Caderno de Resumos. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 17 out. 2017, p. 367. Disponível em: http://www.congresso2017.ufba.br/wp-content/uploads/congresso-ufba_caderno-resumos.pdf. Acesso em: 1 jun. 2019.

SABADELL, Ana Lucia. Violência contra a mulher e o processo de juridificação do Feminicídio. Reações e relações patriarcais no Direito Brasileiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 168-190, jan./mar. 2016.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de Gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMÕES, Rita Joana Basílio de. *A violência contra as mulheres nos media: lutas de gênero no discurso das notícias (1975-2002)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SIMÕES, Rita Joana Basílio de. *Do “pessoal ao político”: Tensões, paradoxos e implicações da mediatização da violência contra as mulheres em Portugal*. out. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328065960_Do_pessoal_ao_politico_Tensoes

paradoxos_e_implicacoes_da_mediatizacao_da_violencia_contra_as_mulheres_em_Portugal. Acesso em: 13 jun. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA, Jorge Pedro. *Elementos de Teoria e Pesquisa da Comunicação e dos Media*. 2. ed. rev. e ampl. Porto: Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação, 2006. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/sousa-jorge-pedro-elementos-teoria-pesquisa-comunicacao-media.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SOUZA JÚNIOR, Wilson Gomes de. *Miseravões, Bichos Soltos e Bandidos: o jornal Massa! e a prisão de suspeitos da prática de crimes*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

STEINBERGER, Margarethe Born. *Discursos geopolíticos da mídia: jornalismo e imaginário internacional na América Latina*. São Paulo: EDUC; Fapesp; Cortez, 2005.

TRÊS mulheres são assassinadas na capital paulista no fim de semana. *A tarde*, 29 abr. 2019. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/2055567-tres-mulheres-sao-assassinadas-na-capital-paulista-no-fim-de-semana/>. Acesso em: 6 jun. 2019.

WEYNE, Luciana Maria Godoy Webler. A espetacularização do crime nos telejornais populares: análise da cobertura do Massacre de Realengo feita pelo programa Balanço Geral. SEMINÁRIO INTERNO DE PESQUISA DO LABORATÓRIO ARQUIVOS DO SUJEITO. 1. , 2012, Niterói. *Anais [...]* Niterói: UFF, 2012. p. 82-92. Disponível em: <http://www.las.uff.br/periodicos/index.php/seminariointerno/article/view/9/10>. Acesso em: 16 jun. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 1. ed. 1 reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE RELIGIOSA AOS ADVENTISTAS EM RELAÇÃO À PROFISSÃO MILITAR

André Gomes Pereira

Introdução

Este artigo tem como escopo a análise das garantias e restrições do direito à liberdade religiosa dos militares adventistas na sua atividade profissional. Inicialmente, serão focados os aspectos conceituais da liberdade religiosa, tratando das dimensões que compõem esse direito e sua forma *tripartite*. Sequencialmente, far-se-á o exame desse direito fundamental no ordenamento jurídico pátrio e do aparente conflito entre a proteção à liberdade religiosa e a missão constitucional imposta aos militares.

Neste estudo serão utilizadas as questões dogmáticas envolvendo a religião adventista de forma a discutir a liberdade de crença e seus limites na profissão militar, ou até mesmo a inviabilidade dessa liberdade por ofensa à convicção religiosa dos adeptos da religião Adventista.

Os adventistas do sétimo dia compõem um grupo religioso que, segundo Aloisio Cristovam dos Santos Júnior (2013, p. 388), se destaca no Brasil por manter uma extensa rede de serviços educacionais e de saúde, além de apresentar uma parcela significativa de conflitos judiciais, tanto nos tribunais brasileiros quanto europeus e norte-americanos, especialmente no tocante à guarda do sábado.

Segundo a obra *Declarações da Igreja* (2012),¹ a história da denominação Igreja Adventista do Sétimo Dia tem origem no ano de 1869, quando esta foi formalmente organizada. Os adventistas do sétimo dia são um grupo cristão consciencioso de temas atuais importantes nas relações das pessoas.

O escopo deste artigo é apresentar um questionamento doutrinário do conflito da liberdade religiosa com a missão dessa categoria especial de servidores, pois a própria Carta Magna definiu como competência das Forças Armadas, instituições nacionais permanentes e regulares, a defesa da pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (CF, Art 142, caput), aspectos fundamentais para manutenção do Estado. A missão dessas instituições militares reveste-se de grande importância num ambiente democrático, pois não há Poderes constitucionais verdadeiramente livres sem a garantia das Forças Armadas. (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 1142)

O Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, define que os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria, denominados militares, caracterizando-se a carreira militar por ser uma atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípuas dessas instituições.

O ingresso na carreira militar pode ocorrer nas formas estabelecidas pelo Estatuto dos Militares²: voluntariamente ou de maneira obrigatória para o serviço militar inicial. É necessário entender que o cidadão, em tempo de paz, pode ser dispensado do serviço militar inicial por

.....
1 A obra *Declarações da Igreja* (2012) é o volume que apresenta declarações e orientações discutidas, aprovadas e votadas pelas lideranças da Igreja Adventista do Sétimo Dia, no período de 1980 a 2010, realizando uma abordagem confessional das "crenças fundamentais".

2 Ver Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Art 10 "É facultado ingresso nas Forças Armadas, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica".

imperativo de consciência decorrente de crença religiosa. No entanto, há a necessidade de estudar as implicações quanto à liberdade religiosa daqueles que, de forma voluntária, ingressam nas Forças Armadas.

Apresenta-se, a seguir, alguns dos questionamentos mais comuns sobre o tema, assim como a discussão do assunto à luz da teoria geral dos direitos fundamentais. Para tal, lança-se mão do recurso à jurisprudência e à doutrina, sobretudo o uso da hermenêutica jurídica, mantendo como base o estudo do ordenamento jurídico pátrio. Eventualmente, ainda, uma breve análise de questões similares em legislações alienígenas.

A liberdade religiosa – aspectos conceituais

A ideia de tolerância religiosa deu-se a partir da quebra da integridade da cristandade, ao surgirem minorias religiosas defensoras do direito de cada indivíduo professar sua própria fé, diferentemente de como os modernos documentos constitucionais tratam a concepção da liberdade de religião e crença, como ressalta Canotilho (2003, p. 383), um direito inalienável do homem.

No estudo conceitual de qualquer direito fundamental, cabe caracterizá-lo como um direito natural e inalienável que ingressa no ordenamento jurídico por meio de positivação constitucional. (CANOTILHO, 2003, p. 377) E estando no corpo constitucional, ganha proteção normativa, como regras e princípios do direito constitucional. É certo que a liberdade religiosa, por ser um direito fundamental, é entendida como um direito inerente à própria noção de pessoa, como direito básico da pessoa, que constitui a base jurídica da vida humana no seu nível de dignidade. (MIRANDA, 2000)

Seguindo o ensinamento de Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 117), que é indispensável à conexão entre o direito individual à liberdade religiosa e os princípios previstos nos artigos 1º e 4º da Constituição

Federal. A dignidade da pessoa humana, segundo Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 135), é a norma embasadora de todo o sistema constitucional que orienta a compreensão do catálogo de direitos.

A liberdade religiosa é um direito fundamental estruturado nas dimensões negativa e positiva (SILVA, 2015). A dimensão negativa caracteriza-se pela imposição do dever de abstenção do Estado frente ao direito subjetivo do cidadão acerca da sua liberdade religiosa. Por outro lado, a sua dimensão positiva está na prestação de serviços que venham a permitir maior efetividade da garantia à liberdade religiosa.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz a liberdade religiosa na dimensão negativa ao tornar inviolável a liberdade de consciência e de crença (Art 5º, inciso VI, CF), e estabelece como limite a interferência negativa do Estado na liberdade de crença do indivíduo. Por outro lado, impõe ao poder estatal que, por meio de ação positiva, propicie os meios necessários para o pleno gozo desse direito, como, por exemplo, ao assegurar a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (Art 5º, inciso VI, CF).

Buscando uma maior amplitude de conhecimento acerca da liberdade de religião, segue-se o ensinamento trazido por Manoel Jorge e Silva Neto (2013), de que a liberdade religiosa possui um caráter tripartite: liberdade de crença (opção por determinado segmento religioso ou nenhum), liberdade de culto (liberdade de expressar a crença por meio de rituais) e liberdade de organização religiosa (liberdade em construir novas organizações religiosas).

Conforme Martinelli (2009, p. 83), há autores que encaram como conceito superado o termo liberdade religiosa, pois o correto seria liberdade de crença, “sendo ter ou não uma religião parte desta liberdade constitucionalmente tutelada”. Porém, passando por uma pesquisa fundamentada e, ainda, de acordo com a conceituação tripartite de Manoel Jorge, se o termo fosse apenas “liberdade de crença”, deixaria sem garantia as liberdades referentes ao culto e à organização religiosa.

A proteção à liberdade religiosa alcança tanto a liberdade de crença quanto de não crença, desta forma, vincula-se ao princípio da autodeterminação (MARTINS, 2009, p. 99), que tem o seu assento constitucional no art. 4º, inciso III, o qual reconhece a dignidade da pessoa humana como um dos primados da República. O indivíduo, ao se autodeterminar, pode escolher entre o teísmo, o ateísmo e o agnosticismo. (SILVA NETO, 2013, p. 49)

Ainda sob esse aspecto, Humberto Martins define a autodeterminação como uma “decisão primária, de nível consciente, que o homem livre deve e pode fazer. Sua relação com o divino, o sobrenatural e o metafísico integra o âmbito de liberdade e de autodeterminação. É a liberdade de consciência e de escolha”. (MARTINS, 2009, p. 100)

A liberdade religiosa aos crentes pressupõe a proteção da sua fé, a defesa de seu direito de deixar de acreditar em determinada expressão da religiosidade, ou mesmo, conforme Humberto Martins (2009, p. 101), de alterar seu vínculo com a igreja escolhida, admitindo-se a conversão em nova fé. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), definindo a liberdade religiosa, no art. 18, inclui como uma de suas expressões a liberdade de mudar de religião.

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a *liberdade de mudar de religião ou crença* e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. (DUDH, 1948, Artigo 18, grifo nosso)

A liberdade religiosa, como um direito fundamental, tem reconhecida algumas características decorrentes de uma concepção jusnaturalista anterior. E, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 180-182), são os seguintes caracteres: a historicidade referente ao surgimento, evolução e ampliação com o decorrer dos tempos; a inalienabilidade, por não possuir um conteúdo econômico-patrimonial, ou seja, não

negociáveis e nem transferíveis; a possibilidade de não serem exercidos, porém não se admite a renúncia desses direitos; por fim, o exercício não pode ser prejudicado por intercorrência temporal, assim, sempre exigíveis e exercidos, ou seja, imprescritíveis.

A proteção constitucional à liberdade religiosa

A proteção constitucional à liberdade religiosa no Brasil abrange todas as crenças. Segundo Dirley da Cunha Júnior (2019, p. 623), consagra-se uma era de profundo respeito à liberdade religiosa, mantendo-se a separação entre o Estado e qualquer religião, cisão inaugurada desde a Constituição brasileira de 1891.

Contudo, o art 19, I, da Constituição Federal de 1988, atribui ao Estado a incumbência de efetivar a neutralidade (SILVA NETO, 2012, p. 146) da sua relação com cultos religiosos ou igrejas, e veda: “subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (BRASIL, 1988).

A proteção constitucional à liberdade religiosa vai além da laicidade do Estado brasileiro quando abarca trechos pertinentes aos direitos individuais em não permitir a condução pelo Estado por qual religião seguir. Ainda, mesmo sendo um Estado laico, admitindo a cooperação entre o Estado e a religião, assegurou a liberdade religiosa, por meio de assistência àqueles submetidos à internação coletiva em entidades civis e militares, conforme Art 5º, inciso VII, possuindo lei específica tratando do assunto³. (BRASIL, 1981) De forma clara, ao Estado brasileiro é vedado escolher qual segmento religioso promoverá a referida assistência. (SILVA NETO, 2013, p. 719)

.....
3 Ver Lei 6.923 de 29 de junho 1981 Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas.

No texto constitucional, em seguida, trata a liberdade religiosa no âmbito dos direitos individuais com inciso VIII do art 5º, “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo não protege exclusivamente a liberdade religiosa, mas, sim, a escusa de consciência; esse é o direito que ampara, de forma geral, os objetores de consciência.

Os objetores de consciência, religiosos ou não, seguem, conforme Arendt (1969, p. 61) “regras de consciência que dependem do interesse do eu. Elas dizem: Evitem fazer coisas com as quais não poderás conviver”. Dentro dessa perspectiva, não pode o indivíduo viver de forma digna, pois estaria sofrendo em questões de foro íntimo.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (Art 1º, III, CF), serve como consonância ao artigo 5º, VIII, assim ensina Adir Guedes Soriano.

Não se pode olvidar que o direito expresso na primeira parte do inciso VIII não deve ser interpretado isoladamente. Deve ser interpretado em consonância com o princípio da ‘*dignidade da pessoa humana*’ e com os objetivos da República Federativa do Brasil de se ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’. Assim sendo, o Estado e a sociedade não podem permitir que os cidadãos sejam privados de direitos por motivo de crença religiosa. (SORIANO, 2009, p. 193, grifo nosso)

A constituição deve ser interpretada conforme princípios específicos, entre eles, há o princípio da unidade da constituição, o qual determina, conforme Dirley da Cunha Júnior (2019, p. 200), que as “normas constitucionais devem ser interpretadas como partes integrantes de um mesmo sistema, nunca como preceitos isolados e dispersos”.

Utilizando-se do princípio da unidade da constituição ao interpretar o artigo 5º, VIII, em conjunto com o artigo 143, §1º, afere-se que o adventista está protegido, em tempo de paz, da obrigatoriedade do serviço militar por imperativo de consciência decorrente de sua crença religiosa. Soriano (2009, p. 195) alega que em tempo de paz não haveria problemática a respeito dessa proteção, porém alerta sobre o crescente aumento da consciência da não-beligerância.

A prestação do serviço militar não constitui um problema em tempo de paz para aqueles que, por motivo religioso ou filosófico, se encontram constrangidos a participar de atividades marciais, disso, o texto constitucional permite o eventual cumprimento de prestação alternativa, em substituição à obrigação a todos imposta. No entanto, essa questão pode vir à tona, em tempo de guerra, concorrendo para o problema o crescente aumento da consciência da não-beligerância. (SORIANO, 2009, p. 193)

A respeito do aumento da consciência de não-beligerância em tempo de paz, Hannah Arendt apresentou, como crítica nos Estados Unidos da América, uma característica da população norte-americana no período da Guerra do Vietnã, onde 100.000 cidadãos declaram-se “objeto de morais”. (ARENDR, 1969, p. 47)

No Brasil, o serviço militar inicial é regido pela Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, Lei do Serviço Militar, *múnus* público obrigatório, em tempo de paz, para os jovens do sexo masculino. Contudo, há determinação constitucional pela prestação do serviço militar alternativo aos que alegarem imperativo de consciência⁴ (BRASIL, 1988), entendendo-se como o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica e política.

A Lei nº 8.239, de 04 de outubro de 1991, rege o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. Apesar de ter sido regulamentado após três anos da promulgação da Constituição de 1988, esse direito

.....
4 Ver Lei n. 8.239/91 (Prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar).

já possuía aplicabilidade direta e imediata antes dessa regulamentação, pois conforme apresenta Ricardo Maurício Soares (2010, p. 150), as normas definidoras de direitos e garantias incidem diretamente e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui.

O cidadão que alega escusa de consciência de cunho religioso necessita comprovar por qualquer meio o seu imperativo de consciência religiosa. A Igreja Adventista do Sétimo Dia, na sua página na rede mundial de computadores, inclusive, apresenta modelos de requerimento a serem apresentados à junta de alistamento militar, bem como modelos de declaração de ministro de confissão religiosa acerca da vinculação ao respectivo grupo religioso.

Nesse aspecto, percebe-se que há normas e procedimentos consolidados para garantia à liberdade de religião daqueles submetidos ao serviço militar inicial obrigatório. Tornando mais interessante analisar a garantia desse direito fundamental aos adventistas que voluntariamente desejem seguir a carreira militar ou, que após o ingresso nas Forças Armadas, venham a converter-se nessa religião.

O conflito entre a proteção à liberdade religiosa e a missão constitucional dos militares

A República Federativa do Brasil, por meio de mandamento constitucional, salvaguardou o direito subjetivo de liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política àqueles que apresentem imperativo de consciência contra o exercício obrigatório de atividade essencialmente militar.

Art 14,3 O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decor-

rente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de *caráter essencialmente militar*; (BRASIL, 1988, Art 143, §1º, grifo nosso)

Portanto, nota-se a necessidade de interpretação constitucional da proteção da liberdade de crença àqueles que, de maneira voluntária, optam pela carreira militar. A problemática da liberdade religiosa dos militares adventistas, no exercício da atividade militar, demonstra uma desconfortável omissão da doutrina no trato de tal tema relevante a essa categoria especial de servidor, os militares.

Os membros das Forças Armadas formam um grupo de profissionais submetidos a rigorosas normas de conduta e ao juramento do sacrifício da própria vida ao serviço da pátria, tal como prevê a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980: Art. 27. “São manifestações essenciais do valor militar: I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida” (BRASIL, 1980). Contudo, tais peculiaridades não afastam esses homens e mulheres de serem possuidores de suas próprias convicções de cunho espiritual.

Não havendo direitos absolutos, torna-se possível a limitação da proteção à liberdade religiosa frente a situações concretas nas quais haja o confronto entre essa garantia constitucional e o exercício da profissão militar. A missão constitucional dos militares decorre dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito referentes à soberania e à cidadania.

Na doutrina, utilizando de uma analogia da situação dos militares com os empregados, buscou-se na obra de Manoel Jorge (2013, p. 166) resposta ao seguinte questionamento: se o empregado adventista do sétimo dia tem o direito de guardar os dias de sábado para o culto, não é permitido olvidar que os militares compõem uma categoria especial de servidores do Estado e estão submetidos a normas na sua relação laboral diferente dos empregados.

A profissão militar é uma carreira de Estado, fundamental, considerada tão peculiar que possui regramento singular. A Constituição Federal de 1988, inclusive, proíbe a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a sua filiação partidária (incisos IV e V, §3º do art. 142). (BRASIL, 2016, p. 1200) Então, percebe-se o tratamento constitucional diferenciado a esses homens e mulheres, com isso, a necessidade de buscar a interpretação correta pela compreensão da possibilidade de restrição da liberdade religiosa aos militares adventistas.

Entre diversas convicções religiosas possíveis de serem apresentadas pelos militares adventistas, Aloísio Cristovam Santos Júnior (2013, p. 388) registra que conflitos judiciais relacionados com a guarda do sábado são os mais recorrentes na jurisprudência pátria, como também nos tribunais europeus e norte-americanos.

Ainda, cabe trazer que o *site* oficial da Igreja Adventista do Sétimo Dia apresenta seções organizadas especialmente para tratar do tema Liberdade Religiosa. Essa página na rede mundial de computadores, inclusive, traz modelos de documentação administrativa a serem apresentados aos órgãos públicos e privados, como: escolas, universidades, juntas de convocação de serviço militar e empregadores, tudo isso a fim de orientar os adeptos dessa religião a como se posicionarem a respeito do tema. Entre tais documentos apresentados pelo *site* confessional, há o de declaração de escusa de consciência religiosa para o serviço militar.

Questão relevante, então, é a possibilidade do militar adventista não exercer atividade militar durante um dia da semana. Importante destacar que o adventista do sétimo dia guarda o período compreendido entre o pôr do sol da sexta até o pôr do sol do sábado para a devoção a sua crença. (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 387)

Dessa forma, estamos diante de um problema concreto, o conflito dos direitos individuais desses militares e suas atividades profissionais. Com isso, carecemos de uma interpretação constitucional acerca do

tema, o que, para Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 101), deve ocorrer sob o método tópico, pois esse se caracteriza em virtude da primazia da solução de problemas concretos.

O entendimento do princípio da igualdade religiosa, apresentado por Fabiana Maria Lobo da Silva (2015), impõe a vedação a qualquer discriminação contra indivíduos em razão da crença adotada, salvo quando o tratamento diferenciado se justificar por situações legítimas e direcionadas pela necessidade, adequação e proporcionalidade. (ALEXY, 2012)

A proteção à liberdade religiosa é de fato um direito positivado pela Constituição que pode ser utilizado em distintos momentos na vida do indivíduo, sobretudo o adventista do sétimo dia, pois alguns dos seus dogmas, em especial a guarda do sábado, entram em choque com diversas rotinas institucionais.

Há na jurisprudência manifestação a respeito, como na decisão do Tribunal Regional Federal (4^a Região) decidindo em desfavor do militar (voluntário) adventista do sétimo dia que se negava a cumprir os serviços aos sábados quando para isso era escalado. (BRASIL, 2015) Na esfera penal, o Superior Tribunal Militar decidiu pelo crime de abandono de posto do militar que, assumindo um serviço de 24h a partir da manhã da sexta-feira, ao pôr do sol, saiu do serviço alegando o direito à liberdade religiosa. (BRASIL, 2007) Ambas as decisões judiciais exemplificam casos concretos que buscaram, sem êxito, acomodação da liberdade religiosa na atividade militar.

Nesses aspectos, traz-se a ponderação entre o direito à liberdade religiosa do militar adventista em, por exemplo, guardar o sábado, e a missão constitucional imposta às instituições militares pela defesa da soberania e garantia da lei e da ordem. Surge espaço adequado na ponderação ou harmonização de princípios a ideia do *duty of reasonable accommodation*. Segundo Aloisio Cristovam (2013, p. 225), no dever de acomodação a entidade empregadora deve acomodar as práticas religiosas de seus empregados, desde que isso não implique dificuldades

indevidas para a condução de seus negócios; tal dever vem, há algum tempo, sendo praticado nos Estados Unidos.

Acerca do dever de acomodação, Aloisio Cristovam (2013, p. 384) traz à luz algumas situações interessantes nas quais a escusa de consciência de cunho religioso será legítima, em outras ocasiões, a legitimidade não será pertinente. Com esse entendimento como base, percebe-se que há casos nos quais não será possível justificar uma infração ou crime militar com alegação de observância da proteção à liberdade religiosa. Importante não olvidar que se torna mais rigorosa a interpretação tópica-concretizadora, vedando-se, simplesmente, negar a um militar a escusa de consciência com base em argumentos simplistas.

A acomodação da liberdade religiosa é um dever que encontra guarida ideológica nas interessantes tipologias da discricionariedade, trazidas por Robert Alexy (2012, p. 585): a discricionariedade para definir objetivos, a discricionariedade para escolher meios e a discricionariedade para sopesar. O tipo de discricionariedade para escolher meios ensina que as regras e princípios de direitos fundamentais exigem ações positivas, tal como é aplicada, de certa forma, a acomodação da liberdade religiosa, não permitindo que haja efeitos negativos aos princípios.

Em determinado caso concreto, no qual a escolha venha a ocasionar efeitos negativos, deve-se então utilizar o sopesamento. Nesse caso, está diante de uma colisão entre normas-princípios existentes na Constituição de 1988, cuja solução só se dará por meio de técnica de ponderação de interesses, a qual buscará um equilíbrio no antagonismo entre as normas-princípios em confronto. (SILVA NETO, 2013, p. 138)

A possibilidade do sopesamento entre a dignidade da pessoa humana e a proteção do Estado foi utilizada pelo tribunal constitucional alemão *BVerfGE* 30,1

se a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou uma depreciação da pessoa humana, mas

sim por uma necessidade de manter em segredo as medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e a própria existência do Estado. (BVERFGE, apud ALEXY, 2012, p. 112-113)

Diante de uma decisão em caso concreto sobre a preponderância da proteção do Estado em detrimento da dignidade da pessoa humana, concluiu Alexy (2012, p. 114) que “a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto”.

Com esse entendimento, sempre que for possível, deverá ser aplicada a acomodação do interesse religioso dos militares adventistas, por óbvio, caso não venham a causar um encargo irrazoável a instituições militares, pois estaria ofendendo a missão constitucional da proteção do próprio Estado democrático de direito.

Conclusão

O propósito deste artigo, com a pretensão de estabelecer um estudo dogmático acerca da liberdade religiosa dos adventistas em relação às instituições militares, resultou numa percepção na qual o indivíduo possui sua proteção a escusa de consciência religiosa para o serviço militar em tempo de paz e com a possibilidade de limitações desse direito aos adventistas que, de maneira voluntária, venham a exercer o mister da profissão militar.

A escusa de consciência religiosa é uma posição de foro íntimo a partir de dogmas confessionais e a constituição protege *lato sensu* todo aquele que se classifique como objetor moral. No entanto, por tudo que foi exposto nestas linhas, percebemos que há um conflito entre a proteção religiosa dos militares adventistas e a missão das Forças Armadas como instituições nacionais, permanentes e regulares garantidoras dos princípios fundamentais inscritos na Constituição Federal de 1988.

A Carta Política brasileira distingue os militares brasileiros do cidadão comum, inclusive a respeito dos direitos fundamentais. Não

por acaso há essa distinção, pois o âmago da missão institucional das Forças Armadas está na defesa do próprio Estado. E exige que esse grupo especial de servidores do Estado estejam integralmente disponíveis à defesa do próprio Estado Democrático de Direito.

Com isso, utilizando-se da ponderação de princípios, chega-se a um razoável entendimento no qual é dever do Estado buscar uma acomodação religiosa aos militares adventistas, porém, não é uma imposição absoluta e, diante de uma necessidade da defesa das instituições democráticas do Estado brasileiro, impedindo danos relevantes e cruciais a toda a sociedade, há a limitação ao exercício da proteção religiosa daqueles que realizaram o juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARENDDT, Hannah. *Crises da Repúblicas*. Tradução de José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jan. 2022.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: Da simples transgressão ao Processo Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. *Constituição Federal de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. *A Constituição e o Supremo/ Supremo Tribunal Federal*. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília, DF: STF, Secretaria de documentação, 2016.

- BRASIL. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, Lei do Serviço Militar, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, Lei de Assistência Religiosa nas Forças Armadas, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Abandono de posto – crença religiosa*. Apelação nº 2005.01.050146-0 UF: PE. Apelante: *Alexsandro Ernande de Oliveira*. Apelada: União Advocacia Geral da União. Min Relator: Sérgio E. A. Conforto. Brasília, 27 fev. 2007.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Não comparecimento de atividades militares aos sábados*. Apelação cível nº 5012063-13.2012.404.7110-RS. Apelante: *Edgar Alves Nunes* e outros. Apelada: União Advocacia Geral da União. Relator: Desembargador Federal Candido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 8 jul de 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019
- IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. *Declarações da Igreja*. Tradução de Francisco Alves de Pontes, Fernanda Caroline de Andrade e Marcelo Dias. 3. ed. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2012.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Os crimes contra o sentimento religioso e o direito penal contemporâneo. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.).

Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed Coimbra, 2000. Tomo IV

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequados aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/512459>. Acesso em: 04 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A Teoria Jurídica do Assédio e sua fundamentação constitucional*. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: MAZZUOLI Valério de Oliveira; SORIANO, Adir Guedes (coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA EM CONFLITOS CRIMINAIS

*Antonina Gallotti Lima Leão
Maria Beatriz Aragão Santos*

“Os conflitos que levam ao cárcere nascem de padrões ocultos de comportamentos existentes no sistema familiar do indivíduo.”

(Marcia Lippmann e Fabiano Oldoni)

Introdução

A beligerância que se manifesta na sociedade torna-se cada vez mais preocupante, e esse cenário tem reflexos diretos no judiciário. O volume de trabalho na justiça brasileira é significativo e tem gerado inquietude. O levantamento publicado realizado em 2019 pelo CNJ, relatório Justiça em Números, informa que o número de processos no país aumentou 30% em uma década, apesar da leve queda de 3,64%, em 2018, no volume de casos pendentes.

Nesse toar, quando se discute o acesso à justiça como um direito e garantia fundamental de todo o cidadão, a discussão desemboca, indubitavelmente, na intensa cultura de judicialização existente no país e, por via de consequência, nas formas diversificadas de resolução

dos conflitos autorizadas formalmente pelo ordenamento jurídico pátrio. Pode-se afirmar que a existência de conflitos se apresenta com tamanha intensidade que o *modus operandi* tradicional, ou seja, o sistema atual de justiça, não está sendo eficiente para dirimi-los, podendo, inclusive, potencializar a insatisfação das partes e gerar outros processos conexos.

É que o pensamento jurídico positivista não vem se mostrando apto a trazer as respostas esperadas às contendas. Urge a necessidade de fomentar outras formas legítimas de acesso à justiça, as quais proporcionem um desfecho célere, humanizado e justo, com os envolvidos participando ativamente, de forma autônoma, pactuando a solução que consideram mais adequada à casuística.

Como decorrência do fenômeno citado acima e da necessidade de aprimoramento do sistema de justiça, percebe-se uma tendência doutrinária que defende uma visão plural, participativa, holística e sistêmica da justiça, onde as partes possam ter a ampliação de poder necessário para assumir o seu lugar no processo judicial no âmbito das instâncias julgadoras. Porque essa visão assevera que, se cada um cumprisse o seu papel, a justiça teria mais força de análise e de encaminhamento da solução do problema. Assim, afigura-se patente a necessidade de repensar a cabível função do judiciário.

Diante desse contexto, um dos meios de solução de controvérsias, em crescimento satisfatório proposto pelo Estado, é a autocomposição. Esse procedimento tem como principal fundamento a vontade e autonomia das partes e, como grande vantagem, a celeridade processual, já que as próprias partes são protagonistas na equalização da divergência que gerou a lide.

E assim, os meios autocompositivos vêm adquirindo força no ordenamento jurídico brasileiro, como novas portas de acesso à justiça, emergindo um novo paradigma, o qual, após o Código de Processo Civil de 2015, a Resolução nº125 do CNJ, e a própria lei de Mediação, estão sendo lastreados, com margem para incluir novas formas, desde que

se mostrem eficientes na resolução das controvérsias, considerando e compondo o “Sistema Multiportas de Solução de Conflitos”, a exemplo da Constelação Familiar.

A Constelação, desenvolvida por Bert Hellinger, consiste num método que procura aprofundar-se na interquincência, analisando todo o sistema que o indivíduo pertence, a fim de identificar a causa do padrão de comportamento, propiciando às partes envolvidas, por meio da autorreflexão, a descoberta do que está ensejando a desavença.

Para tanto, o método utiliza como alicerce as leis sistêmicas – pertencimento, hierarquia e equilíbrio –, as quais, sendo aplicadas no caso concreto, analisam o grupo familiar em conjunto e livre de intenção e conseguem encontrar a origem, além de uma solução para o conflito, podendo, portanto, ser considerado uma nova porta de acesso à justiça.

Considerando que toda a sistemática de tratamento da justiça criminal segue o paradigma retributivo, torna-se imperioso reconhecer o papel de outras vias, de forma a proporcionar a autonomia de cada um dos interessados na busca de soluções para o dano e sua consequência, com responsabilização e formação de consciência do envolvido, restaurando laços de relacionamentos sociais rompidos.

Com vistas a fomentar o emergente paradigma de acesso à justiça, permeia-se o estudo pela seguinte problemática: a constelação sistêmica pode ser considerada um meio autocompositivo na área criminal com potencial para solucionar os conflitos e garantir o acesso à justiça?

Buscou-se, como objetivo geral da pesquisa, refletir sobre a utilização da constelação sistêmica como instrumento auxiliar voltado à autocomposição de conflitos, destacando-se a análise no âmbito da justiça criminal.

Ademais, com o escopo de comprovar a pertinência da técnica na resolução de conflitos, foram traçados objetivos específicos, quais sejam: compreender o alcance do direito fundamental de acesso à justiça, contextualizando no panorama de judicialização existente no Brasil; apresentar o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos

e delinear os fundamentos e etapas da técnica da constelação, além de sua operacionalização.

O estudo destina-se ao questionamento do atual sistema de justiça penal, com o fito de propor futuras reflexões, ao percorrer um viés jurídico-propositivo. Para tanto, essa investigação, de natureza qualitativa, caracterizou-se, quanto aos objetivos, como exploratória e descritiva, e utilizou-se do método sistêmico, partindo de mais de um quadro de interação para o reequilíbrio do sistema penal.

Quanto aos meios, cumpre destacar que o estudo teve como alicerce um levantamento consistente de pesquisa de dados, com a utilização de fontes bibliográfica e documentais relacionadas ao tema proposto, com destaque para o posicionamento de diversos doutrinadores que abordam o panorama do sistema penal, as novas formas de acesso à justiça, a constelação sistêmica com potencial na resolução dos conflitos, para chegar à utilização da constelação como meio auto-compositivo para os conflitos criminais.

A pesquisa, de caráter analítico-descritiva, bibliográfica e qualitativa, é relevante por trazer à baila possibilidades de análise para a mudança da imagem que provoca o conflito, mediante o protagonismo das partes, assim como a repartição de responsabilidades com o judiciário, com vistas a referendar a autonomia e as condições de espaço e de fala para os litigantes. Dessa forma, é possível romper com o paradigma jurídico brasileiro tradicional de espaço prevalente e proeminente do magistrado em realizar a *jurisdiction*.

O estudo é de interesse da sociedade e dos operadores do direito, pois constitui uma nova porta de acesso à justiça, a qual vislumbra potencial para solucionar os conflitos em diversos âmbitos do direito, inclusive o penal, e, como consequência, diminuir os índices de reincidência. Trata-se de temática pertinente, pois o corpo social sofre diretamente os reflexos do atual modelo de justiça penal.

Pontue-se que o uso da constelação sistêmica no judiciário é um tema inovador, razão pela qual há escassos trabalhos de cunho

científico, e tem despertado curiosidades e preconceitos, visto que demanda uma base científica capaz de aferir os resultados e garantir a efetividade de sua utilização; portanto, vislumbra-se, neste trabalho, a relevância motivadora para o meio acadêmico, social e jurídico.

A organização do capítulo inicia-se pela contextualização da falência do sistema de justiça penal brasileiro e o incentivo às novas formas consensuais de resolução dos conflitos, destacando a relevância do protagonismo das partes e a necessidade de avançar para um sistema de “múltiplas portas”. Em seguida, tratou-se da constelação familiar como mecanismo de solução de conflitos, explicitando todo o funcionamento, princípios e leis que regem, além das etapas da técnica. Por fim, abordou-se a utilização da técnica da constelação sistêmica como instrumento auxiliar na autocomposição de conflitos na seara penal e seus impactos para as partes, os interessados, familiares e sociedade.

A busca por formas diversificadas de acesso à justiça: o poder judiciário como *ultima ratio*

O sistema de Justiça brasileiro, em especial o penal, presencia há anos uma crise generalizada de grandes proporções. Instaurou-se um modelo de justiça baseado na intervenção estatal ativa no campo processual, através do protagonismo exercido pelo juiz, onde o Estado se propõe a solucionar, de modo prevalente e imperativo, as controvérsias entre os indivíduos, garantindo às partes o “acesso à justiça”.

Nesse contexto, a cultura que privilegia o protagonismo judicial foi sendo instaurada em desprestígio da construção de uma solução mais participativa. E assim,

As justificativas em favor de um papel mais ativo do juiz foram utilizadas tanto por aqueles que buscavam uma atuação ‘social’

do direito, quanto pelas legislações erigidas pelos regimes autoritários ao longo do século XIX, inclusive no Brasil. A história tem mostrado que tal concepção serviu bem mais a fins anti-democráticos que à consecução social que se almejava, além do que foi facilmente apropriada pelo modelo de Estado neoliberal, mínimo no social e máximo na repressão. [...] Continua-se a propalar um sadio protagonismo do juiz no plano processual, em que se relega ao processo o caráter de simples instrumento de uma jurisdição salvadora. Insiste-se, assim, num ‘acesso à justiça’ que, quando nada diz, pode dizer de tudo um pouco. [...] Convém, portanto, recusar e, acima de tudo resistir a uma concepção de processo ainda centrada no protagonismo judicial. (DAMASCENO, 2012, p. 71)

Eis que a judicialização irrestrita e ilimitada de toda e qualquer demanda não corresponde ao verdadeiro exercício de cidadania, uma vez que o Poder Judiciário não pode ser visto como espaço geral de terceirização do deslinde de controvérsias. Nessa perspectiva, o acesso à justiça deve ser visto como *ultima ratio*, uma “oferta residual, para os casos que, ou não se afeiçoam à resolução pelos meios auto e heterocompositivos, em razão de singularidades da matéria ou das pessoas concernentes, ou, pela complexidade da crise jurídica reclamam cognição judicial ampla e exauriente [...].” (MANCUSO, 2020, p. 54)

Discute-se a necessidade de uma releitura do princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, uma vez que o aumento quantitativo da oferta da prestação jurisdicional não tem resolvido o aumento da demanda por justiça, mas retroalimentado toda essa conturbada realidade, gerando uma tensão social que o Estado não tem dado conta, ou, tentando fazê-lo, incide nos equívocos do “gigantismo judiciário” e do tratamento massivo dos processos, levando a um “aumento da demanda, a que tem se tentado [...] responder com o crescimento desmesurado da estrutura física do judiciário, tudo ao final resultando

numa oferta de justiça em massa, prenhe de carências e deficiências bastante conhecidas”. (MANCUSO, 2020, p. 13)

Ocorre que o Estado vem, tradicionalmente, sendo considerado provedor onipotente do bem-estar social, “lugar tradicional de afirmação da democracia.” (SICA, 2007, p. 205) Por outro lado, é discutido se se a democracia tem adentrado no sistema judiciário, em especial no penal, pois este ainda compreende uma esfera em que a democratização é desafiada cotidianamente, e a resistência às transformações, que poderiam levar a uma sociedade mais igualitária, estão articuladas de forma explícita.

Diante da sobrecarga suportada, além de não conseguir suprir a alta demanda, gera, por vezes, a sensação de insatisfação nas partes, visto que, ao substituir a vontade dos litigantes e proferir a sentença, apresenta a solução da controvérsia de maneira imposta aos sujeitos, sendo defeso que esses optem sobre a decisão. E assim, o Estado vem, ao longo dos anos, demonstrando a sua incapacidade de monopolizar a solução das demandas sociais e oportunizar novas vias para fornecer soluções efetivas aos problemas das sociedades contemporâneas, uma vez que, muito embora o sistema não tenha conseguido dar conta das injustiças sociais e das violações aos direitos, sabe-se que ele tem o compromisso e a responsabilidade na gestão e na resolução dos tensionamentos sociais.

Cappelletti e Garth se recusam a aceitar como imutáveis quaisquer procedimentos ou instituição que representem nossa forma de justiça. Nesse seguimento, defendem que o modelo de justiça tem sofrido uma considerável transformação, tendo em vista que, *ab initio*, o acesso à justiça era formal e materializava-se na propositura ou na contestação da ação. Além disso, a justiça, antigamente, era vista como um bem que apenas teria acesso quem tivesse como custeá-la, segregando os hipossuficientes econômicos. Acrescentam que, na contemporaneidade, o acesso à justiça é considerado o mais básico dos direitos humanos, um requisito fundamental de um

sistema jurídico moderno e que preza pela igualdade. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)

Inspirados no espírito das ondas renovatórias propostas por Cappelletti no último quartel do século passado, em especial a terceira “onda”, a qual tem seu direcionamento voltado à busca pela efetividade do sistema e a novas tendências do uso no enfoque do acesso à justiça, verifica-se que o procedimento comum não mais corresponde sozinho aos anseios do jurisdicionado, que reclama por formas descomplicadas e dinâmicas para solucionar os conflitos e propõe métodos alternativos para decidir causas judiciais numa justiça coexistencial. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)

Observa-se, nesse contexto, o caminhar para um sistema de justiça em que o processo tradicional deve ser *ultima ratio* ou *extrema ratio*, valorizando o acesso aos direitos e não apenas aos tribunais. E assim, temos que as soluções de conflitos e o modelo de “Justiça Multiportas” não devem mais ser vislumbrados apenas como meios “alternativos” de solução de litígios, mas como opções legítimas disponibilizadas às demandas clássicas levadas ao Judiciário. (DIDIER; ZANETI JR, 2019) Frise-se que, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no universo do direito estatal, tampouco nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata, pois, de conceder o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas, em verdade, viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 1980)

O acesso à Justiça está expresso nos preceitos de nossa Ordem Constitucional, através do direito de ação. Trata-se de um direito subjetivo público, autônomo e abstrato do cidadão de invocar a prestação jurisdicional do estado. E assim, a garantia constitucional de ação representa a proteção ao devido processo e ao instrumento estatal de solução de conflitos, e isso implica haver predisposição de meios para assegurá-la nos casos concretos. No entanto, para atingir seu objetivo maior, deve ser efetivo, propiciando a todos

os brasileiros e estrangeiros residentes no país o pleno acesso à atividade estatal, a qual deve dispor de técnicas adequadas para obter resultados qualificados diante da pretensão prevista no ordenamento jurídico.

No Brasil, o acesso à justiça figura como direitos e garantias fundamentais. A Lei Maior garante a todos o direito à tutela jurisdicional no artigo 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), razão pela qual não pode o legislador, qualquer agente público ou mesmo o particular impedir que o jurisdicionado procure o juízo para deduzir uma pretensão. Com base nesse princípio constitucional do processo, é garantida a necessária tutela estatal aos conflitos da sociedade mediante o direito de ação.

Trata-se de uma polêmica questão que vem sendo rediscutida para acompanhar as demandas da sociedade moderna, uma vez que é imprescindível que o sistema jurídico esteja ao alcance de todos e produza resultados justos, tanto sob o aspecto pessoal, individual, quanto coletivo aos envolvidos numa lide. Todavia, ressalta-se a dificuldade em chegar numa teoria satisfatória acerca da justiça, o que nos traz a um primeiro problema que, por si só, já não recomendaria o uso do termo “acesso à justiça” no plano processual:

[...] há um problema de ordem semântica insuperável na utilização da expressão ‘acesso à justiça’, e mais ainda da expressão ‘acesso à justiça penal’, pois em geral é o Sistema Penal que costuma ‘acessar’ com extrema facilidade e pouca piedade a grande massa de excluídos deixados a seu encargo pela política neoliberal nos países de capitalismo tardio. (DAMASCENO, 2012, p. 46)

Questiona-se a expansão do acesso à justiça no Brasil, e isso inclui a ampliação do espaço público, do exercício da cidadania e do próprio fortalecimento da democracia. Todavia, é importante destacar que

a democratização do acesso à justiça não pode ser confundida com a mera busca pela inclusão dos segmentos sociais ao processo judicial. Antes disso, cabe conferir condições para que a população tenha conhecimento e apropriação dos seus direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais para sua inclusão nos serviços públicos de educação, saúde, assistência social, para melhor harmonização da convivência social. (FELIPE, 2017)

E assim, a doutrina contemporânea tem revisitado postulados do positivismo jurídico e se debruçado em valorizar novas formas de interpretação da Lei Fundamental, revendo o formalismo processual para que este esteja mais conectado aos anseios do direito material. Abrem-se espaços para temas como o neoconstitucionalismo e o neo-processualismo, com ênfase para as contribuições voltadas a ampliar o acesso à ordem jurídica justa, uma vez que os referidos modelos tem apostado em novos paradigmas de aplicação do instrumentalismo – o neoinstrumentalismo.

O neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado Democrático de Direito e no Direito Constitucional, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica. A demora na tramitação dos processos sempre foi identificada como um dos pontos cruciais da denominada crise de jurisdição, verificada na segunda metade do século XX. (SOARES, 2010)

Esse novo olhar tem permitido o incremento da utilização de alternativas de construção e aplicação de “[...] meios típicos e atípicos de resolução consensual de controvérsias, jurisdicionais ou parajurisdicionais, [...] dando protagonismo aos litigantes enquanto cidadãos corresponsáveis na resolução das controvérsias e na promoção

da cultura da paz”. (CAMBI, 2018, p. 103) Extrai-se, então, que para estabelecer a paz social, o judiciário pode lançar mão de decisão do magistrado, através de uma sentença ou da construção de consenso das partes. Tendo em vista que não há juridicamente uma escala hierárquica entre elas, pode-se inferir que ambas são válidas, desde que utilizem caminhos legítimos e adequados.

A escolha entre a solução do conflito através da tutela estatal ou paraestatal não significa que uma delas seja superior, e sim que há duas formas distintas colocadas à disposição dos jurisdicionados para a solução de seus conflitos. E assim, “aos olhos do CPC não existe superioridade da justiça estatal aos demais meios de solução de controvérsias.” (DIDIER JR.; ZANETI, 2019, p. 37) No entanto, é importante ressaltar que os meios ou formas alternativas de solução de conflito não visam o enfraquecimento ou a substituição do Poder Judiciário.

Nesse sentido, conforme se observa em recente estudo acerca da teoria dos procedimentos especiais, Didier Jr, Cabral e Cunha destacam a tendência crescente de mudanças de um procedimento comum rígido para um mais flexível, que valorize a flexibilidade e diversidade de situações, alinhado ao contexto macro de tendências mundiais, e, nessa perspectiva, abordam a necessidade de desjudicialização dos conflitos, de racionalização dos processos e reestruturação da organização judiciária, com valorização da cooperação e autogramamento da vontade no processo, pois “Não é possível um sistema que se organize e se estruture apenas pelo que o estado entende ser o melhor e mais adequado para os indivíduos.” (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 80)

Na mesma diretiva segue o ordenamento jurídico brasileiro moderno, com a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça/CNJ (BRASIL, 2010), e edições posteriores, além da Lei de Mediação e o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), os quais fomentam e normatizam a transformação da cultura jurídica brasileira do modelo litigioso para o paradigma da solução consensual e pacífica de conflitos. Estimulando,

sobretudo, quando couber, a autocomposição, devolvendo, assim, às partes o poder de encontrar um desfecho através do caminho que lhes promova crescimento pessoal. (CÉSPEDES, 2017, p. 52)

Nessa esteira, foi estabelecida a política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e conflitos de interesses, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação. E, assim, vem sendo discutido e ampliado o acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Fundamental, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implicando em acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.

Nesse cenário, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem caminhando no sentido de substituir o então paradigma da litigância à cultura jurídica de pacificação, deflagrada essa transformação pela preferência aos procedimentos consensuais autocompositivos, sempre que satisfeitas as condições legais de admissibilidade. (CÉSPEDES, 2017, p. 34-36)

Acrescente-se que, em 2015, o Conselho Nacional de Justiça publicou, de forma inédita, o número de acordos obtidos por mediações e conciliações em processos judiciais, destacando no relatório que os resultados alcançados em 2016, com as vigências da Lei 13140 e do Novo CPC (BRASIL, 2015), trariam um quadro ainda mais promissor.

Assim, e conforme se observa no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça e de Tribunais Estaduais, verifica-se existência de publicações recentes que destacam iniciativas de variados projetos, programas, ações e premiações, decorrentes da utilização da constelação familiar no judiciário em variadas áreas, como a penal, a qual tem sido estimulada e incentivada como método auxiliar para alcançar a mediação, conciliação, e até mesmo preparatório para o círculo da paz na justiça restaurativa.

Num levantamento preliminar, o Brasil foi o primeiro país a introduzir as constelações familiares no Judiciário, precisamente no estado da Bahia, por iniciativa do magistrado Sami Storch. A partir desse movimento inicial, a abordagem terapêutica sistêmica vem crescendo a passos largos e sendo utilizada por vários tribunais.

Em que pese não existir, no ordenamento jurídico brasileiro, uma normativa criada especificamente para regulamentar a prática das constelações familiares, o Conselho Nacional de Justiça, em outubro de 2016, pronunciou-se no sentido de que a técnica estaria alinhada com a Resolução 125 (BRASIL, 2010), e, conforme já afirmado, vem sendo utilizada como um complemento ao acesso à justiça em vários estados. A intenção da sua utilização no Judiciário, consoante entendimento do referido Conselho, é buscar esclarecer às partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial.

Embora inexista, como vimos, uma regulamentação específica acerca deste método em estudo, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, § 3º (BRASIL 2015), dentre outros, determina que os operadores do direito, ou seja, que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo, e, assim, há o entendimento que a Constelação Familiar estaria enquadrada nesse dispositivo.

A Constelação Familiar como mecanismo de solução de conflitos

O método Hellengeriano, notabilizado mundialmente como Constelação Familiar ou Sistêmica, foi desenvolvido pelo psicoterapeuta alemão Anton Suitbert Hellinger, conhecido por Bert Hellinger. Ele foi perseguido e preso em um campo de concentração durante o nazismo, mas conseguiu sobreviver e fugiu tonando-se, à época, um padre católico

missionário. Prestou seus serviços em uma comunidade Zulu da África do Sul, onde desenvolveu dinâmicas de grupo por quase duas décadas, e ao retornar à Alemanha, estudou Gestalt-terapia, tendo deixado sua ordem religiosa para se tornar psicoterapeuta após dois anos de estudos sobre este assunto. (SILVA, 2019)

As experiências vivenciadas e o conhecimento alcançado, por meio de estudos psicoterapêuticos, proporcionaram a Hellinger desenvolver seu método próprio, tendo como princípios basilares as leis sistêmicas ou “ordens do amor” (pertencimento, equilíbrio e hierarquia). É válido pontuar, ainda, que os estudos sobre o método em questão possuem abrangência internacional; no Brasil é aplicado, inclusive, no âmbito jurídico.

A Constelação é um método utilizado pela terapia sistêmica para observar o sistema do indivíduo, propiciando uma visão além do aparente, compreendendo o oculto e buscando a existência de algum emaranhamento, ou seja, se algum membro do sistema encontra-se envolvido em questões pertencentes a outro membro do mesmo grupo. (AGUIAR et al., 2018)

Nesse cenário, é interessante compreender a explicação do método numa perspectiva sistêmico-fenomenológica. Sistêmica por analisar o indivíduo como alguém que está em um serviço específico, orientado pelo próprio sistema, não o enxergando de forma individual, mas considerando o seu sistema familiar. Já a perspectiva fenomenológica releva-se na postura terapêutica com ausência de intenção, de modo que os fenômenos somente se manifestam e podem ser compreendidos com olhares particulares livres de julgamentos. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Percebe-se que a Constelação Sistêmica permite que as pessoas possam visualizar o seu sistema como um todo, indo além do perceptível objetivamente, ao compreender o que está oculto e evidenciar a origem do conflito. Dessa forma, há significativa chance de solucionar o conflito e impedir que afete a vida dos integrantes do seu sistema

e das gerações futuras. Sob a perspectiva delineada, tem-se que a Constelação permite atuar preventivamente em futuros conflitos, e, para os conflitos já instaurados, proporcionar a solução das controvérsias, caracterizando-se, assim, como uma nova ferramenta autocompositiva, conforme será explicitado a seguir.

O Brasil é o único país a utilizar a Constelação Sistêmica no judiciário. Dessa forma, é imprescindível mencionar Sami Storch, juiz estadual da Bahia, tendo em vista ser o responsável por adotar o método de Hellinger no judiciário, quando, em 2012, visualizou como potencial para promover soluções de controvérsias.

Storch adotou o uso da Constelação no judiciário de Direito Sistêmico, pois defende essa visão, almejando que a resolução das contendas alcance o equilíbrio e vislumbre uma nova via que detenha capacidade para identificar os pontos de tensão psicológica ou emocional que norteiam os comportamentos.

Desse modo, a Constelação na seara criminal atua como uma pertinente ferramenta, pois propicia a busca da origem das questões e o que está além do aparente, mergulhando na raiz do conflito para que possa haver a possibilidade de resolução, mormente nos casos em que for claro que a origem se encontra em repetições de memórias transgeracionais. (SILVA, 2019)

A Constelação Familiar tem demonstrado seu potencial autocompositivo, sendo aceita, inclusive, como nova porta de acesso à justiça em diversos tribunais brasileiros, visto que proporciona o reestabelecimento do diálogo entre os envolvidos no conflito e a descoberta da origem do problema, propiciando um distensionamento do conflito, além de gerar uma sensação de leveza e tranquilidade decorrentes da resolução da controvérsia, sendo, por conseguinte, fator de prevenção da reincidência.

Diante da importância do método e de sua utilização já ter sido evidenciada em alguns estados da Federação, faz-se necessário demonstrar o amparo legal, até porque o Estado, ao adotá-lo como via de

resolução de conflitos nas casuísticas, precisa estar salvaguardado pelo ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 traz a lume, em seu preâmbulo, o compromisso na ordem interna e internacional, com soluções pacíficas de controvérsias. Além disso, prevê, no rol do art. 5º, em seu inciso XXXV, o direito de acesso à justiça, buscando soluções justas, efetivas, céleres e humanizadas (BRASIL, 1988).

Ademais, os meios autocompositivos têm emergido no judiciário, superando o paradigma que tratava o acesso à justiça como mero sinônimo de acesso ao judiciário, com supedâneo na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação ((BRASIL, 2015).

Acentue-se que o art.3º, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), determina que os operadores do direito incentivem outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no deslinde do processo, sem discriminar um rol taxativo dos meios autocompositivos, e, desse modo, a Constelação Sistêmica estaria enquadrada no citado dispositivo.

Diante de pontuais dificuldades de mudanças no atual cenário do judiciário, a sociedade clama por repostas mais humanizadas, sob o argumento de que a resolução do CNJ proporciona ao judiciário uma política pública de tratamento de conflitos adequada. Consubstancia-se, assim, uma abertura pela qual o operador do direito pode assumir uma postura sistêmica, aplicando as leis propostas por Hellinger com vistas a vislumbrar uma solução justa e efetiva para a contenda. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

No tocante ao método de Hellinger, por ser inovador e estando o Brasil como pioneiro na utilização dentro do judiciário, ainda desperta polêmicas e preocupações, tanto pelos juízes, por outros operadores do direito e pela própria sociedade. Pois embora haja inúmeros casos com resultados bem-sucedidos, há, ainda, poucos trabalhos sobre a temática de cunho científico.

Há outros pontos controvertidos a respeito da Constelação, sendo a nomenclatura “Direito Sistêmico”, adotada por Storch, uma delas. Isso se justifica porque, quando a técnica foi implementada, na Comarca alhures em que o juiz atua, não surgiu propriamente um novo ramo do direito, mas uma proposta aplicada como via na solução de conflitos. Em consequência disso, obteve-se a realização de acordos, tanto na fase processual como pré-processual.

É relevante atentar para o fato de que, ao atribuir o vocábulo Direito ao termo Sistêmico, gera o entendimento de que surgiu um novo ramo do direito. No entanto, para que realmente o fosse, seria necessária a criação de um *corpus* legislativo específico, pois, para que ocorra o nascimento de novo ramo do direito no Estado brasileiro, é preciso seguir o trâmite previsto na Constituição Federal de 1988. No caso em tela, não parece haver esse processo, até o presente momento, para a criação de uma nova espécie normativa pelo judiciário, priorizando-se, dentre os estudiosos da temática, o termo fenomenológico. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Destaca-se, ainda, no contexto das polêmicas correlatas, a laicidade estatal prevista no art.5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Sendo o Brasil um país laico, desperta a celeuma sobre o método de Hellinger ter conotações religiosas, visão combatida pelos defensores da utilização e tida como uma vantagem diante da imparcialidade. (SANTOS, 2019) Diante da dissociação religiosa do procedimento de Hellinger, visualiza-se um alcance maior em número de indivíduos que podem aceitar participar da Constelação Familiar, tendo em vista que, tanto os ateus e agnósticos como os que possuem credos religiosos, podem sentir-se confortáveis com a aplicação do método.

Ainda com relação aos pontos controvertidos, merecem destaque as casuísticas envolvendo a violência doméstica contra a mulher, seara onde estudiosos avaliam a real eficácia do método, tendo em vista ser um âmbito que apresenta dificuldades para aplicação. Por isso, até em razão das recorrentes medidas protetivas de urgência, tem-se

a preocupação de oportunizar uma prestação adequada e efetiva de forma breve. (SANTOS, 2019)

Por se tratar de uma técnica que simboliza o novo, ainda que haja inúmeros resultados positivos publicados e destaques honrosos por parte do Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais que a utilizam, observa-se que é necessário cautela para a sua aplicação, considerando as especificidades em situações que demandem estratégias peculiares ou ações imediatas, a exemplo de conflitos envolvendo grupos vulneráveis.

Princípios basilares das Constelações Familiares

As leis sistêmicas desenvolvidas por Bert Hellinger, e por ele denominadas “ordens do amor”, são corolário de suas experiências, as quais o permitiram visualizar que as vivências das gerações passadas refletem diretamente e são transmitidas às gerações futuras, influenciando nas condutas daqueles que pertencem ao sistema. Assim, têm-se como princípios basilares da Constelação Familiar as leis sistêmicas: o pertencimento, a hierarquia e o equilíbrio, que correspondem ao alicerce do método.

É imperioso destacar que as leis sistêmicas, para Hellinger, consistem nas forças que atuam em nossas famílias e relacionamentos, de modo que, quando desrespeitadas, provocam o desequilíbrio, as controvérsias, as doenças e diversas outras dinâmicas que resultam em obstáculos a uma vida plena e feliz. (PIZZATO, 2018)

Ressalte-se, ainda, que as “ordens do amor” podem ser vistas como “Leis Naturais”, visto que sua incidência independe da aquiescência prévia de vontade. Sendo assim, pode-se compará-la à “Lei da Gravidade” por imperar na vida das pessoas, pois estão em plena atividade e alcançam a todos. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018) Destarte, tem-se que as leis sistêmicas ou “ordens do amor” atuam na vida do indivíduo de forma involuntária e em conjunto. Portanto, diante da inobservância de uma delas, ocorre o desequilíbrio nos sistemas que

vinculam a vida das pessoas, gerando conflitos que poderão influenciar nas condutas e atitudes das futuras gerações.

A primeira “ordem do amor” é o pertencimento, que representa a necessidade, inerente a todo ser humano, de pertencer a um sistema, sendo a vinculação que não se escolhe nem se adquire: o sistema familiar. Habita no indivíduo a predisposição de agir conforme a consciência do seu grupo familiar, ou seja, o que o grupo determinar como certo ou errado, ainda que, para a sociedade, os valores precipuamente corretos sejam outros. Assim, as condutas das pessoas são norteadas pelas que seu grupo estipular como correta, a fim de permanecer no sistema.

Nessa vereda, Hellinger aduz:

No serviço da pertinência, a consciência reage a tudo o que estreite ou ameace nossos vínculos. Ela é inocente quando agimos de modo a assegurar a integração, e culpada quando, depois de nos afastarmos das normas do grupo, temos medo de que o nosso direito a pertencer a ele esteja ameaçado ou anulado. Como a maçã amarrada à ponta de uma vara bem diante do focinho do cavalo e o chicote na mão do condutor, culpa e inocência tem o mesmo objetivo. Puxam-nos e empurram-nos na mesma direção, preservando ciosamente nossos laços com a família e a comunidade. (HELLINGER, 2008, p. 18)

Assim, a consciência de inocência ou culpa que direciona as condutas das pessoas está sujeita ao que pode prejudicar sua permanência no grupo e excluir o vínculo. Visualiza-se, aqui, a necessidade, intrínseca ao indivíduo, de continuar em um grupo que pode, inclusive, levá-lo a violar a moral e os bons costumes ditados pelo corpo social.

No tocante à exclusão, não olvidar que todos possuem o direito de pertencer a um sistema, ainda que sua conduta tenha sido reprovável. Dessa maneira, caso aconteça a exclusão, os membros familiares subsequentes passam a assumir a postura do excluído, de forma inconsciente, ocasionando os “emaranhamentos”. (DE PAULA, 2018)

A segunda ordem, ou lei sistêmica, corresponde ao equilíbrio entre o dar e o receber, evidenciada diante da inevitável situação de crédito ou débito entre os indivíduos, decorrente da necessidade de retribuição para com aquele que lhes deu algo, sendo imperioso que ambos estejam equiparados para a preservação do equilíbrio, de modo que, quando há inobservância dessa lei, o relacionamento está fadado ao fracasso pelo desequilíbrio.

Outrossim, ao aceitar algo de outrem, perde-se a inocência e a liberdade. Posto isso, Hellinger cita três padrões típicos que as pessoas utilizam com o fito de conservar e alcançar, nos seus relacionamentos, diante da inocência nas trocas, são eles: a abstinência, que está presente naqueles que se fecham, fugindo, assim, da necessidade e da vida, e desobrigando a compensar pela ausência de necessidade, não precisando, portanto, aceitar algo; como segundo padrão, destaca-se a prestimosidade que se observa nas pessoas que negam suas necessidades, as quais preferem dar algo antes de receber, para preservar a sensação de crédito, que desaparece ao aceitar o que necessita; e, por fim, a troca total, a qual se revela como o mais belo caminho para o equilíbrio entre o dar e receber, pois ocorre no momento em que a doação e o recebimento acontecem de forma plena. (HELLINGER, 2008)

O terceiro mandamento sistêmico, conhecido como lei da hierarquia ou da precedência, aponta o respeito à ordem de chegada de cada indivíduo ao sistema, ou seja, aqueles que chegaram primeiro terão precedência sobre os que chegaram depois, difundindo-se uma ideia de ordem. Nesse sentido, os mais velhos são, hierarquicamente, superiores aos mais novos, pois, em um sistema de hierarquia, há uma ordem e cada um possui o seu lugar para que haja a evolução. No entanto, quando a hierarquia é desrespeitada, ocasionam-se disfunções graves no sistema, de modo que, caso alguém não ocupe o devido lugar, resultará em desordem na própria vida e na vida dos demais membros do grupo, até que volte o respeito pelo lugar e, por conseguinte, o equilíbrio seja reestabelecido. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

A outro giro, no que tange à hierarquia nos sistemas, a lei se inverte, visto que o sistema mais novo é considerado hierarquicamente superior ao mais antigo, tendo em vista que possui mais chances de perpetuar em vida. (CRUZ, 2018) Como exemplo da hierarquia entre os sistemas atuando de forma inversa, há a relação entre pais e filhos, pois quando os filhos crescem, exercem sua profissão e constituem sua própria família, resultam em um novo sistema. Esse novo sistema passa a ter prioridade sobre o sistema de origem. (SCHNEIDER, 2007)

Para a teoria proposta por Hellinger, a lei está presente na vida das pessoas desde o nascimento, ocasião em que elas são introduzidas no primeiro sistema, o familiar. Dessa maneira, desde pequenas as pessoas devem atentar aos seus superiores, e ao respeitar a ordem cronológica e os devidos lugares no sistema, evitam disfunções graves ao longo de sua existência.

O método Hellengeriano, baseado nas leis sistêmicas descritas, embora seja muito recente, tem apresentado resultados positivos, o que permitiu ganhar adeptos pelo Brasil no âmbito do judiciário. Exemplos disso é a sua utilização em vinte tribunais do país, com destaque especial em varas de família e sucessões, da infância e juventude, criminal e, até mesmo, nos casos de mulheres vítimas de violência doméstica.

Etapas da Constelação Familiar

Com o fito de esclarecer, ainda mais, como se dá o método de Bert Hellinger, descrevem-se, a seguir, as etapas da Constelação Sistêmica, destacando que a técnica faz uso da perspectiva sistêmico-fenomenológica, ou seja, não enxerga o indivíduo de forma isolada, mas como parte de um sistema. Logo, sua análise deve ser realizada livre de julgamentos subjetivos. Dessa forma, durante o deslinde da constelação, releva-se a veracidade dos fatos com essa perspectiva e com observância das leis sistêmicas.

A Constelação Sistêmica pode ser realizada em grupo ou de forma individual, sendo essa última considerada um excelente recurso nos casos em que a parte não quer se expor ou não é conveniente o uso do método coletivo, em razão da natureza do conflito. Destaca-se que a técnica pode ser utilizada tanto na esfera judicial, como extrajudicial. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Inicialmente, é exposta a definição da demanda pelo cliente, o que compõe objetivamente o problema ou necessidade e a possível solução, sendo o momento em que o terapeuta o questiona sobre o que o levou a buscar a Constelação Familiar. Ademais, é defeso ao cliente o uso de justificativas e explicações para o problema exposto e, também, que estabeleça condições para o que for sugerido como solução. (SCHNEIDER, 2007)

Diante de tais formulações, verifica-se que esta fase inicial é dotada de suma importância, por trazer à baila toda a exposição da problemática que a Constelação intenciona solucionar. Vale lembrar que a postura do cliente é fundamental, por tratar-se de uma técnica fenomenológica, ou seja, que precisa ser exercida com a ausência de intenção pelos participantes, para que se possa assimilar os fenômenos ocultos.

É imperioso destacar a existência de situações que ensejam o insucesso da Constelação nesta fase inicial, que ocorrem quando a demanda em questão não atinge densidade com um breve diálogo, ocasionando a falta de interesse nos presentes (cliente, terapeuta e o grupo). Nesses casos, a orientação do autor da técnica é a de que o terapeuta interrompa a Constelação, até segunda ordem, pois, caso persista a falta de interesse, a técnica está fadada ao insucesso. Outra hipótese possível ocorre quando o cliente se mostra fechado ou voltado para sua carência, demonstrando dificuldade para se abrir com os demais, com sentimento depressivo e afins, impossibilitando que o fito seja alcançado. (SCHNEIDER, 2007)

A segunda etapa da Constelação Sistêmica é voltada para a escolha dos representantes, os quais, em princípio, são eleitos pelos clientes

para representar os integrantes do seu sistema familiar e a si mesmo, pois a Constelação poderá ser realizada com bonecos, a exemplo da usada no ambiente carcerário.

Prosseguindo esta etapa, o terapeuta pede ao cliente breves informações acerca do histórico de sua família, visando à percepção do “peso anímico”, e, *ipso facto*, saber com que personagens iniciará a técnica. Assim, ocorre a montagem da constelação, ocasião em que o constelador pede ao cliente que oriente os representantes por ele escolhidos a se posicionarem de forma que sejam colocadas em evidência as relações que mantêm com os outros. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

A respeito dessas fases, Hellinger esclarece:

[...] ao estabelecer uma constelação familiar, o participante escolhe outros integrantes do grupo para representar os membros da sua família, colocando-os no recinto de modo que as posições relativas de cada um reproduzam as da família verdadeira. Os representantes passam a ser modelos vivos do sistema original de relações familiares. O mais incrível é que, se a pessoa coloca a sua família com toda autenticidade, os representantes passam a sentir e a pensar de modo muito parecido com os dos membros verdadeiros – sem conhecimento prévio. (HELLINGER, 2008, p. 11)

Observa-se que as condutas e posicionamentos dos representantes durante a Constelação é uma encenação sem roteiro prévio, uma vez que, ao sentirem o mesmo que o cliente, cada representante age como se assim o fosse, trazendo à tona a realidade antes obscura na vida do indivíduo. É válido destacar a mínima importância concedida à aparência dos representantes, sendo, de fato, relevante que o cliente se concentre nos representantes e os posicione com base em suas relações recíprocas, sem se fixar num período determinado e buscar razões ou quaisquer outros comentários. (SCHNEIDER, 2007)

Ratifica-se que não pode haver intenção por parte de algum dos sujeitos para que possam captar a realidade dos fatos. Ademais, frise-se que é no decorrer da encenação dos personagens que o cliente pode despertar para a origem do problema que lhe causou inquietação.

Posteriormente, ocorre a etapa denominada processo de solução, na qual o terapeuta pode agir de duas formas: interrogar os representantes, questionando-os sobre o que está acontecendo, ou deixá-los fazer o “movimento da alma”. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018) Destaque-se que o “movimento da alma” consiste na possibilidade posta aos representantes de se moverem livremente durante a constelação, sem que haja a necessidade de o terapeuta direcioná-los, ao seguir seus próprios impulsos. (SCHNEIDER, 2007)

Como resultado, a Constelação Sistêmica deve garantir ao cliente a sensação de leveza e tranquilidade, em virtude da descoberta do que estava obscuro e o levou a buscar o método de Hellinger, reestabelecendo, assim, o equilíbrio no âmbito familiar ou no sistema que estava gerando inquietação.

Para o encerramento da Constelação, existem rituais que correspondem às formas como os representantes podem finalizar o papel que estavam exercendo. A título de sugestão, o cliente poderá se direcionar a cada representante e, ao pegar-lhe a mão, agradecer por ter representado seu familiar. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Acentua-se, *en passant*, as etapas da Constelação Sistêmica: 1) definição da problemática e sua explanação; 2) em tese, o cliente escolhe os representantes do seu sistema familiar; 3) a montagem da constelação familiar, norteadas livre de intenções; 4) o terapeuta questiona os representantes sobre o que está acontecendo ou os deixa fazer os “movimentos da alma”; 5) solução da constelação; 6) encerramento.

O reconhecimento de papéis na visão sobre o conflito

A Constelação Familiar permite uma visão além do que é posto em evidência, pois durante as etapas do seu procedimento as partes conseguem visualizar seu devido lugar no sistema e, por conseguinte, reconhecer os seus papéis. Ocorre que a utilização do método amplia a visão, razão pela qual os indivíduos envolvidos na lide conseguem compreender o que ensejou sua conduta e se essa foi decorrente da influência dos seus antepassados, traumas, bloqueios, doenças e afins. Destarte, ao descobrir a origem do problema, podem impedir que tais influxos continuem afetando a sua vida.

Considerando a utilização do método na execução da pena, entende-se que pode auxiliar diminuindo os percalços e desvios, permitindo que o preso aceite a punição que lhe foi imposta pela sua conduta criminosa e compreenda seu papel no mundo, no seu grupo familiar e social, de modo que se autorresponsabilize pelo delito; e ao enxergar o oculto, evite a reincidência. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Por fim, quando vítima e agressor entendem melhor o seu papel, conseguem controlar suas atitudes e comportamentos, ocasionado na libertação das partes, o que concebe paz e equilíbrio para todo o sistema familiar, que obsta sobre as futuras gerações a influência negativa decorrente das condutas dos seus antecessores. (AGUIAR et al., 2018)

E assim, altera-se não apenas a visão do preso sobre o fato, mas também da vítima, auxiliando para que a mesma consiga conceder o perdão e seguir sua vida livre dos traumas, os quais poderiam perpetuar durante sua vida e, pela visão de Hellinger, seriam transmitidos a sua futura geração.

O uso da constelação sistêmica em conflitos criminais

O hodierno modelo de justiça penal no Brasil, precipuamente retributivo, revela-se ineficaz, por privilegiar o encarceramento maciço, ensejando construções de novos estabelecimentos prisionais, tipificação de novos crimes, aumento no patamar da pena e afins, em vez de buscar meios adequados que possam, verdadeiramente, evitar as práticas de crimes. Em consequência desse lamentável cenário, o índice de presos provisórios e reincidentes são altos, de modo que as penitenciárias possuem uma lotação acima do permitido, violando os direitos humanos dos presos.

Nesse cenário complexo, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347/DF proposta em razão da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu expressamente, em 2015, a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante das generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais dos presos. Teve por escopo a construção de alternativas dialógicas e pactuadas voltadas à superação do triste e violento quadro de violação massiva de direitos humanos das populações vulneráveis em face de ações e omissões lesivas do poder público. (CUNHA JÚNIOR, 2020)

O Brasil detém a quarta maior população carcerária, com 607.731 pessoas encarceradas, além de ser também o país com o quarto maior número de presos provisórios, com 222.190 pessoas detidas sem condenação. Outrossim, quando se trata do número de presos reincidentes, estes impressionam, ainda que haja divergência no tocante aos dados, mas um aspecto certo é que o mínimo de 30% dos presos são reincidentes, demonstrando, assim, a política do encarceramento maciço. (SILVA, 2019)

Diante da ineficácia do atual modelo de Justiça Penal, surge a necessidade de ampliar as discussões em termos de novas vias para

o tratamento dos conflitos inerentes às relações intersubjetivas e sociais, além de rever as reais finalidades da pena, por preocupar-se demasiadamente em prender e punir, sem um compromisso, de fato, com a recuperação e reincidência, ou seja, como os envolvidos retornarão à sociedade e se continuarão a delinquir, perpetuando-se o ciclo da responsabilização sem ressocialização.

Convém registrar que o Estado utiliza do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência entre os homens, usando-a como forma de controle social, a fim de evitar as práticas delituosas. (BITENCOURT, 2020) Nessa vereda, a pena no Brasil possui finalidade tríplice, são elas: retributiva, preventiva e reeducativa, de modo que cada uma delas atua em determinado momento.

No momento da pena em abstrato, possui a finalidade de prevenção geral, ou seja, atua sobre o corpo social antes da prática do delito; no entanto, quando se trata da pena em concreto, que ocorre quando já houve a prática do crime, detém o escopo de prevenção geral negativa, assim, visando evitar a reincidência e a finalidade retributiva, a qual revela-se retribuindo com o mal o mal causado; e, por fim, a pena no momento da execução, que também possui duas finalidades, a saber: cumprir as disposições da sentença e a prevenção especial positiva, ou seja, a ressocialização. (CUNHA, 2018)

Com vistas a repensar o paradigma atual de justiça penal, no plano cultural, todos os esforços devem ser empreendidos no sentido de retomar as ideias de humanização do sistema penal. Entretanto, numa sociedade marcada pelo receio intenso da criminalidade, senão ainda por um sentimento de fobia e insegurança, onde os resultados da justiça penal são vendidos como a solução para tais anseios, “é razoável adotar uma lógica pragmática e realista, supondo que os esforços dessa reforma devam concentrar-se na busca de alternativas para a resposta institucional e social ao fenômeno do crime.” (SICA, 2007, p. 205) Assim, na busca por melhorias e humanização na aplicação da pena e na condenação, está sendo testado o método de Hellinger na seara penal.

É imperiosa a necessidade de rever a noção de subsidiariedade (*ultima ratio*), compreendendo-a como manifestação de interação do direito penal com os outros ramos do direito e, principalmente, com outras vias de solução dos conflitos. (SICA, 2007, p. 5)

[...] reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público. (SICA, 2007, p. 5)

Portanto, é válido registrar que o uso da Constelação Sistêmica na seara penal não visa afastar a penalidade, ao revés, busca a compensação para obter o equilíbrio entre o dar e o receber dentro da relação criminal, tendo em vista que os erros geram punição e reparação dentro do sistema familiar do agressor. (AGUIAR et al., 2018)

À vista disso, é importante analisar o modelo vigente de justiça criminal à luz dos princípios basilares do método de Hellinger, as leis sistêmicas, pois, como já mencionado, o sistema no atual formato não está sendo eficiente nas resoluções das casuísticas e, ao visualizar a desarmonia com as leis sistêmicas, observa-se que contribuem para a lamentável situação de justiça penal no Brasil.

Cumprido destacar que, no atual modelo, há inobservância da lei da precedência ou hierarquia, uma vez que a vítima imediata tem sua autonomia de agir usurpada pelo Estado, isso porque a sociedade se torna a primeira da relação. Aqui, pode-se enxergar que os maiores interessados no conflito, aqueles que estão envolvidos diretamente, são privados de participar como protagonistas do “processo”. Ressalta-se que não há defesa ao retorno da vingança privada ou autotutela, e tão apenas que o Estado conceda aos sujeitos voz ativa na escolha de qual seria a solução mais apropriada para aquela violência cometida. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

E assim, observa-se uma preocupação constante por parte da doutrina com a deficiência no sistema processual de justiça penal brasileiro, tendo em vista que aquele que sofreu diretamente a consequência do tipo penal é deixado “à margem” pelo Estado, obtendo no processo uma ínfima participação, na qual sua vontade não tende a prevalecer, e passa a ser considerado o segundo na relação processual, caracterizando a inversão da ordem.

No que tange à lei do pertencimento, pontua-se que a sua violação é corolário da inobservância ao mandamento da hierarquia, em virtude da exclusão da vítima como parte na relação processual penal; portanto, não pertence ao sistema, e a solução fica condicionada ao desejo vingativo coletivo, sendo que existem casos em que o ofendido não deseja sequer aplicar sanção ao infrator, demonstrando-se mais um fator pertinente para a vítima participar do processo, ser ouvida e, assim, pertencer ao sistema. Visa-se difundir a ideia de aproximação daqueles que se afastaram em razão da violência, por meio da justiça, e, *ipso facto*, o pertencimento propiciaria que cada indivíduo assumisse o seu devido lugar. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Eis que, para Hellinger, toda pessoa pertence a um sistema, ainda que não seja aparentemente merecedor, e está sujeito a sofrer a influência dele; partindo dessa premissa, o ofendido não detém um reflexo positivo no atual modelo de justiça penal, por ser privado de atuar, ativamente, em um sistema no qual foi o mais prejudicado.

Em se tratando da lei do equilíbrio, esta é enaltecida na esfera criminal, visto que a harmonia deve ser buscada diretamente pelos envolvidos na controvérsia (agressor e vítima), e não por uma pessoa “terceirizada” pelo Estado, pois somente aqueles que vivenciaram o fato estão aptos a sopesar a solução que reestabeleça o equilíbrio.

Nas casuísticas que envolvem crimes sem ofendidos determinados, a conscientização por quem praticou a infração é o meio usado na busca pelo equilíbrio, com o escopo de que o inculpado compreenda que a sanção lhe foi imposta em virtude da conduta criminosa praticada, e

a fim de evitar o ciclo vicioso, a sanção pode ser menos, mas nunca a mais. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Ainda com relação à lei do equilíbrio entre o dar e o receber, difundida no princípio da compensação, há a preocupação como o perdão. Porque o perdão apenas será eficaz se propiciar dignidade ao culpado e à vítima, incentivando que os ofendidos requeiram pedidos de reparação e aceitem indenizações justas da parte do agressor. Não há uma reconciliação possível sem o reconhecimento do remorso genuíno e a aceitação da indenização adequada. (SILVA, 2019)

E assim, nos moldes atuais, percebe-se que o sistema de justiça penal preponderante no país está fadado a resultados infrutíferos, visto que há o sequestro dos sujeitos, os principais interessados na relação processual, além de não ser lastreada a conscientização dos envolvidos. Entretanto, com observância às leis sistêmicas, essa conjuntura pode ser alterada, pois, como já explanado, a Constelação permite elucidar as origens do problema, tornando possível encontrar a verdadeira solução para a contenda entre a vítima e o agressor, e, por fim, reestabelecer o equilíbrio e a paz.

À vista disso, faz-se mister expor de forma breve algumas experiências na seara criminal que demonstram a utilização da Constelação como instrumento com potencial autocompositivo. O juiz Sami Storch, precursor do método Hellengeriano no Brasil, realizou, em 2013, a primeira palestra vivencial na Justiça Criminal, tendo abordado o tema “A violência nas Famílias – Origens e Soluções”. Na oportunidade, foram convidadas as partes envolvidas em cerca de oitenta processos da Vara Criminal da Comarca de Amargosa/BA. (SILVA, 2019)

Nessa palestra foram realizadas duas Constelações, nas quais pôde-se visualizar o potencial do método, sendo uma delas apresentada por uma conselheira tutelar, que abordava o caso de um jovem envolvido com tráfico. Foram colocados representantes para o referido rapaz e sua família de origem, sendo a falecida mãe esquizofrênica e o pai que não conheceu, propiciando-o firmeza

e segurança. Além disso, também foi colocado um representante para o traficante, momento em que, de forma surpreendente, foi demonstrado o quão era necessário que o garoto assumisse uma postura de respeito e gratidão em relação ao traficante, para que houvesse o afastamento. (SILVA, 2019) Observa-se, aqui, um de muitos resultados positivos adquiridos com o método de Hellinger. No caso em tela, o rapaz, por meio da Constelação Sistêmica, enxergando o que estava oculto em seu sistema familiar, conseguiu se afastar do que ensejava sua conduta criminosas.

Ainda no tocante ao uso da técnica de Hellinger, há magistrados que vêm utilizando a participação do acusado na Constelação Familiar como atenuante genérica, com supedâneo no artigo 66, do Código Penal, visto que é notória a mudança nos relacionamentos dos envolvidos. Outrossim, essa hipótese tem sido utilizada, em regra, nos casos que envolvem a violência doméstica, contudo, não há impedimento à extensão para outras infrações penais. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018)

Observa-se que o Código Penal contempla um rol meramente exemplificativo para aplicação das atenuantes, quando permite a aplicação de outras não previstas expressamente em lei. Sendo assim, resta consubstanciado, aqui, o amparo legal para a aplicação da Constelação como atenuante, sendo perspicaz o juiz que a considera como tal, diante dos resultados positivos e pelo potencial para mudar o fracassado cenário de justiça criminal.

Na fase de execução penal, também há experiências que demonstram resultados positivos diante da utilização da Constelação Sistêmica. Exemplo disso foi o projeto na Casa do Albergado Irmão Uliano, em Florianópolis/SC, cujos conflitos dos presos, em regra, envolviam a questão familiar. Foram realizadas diversas Constelações e pôde-se constatar, na experiência, que se tratava de um método eficaz para socialização, por meio da compreensão do que motivava a prática das condutas criminosas. (OLDONI; LIPPMANN, 2018)

Independentemente da aplicação da lei penal, vislumbra-se na Constelação um bom potencial para reduzir a reincidência, auxiliar o agressor no cumprimento da pena, transmitindo-lhe a compreensão e aceitação. Além de aliviar a dor do ofendido, pode desemaranhar o sistema e evitar que outros integrantes da mesma família se envolvam em crimes, seja como agressor ou vítima, preservando as futuras gerações, em virtude da mesma dinâmica sistêmica. (STORCH, 2018)

E assim, verifica-se, nas experiências analisadas, que a técnica vem ganhando espaço e se mostrando uma ferramenta interessante para ser aplicada como mais uma alternativa nesse modelo de justiça com resultados comprovadamente insatisfatório, tendo condições de trazer novos resultados na esfera criminal.

Considerações finais

A crise do atual modelo de jurisdição criminal, culturalmente voltado à belicosidade, aponta para a necessidade deste arquétipo ser superado e que sejam discutidos novos instrumentos que viabilizem e subsidiem formas autocompositivas de tratamento dos conflitos, com o fito de colaborar para a minimização das demandas judiciais.

A pesquisa buscou analisar a possibilidade de utilização da técnica *constelação sistêmica* como instrumento auxiliar na autocomposição de conflitos na seara penal, destacando-se uma análise voltada a modelar o “Sistema Multiportas de Solução de Conflitos” e propiciar aos jurisdicionados um maior alcance do que se pretende com o acesso à justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de qualidade, adequada à particularidade de cada litígio, diante da imperiosa necessidade de enxergar o limite do atual sistema de justiça, ainda elitista, seletivo, que não garante a cidadania e a dignidade.

Ao nos debruçarmos sobre o significado de acesso à justiça, refletimos acerca da importância de que cada cidadão tenha ao seu alcance

uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, para sintonizarmos com as demandas da contemporaneidade, até mesmo por tratar-se de um direito fundamental constitucional, destacamos que esse conceito de justiça tem sido elástico com vistas a assegurar a todos não apenas o direito de ação, mas o efetivo direito a uma justiça ágil, personalizada e efetiva.

É sabido que a sentença proferida pelo magistrado põe fim ao processo e, em regra, contempla normativamente apenas os efeitos associados ao fato, mas nem sempre resolve a essência do conflito que gerou a demanda judicial. Ampliar essas discussões e o leque de alternativas em oposição à exclusiva e predominante atuação do judiciário pode contribuir para abrir espaços em que a gestão social de pretensões colidentes seja materializada com base legítima no direito, no diálogo entre as partes, no respeito aos direitos fundamentais, desprestigiando as formas tiranas e impulsivas de resolução de disputas, sempre tão presentes na sociedade brasileira, em especial nas lides de natureza criminal.

A não compreensão do embrião da lide pode ocasionar um agravamento da tensão entre as partes e a reiteração da conduta reprovável, aliada ao fato que o encarceramento em massa traz repercussões grandes para a sociedade, uma vez que não consegue “devolver” o cidadão preparado para o convívio social e ter o seu projeto de vida ressignificado, tendo em vista que os conflitos que levam ao agrilhoamento podem ser reflexos de padrões de comportamentos ocultos já existentes no seio familiar.

É nessa concepção que se inclui a utilização da constelação sistêmica, alternativa legitimada por nosso ordenamento jurídico, como uma via democrática, restauradora da paz, capaz de estimular o exercício da cidadania, uma vez que permite às partes envolvidas na desavença se reconhecerem como protagonistas de uma solução que contemple suas pretensões, rumo a um acordo justo, equilibrado, construído, e não imposto tão somente pela atuação do magistrado.

E assim, nos filiamos à proposta do idealizador da importação da técnica da constelação para o judiciário, no sentido de que o direito

pode e deve ser interpretado numa postura sistêmica, e isso inclui desde a fase de construção do arsenal legislativo até a aplicação aos casos concretos, com a finalidade de pacificar e fortalecer os laços de paz e equilíbrio entre as pessoas envolvidas em querelas. Isso implica considerar uma percepção muito mais abrangente do conflito e do processo em si, pois mais do que dar cumprimento ao cabedal instrumental, trata-se de uma visão ampliada do acesso à ordem jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

- AGUIAR, Ana Cecília *et al.* *Direito sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BANDEIRA, Regina. “Constelação familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. *CNJ*, Brasília, DF, 28 out. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajudahumanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 14 maio 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Arts.1º ao 120)*. vol. 1. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.
- BRASIL.CNJ. *Resolução n.125/10 CNJ de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de

interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do Processo? – Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1, p. 83-106, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114/23718>. Acesso em: 2 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CÉSPEDES, Adele. *A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/177310>. Acesso em: 5 mai. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

CRUZ, Bárbara Oliveira. *O uso das constelações familiares como método adequado para a resolução de conflitos no poder judiciário*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º ao 120)*. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DAMASCENO, Adriano Antunes. Acesso à justiça penal? não, obrigado. *Revista do Curso de Direito UFMA*, São Luís, Ano II, n. 4, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rcursodedireito/article/view/5225/0>. Acesso em: 15 nov. 2020.

REVISTA DO CURSO DE DIREITO | UFMA, São Luís, Ano II, n. 4, jul./dez 2012

DE PAULA, Leonardo Nespolo. *A aplicabilidade do direito sistêmico como método adequado de resolução de conflitos*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2018.

DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antônio; CUNHA, Leonardo. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FELIPE, Ana Paula Freire. Mediação penal: uma via de acesso à justiça criminal humanizada. *Jus.com.br*, maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57992/mediacao-penal-uma-via-de-acesso-a-justica-criminal-humanizada>. Acesso em: 14 nov. 2020.

HELLINGER, Bert. *A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo?* 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos Conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia. *Constelação Sistêmica na Execução Penal: Metodologia para sua implementação*. Santa Catarina: Manuscritos, 2018.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia; GIRARDI, Maria Fernanda. *Direito Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal*. 2. ed. Santa Catarina: Manuscritos, 2018.

PIZZATO, Bianca. *Constelações Familiares na Advocacia: Uma prática humanizada*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Santa Catarina: Manuscritos, 2018.

SANTOS, Nathália. A constelação sistêmica e os meios alternativos de resolução de conflitos. *Revista Jurídica Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 14, n. 1, p. 281-303, jun. 2019. Disponível em: <http://revista.dereitofranca.br/index.php/refdf/article/view/631>. Acesso em: 24 set. 2020.

SCHNEIDER, Jakob Robert. *A prática das constelações familiares: bases e procedimentos*. Patos de Minas: Atman, 2007.

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

SILVA, Milena Patrícia. *Direito Sistêmico e a Justiça Criminal: a Constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Criminal*. Curitiba: Juruá, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. *Revista Consultor Jurídico*, [s.l.], 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistêmico-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 12 set. 2020.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

O PAPEL DO JUDICIÁRIO PARA O ACESSO À SAÚDE EM MOÇAMBIQUE: ENTRE A CORRUPÇÃO SISTÊMICA E A DESCULPA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Arménio Alberto Rodrigues da Roda

Introdução

Moçambique é um Estado unitário assente no princípio republicano, se tornou independente desde 1975 e, neste mesmo período, o país adotou o modelo político, econômico e social marxista-leninista, no qual os meios de produção pertenciam ao Estado. Nesse contexto diacrônico, o país engendrou a nacionalização do Sistema Nacional de Saúde por meio do Decreto-Lei nº 5/75, de 19 de agosto de 1975, (MOÇAMBIQUE, 1975) através do qual o Conselho de Ministros decidiu o processo de nacionalização das clínicas privadas que vinham operando desde o período colonial. Desse modo, o novo governo pós-colonial restringiu as atividades médicas e sanitárias dos entes privados, negando a qualquer custo a mercantilização da saúde. Ou seja, as atividades médicas e sanitárias passaram a constituir atividades exclusivas do Estado, que tinha como objetivo oferecer maior acessibilidade pública da saúde aos cidadãos.

Após esse período, várias transformações político-constitucionais foram ganhando forma e dando lugar a novas estruturas políticas,

sociais e econômicas. Em 1990, o país registrou uma revisão constitucional significativa, dando lugar ao Estado democrático de direito e aderindo à economia de mercado com o intuito de consolidar a democracia. Nesse contexto, o legislador moçambicano previu o direito à assistência médica e sanitária à todos cidadãos, sendo este consagrado no artigo 89 da Constituição da República de Moçambique de 1990, (MOÇAMBIQUE, 1990) tendo, por sua vez, ratificado vários tratados internacionais e regionais de direitos humanos que preconizam a saúde como um direito fundamental. Por conseguinte, consolidou o princípio da livre concorrência, dando ênfase à iniciativa privada, permitindo novamente a operacionalização das atividades médicas por entes privados, ou seja, o Estado passou a admitir constitucionalmente o exercício das clínicas privadas, o que atualmente tem contribuído parcialmente no acesso à saúde em Moçambique, especialmente nas zonas urbanas e para pessoas com uma renda financeira sustentável, sobretudo as da classe alta e média.

O atual Sistema Nacional de Saúde (SNS) estabelece uma organização sanitária em diferentes níveis, a mencionar: *nível primário* – constituído por centros e postos de saúde, cada um compreendendo as respectivas áreas de saúde; *nível secundário* – formado por hospitais distritais, gerais e rurais; *nível terciário* – composto por hospitais provinciais; e *nível quaternário* – constituído por hospitais centrais e especializados. Também fazem parte do SNS: os centros de higiene, centros sanitários, instituições de formação profissional, laboratórios especializados e instituições de pesquisa que atuam de forma coordenada. (MITANO; VENTURA; PALHA, 2016)

Nos dias que correm, o Sistema Nacional de Saúde e os seus subsistemas enfrentam graves problemas funcionais e orgânicos no âmbito de saúde, e estão ligados a diferentes fatores políticos, sociais e econômicos, o que inclui a ineficácia administrativa e funcional do Sistema Nacional de Saúde, que enfrenta dificuldades no âmbito de gestão de

políticas públicas que se demonstram funestas na prestação de serviços básicos aos cidadãos.

Um dos aspectos preocupantes é a pobreza econômica e financeira que permeia no Estado moçambicano; por um lado, faz oscilar a balança da concretização dos direitos fundamentais e, por outro, o dilema dos recursos escassos marcam um cenário de crise *entrópica* enraizada, que pode ser minimizada pelo conjunto de decisões técnicas e normativas. Como é de se esperar num país em crise econômica, o Sistema Nacional de Saúde vem recrudescendo¹ (STEFANO, 2013) e depende 50% dos donativos estrangeiros para garantir os objetivos e a metas constitucionais.

Além dos problemas mencionados, há questões ligadas à falta de transparência dos órgãos da gestão pública, responsáveis pela área de saúde no plano do governo central e local, o que tem contribuído negativamente para a não concretização do direito universal à saúde aos cidadãos moçambicanos.

O sistema moçambicano de saúde esbarra em dois problemas fundamentais: um relacionado à escassez, em grosso modo, à pobreza econômica e financeira; e outro paira no âmbito da crise funcional dos órgãos de gestão administrativa. É neste último ponto que subjaz a ideia de propor a judicialização administrativa que consubstanciaria no exercício da tutela administrativa reforçada, servindo de instrumento de garantia jurídica para a universalização e integralização do direito à saúde às camadas sociais vulneráveis em Moçambique, obstadas pelos funestos atos da administração e a escassez dos recursos econômicos e financeiros que limitam o exercício pleno deste direito fundamental e humano.

.....
1 A crise entrópica seria caracterizada por uma série de conflitos de valores ou identidades e, nesta ótica, a situação de crise pode ser minorada por um conjunto de ajustes técnicos e normativos que tende a implodir o sistema. Essa teoria encontra explicação na obra do Professor João Carlos Loureiro (2015, p. 619)

Em vista disso, a compressão do papel do poder jurisdicional administrativo é imprescindível para dinamização do acesso universal e integral à saúde em Moçambique. Daí surge a proposta do presente artigo, que tem como objetivo propor mecanismos jurídicos relacionados ao acesso à justiça no fito de concretizar a assistência médica sanitária, visando a prevenção, recuperação e tratamento dos cidadãos acometidos por qualquer patologia, que serão garantidos pelo poder administrativo jurisdicional quando conveniente e necessário, legitimando a intervenção jurisdicional administrativa para a efetivação do direito à saúde, que tem como substrato a proteção do mínimo existencial, o corolário da dignidade humana.

A metodologia aplicada no presente artigo foi baseada na revisão bibliográfica, que consistiu na análise crítica e analítica de diversos documentos e instrumentos normativos e, por sua vez, articulou-se a observação empírica no tocante ao funcionamento das instituições públicas moçambicanas, tal como do poder jurisdicional administrativo e dos demais órgãos políticos do Estado, arrolados no decorrer do artigo.

Considerações iniciais

Vigora no constitucionalismo moçambicano um arcabouço hermenêutico, de matriz positivista, com parâmetros normativos fechados e estritamente ancorado no princípio da separação de poderes, concebido de forma tradicional, onde o juiz ocupa um papel técnico e objetivo. (LOCKE, 2001, p. 514-517) Por outro lado, tem o Parlamento, ao qual cabe essencialmente a feitura e aprovação das leis, assim como a fiscalização dos atos do governo, e, por último, o executivo, que cumpre os seus papéis no âmbito da gestão e administração da máquina pública. (MONTESQUIEU, 1973)²

.....
2 A tripartição de poderes, em países de modelo francês com a jurisdição administrativa, goza de uma compressão rígida dos poderes autônomos do Estado, e Moçambi-

Entretanto, constitui um mito falar da judicialização da saúde em Moçambique, sobretudo no âmbito administrativo, sendo que a gestão e a prestação de serviços médicos e sanitários são exclusivas da Administração Pública, tutelada pelo Ministério da Saúde. Nesse âmbito, veda-se a prerrogativa dos demais órgãos dos outros poderes, a não se imiscuir na esfera administrativa ou de gestão, onde cabem exclusivamente os órgãos do executivo. Trata-se, antes de tudo, da função primária e típica dos órgãos do Estado, entretanto, essas funções podem ser usurpadas de forma atípica por outros poderes, especialmente pela jurisdição administrativa, que, em regra, goza de competência para verificar a legalidade dos atos de gestão da Administração. Assim, a judicialização requerida pelos particulares aos tribunais administrativos reforçaria a tutela administrativa já existente, sanando o déficit dos atos de corrupção sistemáticos, discriminados em função das classes, entre outras práticas que negam o acesso universal à saúde das pessoas socialmente vulneráveis.

Por outro lado, a não judicialização da saúde está ancorada numa cultura jurídica de positivismo normológico e metódico da escola clássica de Savigny, que concebe a interpretação e aplicação do Direito (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 207, 223) como uma tarefa técnica que não deve ultrapassar os limites formais previamente definidos por lei.

O outro imbróglio atrelado ao constitucionalismo moçambicano assenta no âmbito do teor dogmático constitucional, que concebe o direito universal à saúde como uma norma de eficácia programática, dependente das políticas regulamentadoras do poder executivo, concatenados à prossecução das políticas públicas. (MIRANDA, 1981, p. 629-640) Nesse cerne, a questão da judicialização administrativa continua num lugar obscuro e inacessível aos cidadãos, para fazer valer o seu direito fundamental em casos graves de violações da legalidade.

.....
que compreende esta tríade de forma rígida, o que faz com que o ativismo judicial e a judicialização de certos direitos não sejam possíveis juridicamente.

A saúde é um direito presente e não ulterior, muito menos gradual. A saúde, sobretudo curativa, resolve os problemas correntes, inerentes à complexidade corpórea, psicológica e espiritual do homem, visando o seu bem-estar.

Moçambique é um Estado democrático de direito e de organização política administrativa unitária, influenciado pelos modelos português e francês, tendo adotado determinados institutos e instituições jurídicas *sui generis*. No tocante à Organização Judiciária, existem quatro níveis importantes de competência material, a saber: os Tribunais comuns e Tribunais administrativos, fiscais aduaneiros e militares, sendo que a competência dos tribunais comuns é voltada para questões civis e criminais, enquanto os contenciosos administrativos cabem à Justiça Administrativa sua apreciação em juízo. O mesmo sucede com os tribunais fiscais aduaneiros e militares, que julgam matérias específicas no nível da sua competência material.

A jurisdição administrativa está organizada de forma piramidal, com o Tribunal Administrativo no topo, localizado em Maputo, detendo competência material em todo território nacional; seguido dos tribunais administrativos provinciais e distribuídos em diferentes partes do território nacional, possuindo competência funcional, organizada em secções, subsecções e plenário de acordo com a Lei nº 14/2014, de 14 de agosto, atualizada pela Lei nº 8/2015, de 6 de outubro, publicada no boletim da república de Moçambique. (MOÇAMBIQUE, 2015)

No entanto, a estrutura administrativa e política tem grande pertinência no que tange à judicialização de questões políticas e sociais que acabam sendo decididas em última instância pelos tribunais, que intervêm diretamente nas questões de gestão pública, por meio da ampliação do poder judiciário em outros poderes.

No Brasil o cenário é diferente, pois inexistente a jurisdição administrativa específica. Nesse âmbito, a judicialização e o ativismo judicial têm sido levados a cabo pelos tribunais comuns, entretanto, esta lógica não se adéqua à estrutura judicial moçambicana. Portanto, os

tribunais comuns seriam incompetentes materialmente para apreciar questões controvertidas inerentes aos atos da administração pública, sendo assim, a judicialização caberia aos tribunais administrativos, exercida de forma atenuada e não num modelo excessivo e sem parâmetro legal.

Quanto a Moçambique, a judicialização seria, em princípio, apreciada pelo Conselho Constitucional, órgão que exerce a jurisdição constitucional naquele país. Entretanto, essa hipótese não se demonstra adequada, face aos obstáculos formais estabelecidos na constituição para o acesso ao Conselho Constitucional – espécie de tribunal constitucional – que não admite cidadãos a título individual, como legitimados passivos. Os outros obstáculos situam-se no âmbito funcional deste órgão, que não atenderia às demandas em tempo razoável, peticionadas pelos particulares no âmbito da judicialização da saúde, ademais, haveria também um embaraço geográfico para o acesso a este tribunal que se encontra situado na província de Maputo.

Entre nós, partilhamos a tese da judicialização administrativa solicitada aos tribunais administrativos localizados em diversas regiões de Moçambique que têm competência material de fiscalizar a legalidade dos órgãos administrativos públicos do Estado, sendo, deste modo, acessível em termos funcionais e geográficos. Todavia essa pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico moçambicano.

Colocadas as premissas acima, cabe-nos frisar o binarismo e o metodologismo jurídico, que são as principais razões para a negação ampliada da jurisdição administrativa de receber pedidos de particulares exigindo o cumprimento do direito à saúde, veiculado pela legítima e necessária intervenção dos tribunais administrativos no âmbito da gestão pública ineficiente. É nesse contexto que se desvela a importância do *judicial review* (revisão dos atos judiciais) dos atos da administração, contrário aos interesses públicos do Estado que também integram as questões relacionadas ao acesso integral e universal à saúde dos cidadãos.

Em Moçambique, inexistem espaço para disputas judiciais ou jurisdicionais no âmbito da concreção do direito à saúde, mesmo em caso iminente do risco à vida ou à saúde humana o paciente não goza de um mecanismo jurídico eficaz para reaver a decisão médica provinda do órgão de gestão hospitalar, salvo em casos dos recursos gratuitos administrativos, que se demonstram fragilizados.

O sistema moçambicano de controle de legalidade dos atos de administração pública diz respeito à competência material do Tribunal Administrativo, assim como à fiscalização dos orçamentos de despesas dos entes públicos, sem olvidar dos atos de gestão do Sistema Nacional de Saúde, que também estão sujeitos à jurisdição deste tribunal de acordo com a Lei nº 8/2015, (Moçambique, 2015), que altera a Lei nº 14/2014, de 14 de agosto (MOÇAMBIQUE, 2014), que regula os limites de competências e atribuições do Tribunal Administrativo e dos demais tribunais administrativos.

A questão da judicialização administrativa da saúde, através de ação requerida por um cidadão, exigindo ao Estado o cumprimento do direito subjetivo público à saúde, não é o objeto de materialização jurídica por parte dos cidadãos.

A judicialização administrativa³ transparece ser um mecanismo idôneo e importante para mediar certas questões que envolvem a Administração Pública e o cidadão, quando se demonstre ineficácia ou graves violações dos direitos subjetivos públicos à saúde, ocasionadas pelas falhas da Administração Pública, podendo garantir ao cidadão recurso jurídico para pedir ao tribunal competente uma revisão jurisdicional, que pode ser requerida pelo cidadão em caso de não satisfação de determinada decisão de um ente administrativo que viola o direito à saúde.

.....

3 Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, a Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Um dos dilemas atravessados em Moçambique correlata-se aos custos com a saúde no estrangeiro, relacionados à aquisição de farmacêuticos ou serviços terapêuticos que não estão disponíveis no país. Nesse âmbito, o Estado se exime por completo em relação aos gastos desta natureza, deixando o cidadão de braços cruzados. (CASTRO, 2010) Nesse mesmo aspecto, a doutrina não tem um posicionamento consensual sobre o custeio de saúde no estrangeiro. Para alguns, o custeio com a saúde no exterior não constitui um direito subjetivo público, porque não tem previsão legal na constituição (CASTRO, 2010) ou em outros diplomas legais, por outro lado, tem a doutrina oposta, que entende ser reponsabilidade do Estado garantir o direito à saúde universal e integral, segundo postula o princípio da dignidade humana. Dito de outra forma, o direito à saúde está intrinsecamente ligado à continuidade da vida humana. (CUNHA JÚNIOR, 2008) Assim sendo, não se exige uma previsão legal, cabendo socorrer-se dos princípios que garantem o direito à vida e o mínimo existencial que são amparados pelo postulado da dignidade humana.

No entanto, essas discussões não devem olvidar da órbita orçamentária do Estado e dos recursos existentes alocados para a saúde. Partindo da racionalidade de que os recursos são escassos para todos, é preciso compreender a conjuntura econômica e financeira para que a judicialização administrativa faça sentido, pelo menos em contexto moçambicano, onde as pessoas vivem à margem da linha da pobreza, impossibilitadas de viver com menos de 1,25 dólares americanos diário⁴. Nesse contexto, a judicialização aqui referida deve observar os parâmetros do interesse público ou da coletividade estabelecidos nas políticas orçamentárias do Estado.

No tocante ao mesmo aspecto, cabe fazer observação comparada e minuciosa sobre a judicialização da saúde no Brasil, capaz de nos

.....
4 A pobreza é definida pela Organização Mundial da Saúde como a impossibilidade de uma pessoa viver com menos com 1,25 dólares americanos. Trata-se, aqui, de uma pobreza econômica e financeira.

fornecer elementos teóricos sobre a judicialização da saúde que, neste âmbito, deu passos importantes e de retrocesso acerca do tema que começou a florescer desde os anos de 1990, em que os tribunais passaram a intervir massivamente nas questões políticas e econômicas do poder executivo e legislativo, dando espaço para que os tribunais efetivassem, em última instância, decisões sobre questões econômicas e sociais. (LOPES; COELHO; DINIZ; ANDRADE, 2019) Sem embargos, a questão da judicialização no Brasil apresenta-se como um assunto paradoxal, que, por um lado, abriu espaço para a efetivação do direito fundamental à saúde aos cidadãos que tiveram que recorrer à justiça para a efetivação do direito à assistência médica e sanitária, o mesmo ocorre na África do Sul, país vizinho de Moçambique.

Já no Brasil, o país se queixa de um excesso de ações judiciais quantificadas, aproximadamente em 240.840 ações ligadas aos processos relacionados à saúde que têm interferido profundamente na gestão pública e têm colocado em causa o orçamento planejado para a saúde. (ZEBULUM, 2019) Ainda sobre o Brasil, abordaremos de forma específica no desenvolvimento do trabalho.

No contexto moçambicano, a judicialização da saúde carece de novas visões paradigmáticas voltadas ao contexto social econômico do país, permitindo que o judiciário rompa algumas raízes jurídico-culturais positivas que cerceiam o poder jurisdicional administrativo ao se posicionar face a uma petição que envolve um ente administrativo e o cidadão, de forma a assegurar o acesso ao Sistema Nacional de Saúde, que se concretizaria de forma mínima mediante a judicialização administrativa da saúde.

Pobreza, direito à saúde e judicialização

A pobreza econômica e financeira (LOUREIRO, 2015, p. 629-630), por si só, corresponde a uma condição de exclusão social em que os pobres

não participam dos bens constitucionais básicos. Num panorama das desigualdades sociais estruturante, tal como é em Moçambique, os grupos vulneráveis não dispõem de capacidade econômicas para acessar o Sistema Nacional de Saúde, que se fecha às camadas mais frágeis.

As desigualdades sociais, acompanhadas de corrupções políticas sistêmicas, agravam a limitação do acesso à saúde. Nesse sentido, a judicialização enquanto mecanismo de controle tem um papel imprescindível no âmbito da inclusão dos grupos vulneráveis, se tornando uma porta de acesso às camadas sociais vulneráveis na consolidação da cidadania social. (MARSHALL, 1967)

De acordo com o relatório da saúde de 2012, a cada três pessoas, duas vivem no limiar da linha de pobreza e mais da metade da população é dependente do sistema público de saúde, sendo que poucas pessoas têm acesso ao sistema privado de saúde, por conta dos custos altíssimos que o sistema privado exige; além disso, o conta com um número elevado da população desempregada. (UHC, 2013)

O gasto com saúde, até ao ano de 2012, representava seis por cento do PIB moçambicano, avaliado em 24 bilhões de maticais, com rendimento *per capita* avaliado em 1.026,00 Mts, equivalente a US\$ 36,81 ao mês. De acordo com esses dados, deve-se ter em conta a judicialização administrativa da saúde baseada na análise econômica do Direito. Pois a eficácia do direito à saúde em Moçambique deverá obedecer ao crivo da racionalidade econômica e matemática dos recursos existentes, e não a uma exigência cega dos recursos escassos. (UHC, 2013) Ou seja, a possibilidade da judicialização administrativa deve nortear-se nas conjunturas econômicas, sob pena de interferências arbitrárias no orçamento do Estado, que conseqüentemente terá implicação pública.

Para um país com índice elevado de pobreza (MITANO; VENTURA; PALHA, 2016), como Moçambique, a questão da judicialização não deve se basear em critérios morais de juízes (ZEBULUM, 2019), porém, as decisões judiciais demonstram-se como espaços importantes para realmente efetivar estes direitos quando as políticas públicas dos

órgãos administrativos de gestão não se demonstram suficientes para assegurar o direito à saúde. Assim, a máquina judiciária deve ser invocada para julgar determinadas questões de natureza crucial, inerentes a questões políticas e econômicas que, por regra, caberiam aos outros poderes.

Em situações que o cidadão se vê prejudicado, ou violados seus direitos, fruto de uma decisão administrativa incompetente e corrupta veiculada pelos órgãos responsáveis pela gestão do Sistema de Saúde, por conseguinte, este gozaria de meios para reivindicar os atos funestos dos órgãos de gestão, mediante um pedido ao tribunal administrativo funcionalmente competente para apreciar este pedido.

A eficácia plena e imediata do direito à saúde

O direito à saúde constitui um direito fundamental de segunda geração, não essencialmente programático como se tem pregado no âmbito da dogmática constitucional, todavia, este direito goza de eficácia jurídica plena e imediata (SARLET, 2015), embora certas questões de saúde pública sejam concretizadas pragmaticamente à luz das condições fáticas econômicas existentes. A corporeidade que cerca a pessoa humana é dotada de fragilidade que necessita constantemente de cuidados terapêuticos essenciais, assim, encarar o direito à saúde como direito de eficácia programática é não compreender a essência da própria vida humana, que necessita de cuidados para hoje e não para o futuro.

O Legislador moçambicano silenciou-se no tocante à eficácia dos direitos fundamentais que estão sujeitos a diversas correntes de interpretações. Entre nós, os direitos fundamentais sociais e econômicos, subjacentes ao mínimo vital, são direitos de eficácia plena e imediata, pois independe dos programas do Estado, devendo produzir os

efeitos jurídicos de forma imediata. A sua limitação só é legítima em situações de escassez de recursos e, nesse sentido, o utilitarismo de bens (BENTHAM, 1948), e não de valor, é o vetor que será ponderado nesta situação.

Para Holmes e Sunstein (2000), direitos são custos; em outras palavras, a efetividade de normas jurídicas na esfera individual ou coletiva demanda custos para a realização de um direito (POSNER, 2007), e este raciocínio tem razão de ser no tocante às questões ligadas ao direito à saúde.

A efetividade do direito sanitário exige uma capacidade econômica do Estado para redistribuição de recursos ou serviços terapêuticos, curativos e preventivos ligados aos recursos disponíveis do Estado. Ademais, não basta declarar direitos no texto constitucional, o Estado deve ser capaz de assegurá-los, não os manter simbolicamente como meras promessas ou declarações constitucionais álibis. (NEVES, 2011)

A evocação da judicialização administrativa da saúde só será possível mediante os recursos disponíveis do Estado, o que fará com que os juízes decidam mediante critérios técnicos, jurídicos, e em caso de graves e evidentes violações da legalidade, servindo-se majoritariamente de uma análise de custo destes direitos, diante do orçamento disponível. (NEVES, 2011)

A possibilidade da judicialização não deve estar aquém dos aspectos econômicos do país, relacionados às questões orçamentárias, sob pena de prejudicar a maior parte da população que depende inteiramente da saúde pública do Estado, devendo-se ponderar os interesses relacionados à proteção da dignidade do indivíduo, bem como os interesses coletivos da sociedade.

Por outro lado, existe a doutrina que apela que o direito à saúde deve ser limitado ao programa do Estado, por conta dos custos econômicos que este direito exige. Apesar disso, não constitui argumento unívoco, todavia, existem outros direitos que requerem ainda custos exorbitantes do Estado, tais como (AMARAL, 2001): os direitos políticos,

a segurança pública, o direito de propriedade, os que demandam do Estado elevados custos financeiros etc. No que concerne à saúde, este direito goza de eficácia plena. Portanto, nada impede que o direito à saúde goze a eficácia limitada e programática em casos excepcionais, isto é, quando não existem realmente os recursos disponíveis para prover este direito e no caso de insuficiência absoluta.

A judicialização administrativa apresenta, nesse sentido, uma garantia para o acesso à saúde. Nesse âmbito, a judicialização administrativa não se confunde com meros interesses individualistas, que sobrepõem o interesse da coletividade e que sacrificam o interesse público para um grupo minoritário de cidadãos.

Administração pública da saúde e a intervenção do poder judicial administrativo

A negação do acesso ao direito de assistência médica e sanitária pelos órgãos administrativos em Moçambique, em certas ocasiões, são fundamentados por razões de insuficiência dos recursos. Porém isso não chega a ser verdade em muitos casos, que são relacionados aos atos de improficuidade de gestão e de corrupção,⁵ em alta na sociedade moçambicana. (UNICEF, 2018) apontam para vários casos de desvio de medicamentos por funcionários ou servidores públicos de saúde.

Desse ponto que a judicialização da saúde concretizaria a ideia da *judicial review*: primeiro relacionado às atrocidades e improficuidades administrativas; segundo, daria oportunidade aos cidadãos prejudicados de recorrer e contraditar determinadas decisões dos órgãos de

.....
5 UNICEF detectou irregularidades na aplicação do orçamento direcionado à saúde em Moçambique, que corresponde a 8,7%, avaliados em 26 mil milhões de maticais do orçamento do Estado. (UNICEF MOÇAMBIQUE, 2018)

administração pública perante os tribunais competentes; e terceiro, abriria espaço para a tutela e controle externo do aparelho Administrativo.

Por outro lado, tem os chamados recursos gratuitos, que são remédios administrativos que dão lugar aos particulares que requerem aos entes administrativos o que violou determinado limite da legalidade, portanto, este recurso é dirigido ao próprio órgão que teria ferido os limites de legalidade impostos pela lei, o que se assemelha com o julgamento de própria causa, sendo ineficaz para se contrapor aos abusos da Administração Pública.

Como foi dito anteriormente, em nível de competência matéria, os Tribunais administrativos julgam os atos da administração na sua relação com os particulares, enquanto os tribunais comuns julgam causas civis e criminais. Artigo 223 da Constituição moçambicana de 2004, (Moçambique, 2004)⁶ Neste contexto, para a concretização da judicialização em Moçambique, afastar-se-ia a competência dos tribunais judiciais ou comuns, assim como corte constitucional de apreciar e decidir em matéria relacionada à efetivação do direito à saúde, que se trata de um assunto materialmente administrativo.

Especialmente em Moçambique, a fundamentação da judicialização pode ser deduzida através das previsões legais, tal como consta do artigo 89 da Constituição da República, (MOÇAMBIQUE, 2004) que garante a toda pessoa o direito à assistência médica e sanitária. E de acordo com interpretação extraída da Lei nº 7/2014, de 28 de fevereiro, (MOÇAMBIQUE, 2014) que regula a questão dos contenciosos administrativos, considera-se que existem pressupostos legais para a judicialização em Moçambique, embora em termos práticos e jurisprudenciais não se vislumbram no cotidiano dos tribunais administrativos demandas sobre a saúde. Entretanto, as ações jurisdicionais

.....
6 Os tribunais comuns não gozam de competência para conhecer matérias administrativas, tal como previsto no artigo 223 da Constituição da República de 2004, que enuncia o seguinte: os tribunais judiciais são tribunais comuns em matéria civil e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais

para a concretização do direito subjetivo público à saúde podem ser concretizadas pelos tribunais administrativos, órgãos com competência material para apreciar os contenciosos administrativos, tal como estipula a supramencionada lei que, no seu artigo 04, aduz o seguinte teor:

Artigo, (Tutela jurisdicional efetiva)

1- O princípio da tutela jurisdicional efetiva, compreende o direito de obter em tempo razoável, uma decisão judicial com força de caso julgado, cada pretensão regulamentemente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares antecipatórias e conservadoras, destinadas a segurar o efeito útil da decisão,

2- *A todo direito subjetivo público, ou interesse legalmente protegido, corresponde a um meio processual próprio destinado à sua tutela jurisdicional efetiva.*

Com base nos enunciados normativos acima aludidos, não restam dúvidas de que o direito à assistência médica e sanitária constitui um direito subjetivo público, fundamental, positivado na constituição moçambicana, o que dá direito a todo cidadão interpor uma ação para fins curativos, preventivos e de recuperação de quaisquer patologias.

O direito à saúde constitui um direito reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948), inerente a toda pessoa humana, categorizado como o direito de segunda geração, de suma importância. Nesse sentido, o direito fundamental à saúde não trata de meros desejos éticos ou de meras pretensões programáticas esvaziadas de força normativa. (HESSE, 1991) Os direitos fundamentais positivados são direitos juridicamente exigíveis, dada a força fática das normas constitucionais. (HESSE, 1991)⁷ O direito à saúde deve ser acessível e disponível para todo cidadão.

.....
7 Hesse (1991) entende que a Constituição não é mero instrumento político, porém, jurídico, dotado de pretensão de eficácia normativa sobre o conteúdo que ela dispõe.

Moçambique ratificou a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981) que reforça a proteção do direito à saúde previsto no artigo 16: toda pessoa tem o direito ao gozo do melhor Estado de saúde que for capaz de atingir, neste âmbito, o país assumiu o compromisso ao nível internacional e regional de promover a saúde dos seus cidadãos.

A constituição moçambicana constitucionalizou o direito à saúde, garantindo a universalidade e a cobertura do atendimento. A universalidade está prevista nos artigos 35 e 36 da Constituição da República de Moçambique, (MOÇAMBIQUE, 2004). Por outro lado, a universalidade é computada no âmbito da cobertura, que corresponde à ideia de que todos os sujeitos de direito devem ser assegurados ao direito de proteção, em casos que careçam de uma intervenção médica e medicamentosa, seja de caráter terapêutico ou preventivo.

O direito à saúde e a experiência da judicialização no Brasil

O direito à saúde no Brasil constitui um direito universal e integral, garantido pela Constituição Brasileira de 1988, (BRASIL, 1988) que impele o Estado e seus órgãos a concretização material desse direito fundamental, mediante políticas econômicas e sociais; diferentemente de muitos países que adotam o regime contributivo ou participativo, ou até mesmo subsidiado. O direito à saúde no Brasil é gratuito no âmbito do sistema público, que conta com um Sistema Único de Saúde (SUS), implementado gradualmente pela Lei Orgânica da Saúde Lei nº 8.080 de 1990 (BRASIL, 1990), atendendo o princípio da descentralização, regionalização, universalização, solidariedade, universalização e integralização.

O financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) advém das receitas dos impostos dos entes federados da União, estados e municípios,

que recebem o financiamento direto e indireto da sociedade. Da mesma forma, a contraprestação com os serviços de saúde cabe às três esferas dos órgãos estatais: a União, os estados e os municípios, no nível da sua competência.

Não obstante ao ensejo constitucional inerente ao direito à saúde, a realidade brasileira demonstra que o país ainda passa por deficiências no contexto da efetivação plena deste direito fundamental. Órgãos da administração, incumbidos deste dever jurídico, não têm cumprido sua missão, fazendo com que milhões de cidadãos procurem o poder judicial para interferir na gestão dos entes administrativos no fito de materializar o direito à saúde, o que tem suscitado diversos conflitos com outros poderes estatais que não dialogam funcionalmente e institucionalmente. (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019)

Uma das decisões recentes, datada do ano 2019, em torno da judicialização da saúde no Brasil, diz respeito ao processo 793 (POMPEU, 2019), que o Supremo Tribunal decidiu sobre as responsabilidades solidárias dos entes da federação, no qual a corte reafirmou que cabe aos entes da federação – União, Estados e Municípios – a responsabilidade solidária na prestação de serviços e fornecimento de medicamentos de acordo com as regras de competência fixadas anteriormente no texto constitucional, que decorre do artigo 196 da Constituição de Federal de 1988, (BRASIL,1988)

Nesta senda, a ação para prestações de medicamentos figura no polo passivo, tendo como réus qualquer um dos entes da federação, de acordo com as regras de competências fixadas no texto constitucional. (NOGUEIRA, 2019)

E na citada decisão do Supremo Tribunal, consta a seguinte redação:

Tema: 793 os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à auto-

ridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competência e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (SUMPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

O problema de legitimidade da judicialização no Brasil é um aspecto ultrapassado, sendo um objeto pacífico no qual o poder judicial goza de legitimidade para interferir na esfera dos órgãos da administração quando estes se demostrem ineficazes na materialização dos direitos econômicos e sociais garantidos constitucionalmente.

A questão da judicialização da saúde no Brasil apresenta um paradoxo. Como fora dito ao longo do texto, por um lado, sana as debilidades e a ineficácia do Sistema Único de Saúde mediante a intervenção do poder judiciário na gestão pública, garantido maior acesso ao direito à saúde aos cidadãos, bem como revitaliza a cidadania social, gerando a inclusão de diversos grupos sociais no acesso aos serviços de saúde. Por outro lado, o país se queixa do excesso de ações judiciais que impactam no orçamento público, fazendo com que grande parte do recurso público disponível para saúde seja alocado aos indivíduos e não à coletividade, o que acaba reduzindo a pretensão normativa do princípio da Universalidade. Note-se que, em 2016, o Ministério da Saúde despendeu R\$ 1.157.375.425,35 para atender exclusivamente 1.262 pacientes. Estima-se que, em 2018, tenham sido gastos R\$ 1,3 bilhão para cumprir as decisões judiciais.

Para um país com dimensão continental como Brasil, com aproximadamente 209 milhões de habitantes, possuir gastos de R\$ 1,3 bilhão para 1.262 pessoas parece ser algo desproporcional e iníquo para a quantidade de recursos gastos com uma parcela ínfima da população. Todavia, pesa o argumento diametralmente oposto que, para manutenção da vida, não existe preço ou valor a ser ponderado.

Os estados e municípios são os mais atingidos pelos custos financeiros gastos pela judicialização da saúde no Brasil (MOROZOWSKI,

2019), são obrigados a reformular o orçamento previsto para atender os gastos com os processos de uma minoria da população. Nessa ótica, há autores que defendem a extinção da judicialização pelo fato desta subtrair direitos da coletividade em benefício de um grupo de pessoas que se valem das decisões judiciais.

Diante do dilema da judicialização no Brasil, pode-se questionar se seria razoável manter a judicialização. Todavia perfilhamos a tese de que a judicialização é um meio ou instrumento de cidadania social para efetivação dos direitos sociais numa sociedade de acesso desigual aos bens constitucionais, na qual a saúde faz parte do bojo. Nesse sentido, a judicialização viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais, mediante a intervenção judiciária na administração pública, legitimada pela incapacidade dos órgãos de gestão que negam os direitos fundamentais aos mais fracos da sociedade, alegando a falta de recursos e outros argumentos injustificados.

Portanto, a judicialização no contexto brasileiro nunca foi um perigo. Perigo é a falta de parâmetros cristalinos, o que leva à arbitrariedade decisória em que cada juiz toma posições diferenciadas, mesmo para serviços ou fármacos de altos custos financeiros, que deixam os estados e municípios na margem orçamentária; isso tem criado um déficit orçamentário e limitado outros cidadãos a ter acesso à saúde.

Microcomparação da judicialização da saúde à luz do direito sul africano e queniano

A Constituição sul-africana é datada de 1996 (SOUTH AFRICA, 1997), e passou por diversos processos de emenda constitucional. Na última, em 2012, incorporou no âmbito dos direitos fundamentais, o direito à saúde, à alimentação, à água e à segurança social, previstos na secção 27 da constituição, que garante a todos os cidadãos uma vida adequada condigna. O direito à saúde envolve também a garantia especial ao

acesso à nutrição básica de crianças, assim como à saúde reprodutiva. (DITTRICH, 2016) Diferentemente do ordenamento jurídico moçambicano, que conta com um sistema romano germânico e um modelo de justiça administrativa inspirado no sistema francês, que em regra não admite a judicialização da saúde em nenhuma circunstância e relega a concretização dos direitos fundamentais aos critérios das políticas públicas.

A questão da judicialização da saúde tem sido um instrumento apropriado frequentemente pelos cidadãos sul-africanos para impugnar uma decisão administrativa dos órgãos do governo não favorável ao cidadão e, com isso, tem contribuído de modo significativo para a eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que as cortes podem apreciar as decisões dos órgãos administrativos.

Os tribunais sul-africanos registram consideráveis números de processos relacionados aos conflitos inerentes à judicialização da saúde, pois vários casos já foram julgados pelo Tribunal Constitucional e pelos tribunais comuns, envolvendo a Administração Pública e os cidadãos de diversos lugares da África do Sul, que requereram a intervenção judicial para provimento de farmacêuticos e assistências terapêuticas na África do Sul.

Um dos casos emblemáticos diz respeito a *Soobramoney V. Ministro da Saúde*, caso CCT 32/97 (1997), julgado pelo Tribunal Constitucional, recorrente Senhor Soobramoney tinha diabetes e doença isquêmica do coração. Num período em que seus rins se demonstravam debilitados, em 1996, ele foi diagnosticado com insuficiência renal crônica irreversível. Em vista disso, ele pediu para ser colocado no programa de diálise do Hospital Estadual Addington e, por causa dos recursos limitados do hospital, foi incapacitado de oferecer diálise a todos aqueles que sofriam de insuficiência renal desta natureza. Como resultado, o hospital seguiu com as políticas rigorosas que apenas os pacientes com insuficiência renal aguda eram os que poderiam ter acesso automático. Ainda de acordo com as políticas do mesmo hospital, configuravam

como elegíveis as pessoas com insuficiência renal aguda que necessitavam de transplante de rim, Mr. Soobramoney não era elegível para um transplante deste tipo.

O recorrente alegou que o hospital estava obrigado a fazer tratamento de diálise à sua disposição para cumprir com as seções 27 (3) e 11 da Constituição de 1996, a qual aduz que ninguém pode ter recusado tratamento médico, pois todos têm o direito à vida.

Nesta disputa, o tribunal decidiu em favor do hospital de Addington. Considerou que a seção 27 da Constituição era dependente dos recursos disponíveis para oferecer serviços ao público. O tribunal analisou o orçamento do departamento de Saúde em KwaZulu-Natal e descobriu que, tal como se apresentava, o departamento de saúde não dispunha de fundos suficientes para cobrir os serviços exigidos pelo cidadão, já que os serviços prestados ao público anteriormente demandavam gastos ao orçamento. (DITTRICH, 2016)

O tribunal também constatou que a frase “tratamento médico de emergência” poderia ser aberta a uma interpretação ampla e que nem sempre há necessidade de uma declaração positiva e específica, podendo haver espaço para reinterpretar alternativa e não apenas um sentido comum do texto constitucional. Se a seção 27 fosse interpretada como garantia de qualquer desejo unipessoal, seria substancialmente mais difícil para o Estado fornecer serviços de saúde para “todos” tendo em conta os recursos limitados. (DITTRICH, 2016)

O tribunal entendeu que se deve priorizar o tratamento para a doença em estado terminal ou doenças ameaçadoras à vida. O tribunal considerou que tais interpretações específicas precisam ser positivas e declaradas na seção 27 para justificar tal conclusão. Diálise por insuficiência renal crônica não se classificou como elegível.

O Tribunal percebeu que a decisão final sobre questões da gestão dos serviços médicos e hospitalares, naquele caso em concreto, dizia respeito aos órgãos políticos e administrativos que concretizam as políticas orçamentárias do Estado. Assim, baseou sua decisão a partir

de um critério econômico e não moral, como tem sido corriqueiro em muitos casos no Brasil, que é um país da América Latina com elevado número de processos relacionados à saúde, o que tem interferido diretamente nas políticas orçamentárias do Estado, desfazendo o orçamento previsto. (ZEBULUM, 2019)

Quênia

O artigo 40 da Constituição de Quênia, de 2010, (QUÊNIA, 2010), prevê que toda pessoa tem o direito ao mais alto nível de saúde possível, e isso inclui os serviços de saúde e o devido provimento farmacêutico, assim como a saúde reprodutiva

No tocante aos casos processuais inerentes ao direito à saúde, aparece no leque de casos Okwanda V. Ministro da Saúde e serviços médicos e Ors., No. 94 (2012). (ZEBULUM, 2019)

O peticionário procurou atendimento médico urgente para sua doença terminal com risco de vida que dava início à hipertrofia. Nesse âmbito, o mesmo declarou seus direitos sociais e econômicos fundamentais nos termos do artigo 43 da Constituição do Quênia, assim como as proteções especiais para os membros mais velhos da sociedade, asseguradas no artigo 57. Ele afirmou que seus pedidos de tratamento gratuito eram legítimos,⁸ tal como a constituição especificamente destinava-se a proteger os membros pobres e marginalizados da sociedade. Em resposta, o Estado argumentou que o peticionário não definiu uma clara violação, não identificou claramente a violação constitucional e não ofereceu uma causa de ação razoável. Ele declarou que o

.....

8 Moçambique é um país geograficamente próximo da África do Sul, com o qual Moçambique mantém boas relações diplomáticas. Porém a África do Sul se mostra avançada no âmbito das discussões constitucionais que, por conseguinte, seria um excelente espaço de estudo comparado. Portanto, a judicialização da saúde é possível no âmbito do direito sul-africano, que permite ao judiciário fazer as interferências necessárias no contexto da gestão política do governo, permitindo a correção ou revisão jurisdicional dos atos de gestão da administração, quando provocadas pelo cidadão ou pelo Ministério Público.

artigo 43 garantia uma realização progressiva dos direitos sociais e econômicos no âmbito dos recursos disponíveis.

Na interpretação do artigo 43, o tribunal também referenciou o artigo 20 (5), em que a constituição determina que: Ao aplicar qualquer direito nos termos do artigo 43, se deve anteder os recursos escassos do Estado.

A decisão norteou-se, por sua vez, com base na disponibilidade dos recursos existentes, sendo que os direitos sociais são efetivados progressivamente, atendendo a programaticidade desse direito vinculado às políticas governamentais do Estado. Por fim, o tribunal entendeu que caberá a entidades político-administrativas a gestão e locação dos serviços, e substâncias curativas são da inteira responsabilidade dos órgãos administrativos do Estado.

À luz das decisões supracitadas, reitera-se a conclusão de que a judicialização não constitui um perigo como vem sendo difundido pela doutrina contrária. Diversamente, a judicialização é um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais e um mecanismo de controle direto dos entes da administração, contando com a participação do cidadão e do poder competente para exercer a jurisdição em casos concretos.

A democratização da saúde através da judicialização administrativa em Moçambique

Em 1997, o Sistema Nacional de Saúde adotou o modelo de saúde participativo, contando com a contribuição dos cidadãos que participavam economicamente do sistema de saúde, mediante pagamento de uma taxa fixa. Esse modelo demonstrou-se ineficaz, pois limitava o acesso à saúde aos cidadãos, visto que, na mesma época, 30% da população se encontrava desempregada e 68% era analfabeta. Em 1991, o país

foi obrigado a reformar o Sistema Nacional de Saúde mediante a Lei nº 25/91(14), (MOÇAMBIQUE, 1991) à luz da Constituição da República de 1990, (MOÇAMBIQUE, 1990), que se alinhava com os princípios constitucionais de Estado de direito democrático. Essa lei garantia a assistência médica e sanitária aos cidadãos como direito fundamental, e foi nesse período que o país conheceu a verdadeira democracia assente no Estado de direito democrático. (MITANO, 2016)

As pessoas com renda econômica e financeira estável são os que realmente têm acesso ao direito à saúde e se beneficiam do aparato institucional. Há, no entanto, dois níveis de cidadania social que refletem as diferenças sociais existentes. De um lado estão os cidadãos incluídos, que gozam da capacidade aquisitiva e se beneficiam do sistema político; de outro lado, um grupo majoritário de cidadãos de baixa renda (pobres), os excluídos – camada que vive das migalhas do sistema. (NEVES, 2011)

Diante do dilema das diferenças sociais existente na sociedade moçambicana, a judicialização dos direitos sanitários configuraria uma saída para a democratização da saúde, ou seja, a intervenção do judiciário será pertinente para rever certas ações da administração pública que encurralam os cidadãos no acesso à saúde.

Ante deste imbróglio apresentando, insiste a tese da abertura do direito moçambicano para a concretização da judicialização administrativa. Mesmo que o assunto se demostre paradoxal, temem-se os efeitos negativos enfrentados por alguns países na atualidade, que vivem a excessiva evasão do judiciário na política orçamentária do poder executivo. Entretanto, num país como Moçambique, a judicialização assume papel jurídico diametralmente oposto e pertinente para reforçar o sistema de saúde, democratizando-o para que as pessoas vulneráveis nesta relação possam ter a garantias jurídicas em seu favor perante o poder jurisdicional administrativo, bem como reforçaria a tutela administrativa interna e externa, elevando, com isso, os princípios de transparência dos atos públicos.

A judicialização configura-se como um instrumento de controle de decisões contra majoritária, justificado à luz da necessidade do peticionário. Todavia, há sempre um pretexto utilizado pelos órgãos gestores da saúde, ao menos em Moçambique, que vinculam as suas decisões com os princípios administrativos inerentes ao interesse público, caracterizado por utilitarismo coletivo, como padrão universal de justiça distributiva, o que acaba desfavorecendo as pessoas singulares carenciadas e que realmente precisam destes serviços públicos.

O princípio do interesse público ou da coletividade deve ser ponderado com a necessidade emergente da pessoa singular. O indivíduo deve ser o âmago do direito, melhor dizendo, o sujeito fundamental do direito e não mero agente inserido numa coletividade abstrata, intangível materialmente.

Considerações finais

A questão da judicialização administrativa permanece num campo obscuro, não acessível juridicamente em termos constitucionais, o que tem contribuído para a limitação do direito integral e universal à saúde. Portanto, inexistente um posicionamento da jurisprudência do Conselho Constitucional capaz de nortear os operadores de direito em Moçambique.

A dogmática jurídica constitucional moçambicana não concebe o direito à saúde como judicializável, porque se trata de uma norma programática de eficácia limitada, dependente das políticas públicas do governo. A doutrina majoritária moçambicana parte da concepção de que o direito à saúde depende estritamente da gestão da administração pública, no âmbito dos recursos disponíveis.

Entre nós, o direito à saúde é judicializável, embora não praticável na cultura jurídica legalista moçambicana. Pois existe uma previsão constitucional e legal inserida na ordem jurídica que autoriza

automaticamente indivíduos a recorrerem a uma ação judicial para fazer valer o seu direito. A norma constitucional e ordinária moçambicana preconiza que a todo interesse legalmente protegido cabe uma ação. Todavia o direito à saúde é, indubitavelmente, um direito subjetivo público ou um interesse legalmente protegido ao nível da constituição, imbricado ao direito à vida e à dignidade humana.

Por conseguinte, a judicialização é praticável e deve guiar-se por parâmetros ou critérios objetivos para a judicialização da saúde em Moçambique, pautados na análise socioeconômica do país em caso de evidente e graves violações da legalidade, procurando resguardar o interesse coletivo público da sociedade, previsto pelas políticas orçamentárias do Estado, sem desarmar o cidadão do acesso ao direito e à justiça. Portanto, o poder jurisdicional dos tribunais administrativos goza de um papel fundamental para o acesso à saúde dos cidadãos moçambicanos.

As fragilidades institucionais, as desigualdades estruturais que impactam na saúde e as questões de corrupção política podem ser atenuadas por meio da participação da população através da judicialização, reforçando o controle externo e interno das instituições públicas mediante recurso jurisdicional dirigido aos tribunais administrativos.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. *The principles of morals and legislation*. Nova York: Hafner Press, 1948.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. Brasília, DF: Busca Legis,

2011. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14736-14737-1-PB.htm>>. Acesso em: 11 de jan. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DITTRICH R. *Healthcare priority setting in the courts: A reflection on decision-making when healthcare priority setting is brought to court*. 2016. Disponível em: <https://f1000research.com/documents/6-242>. Acesso em: 29 dez. 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOPES, L. de M. N.; COELHO, T. L.; DINIZ, S. D.; ANDRADE, E. I. G. de. Judicialização e jurisprudência: utilização da STA 175/CE em acórdãos em saúde no Estado de Minas Gerais. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 1, p. 185-201, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164215>. Acesso em: 8 dez. 2020.

LOUREIRO, João Carlos. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três D’s (Dívida, Desemprego, Demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s) I – Crise(s), constitucionalismo(s) e escassez(es). *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 90, n. 2, p. 613-661, 2015.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

MITANO, Fernando; VENTURA, Carla Aparecida Arena; PALHA, Pedro Fredemir. Saúde e desenvolvimento na África Subsaariana: uma reflexão com enfoque em Moçambique. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 901-915, set. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000300901&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 29 dez. 2021.

MOÇAMBIQUE. *Lei n.º 8/2015 que altera a Lei nº 14/2014, de 14 de agosto e aprova a Lei da Organização, Funcionamento e Processo da Secção*. Disponível em: <https://www.ta.gov.mz/Pages/default.aspx>. Acesso em: 14 maio 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Coleção Os Pensadores, v. XXI. São Paulo: Victor Civita: 1973.

MOROZOWSKI, Ana. Judicialização da saúde, valor econômico Disponível em: <https://www.cristalia.com.br/midia/419>. Acesso em: 12 jan. 2020.

NAKAMURA, F. de; CAOBIANCO, N. A judicialização do direito à saúde em uma perspectiva comparada: Brasil e Colômbia. *Revista De Direito Sanitário*, v. 20, n. 1, p. 63-85, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i1p63-85> Acesso em: 13 jul. 2020

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOGUEIRA, M. C. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. *Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário*, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 8-26, 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/558>. Acesso em: 29 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal de Direitos humanos*: adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>. Acesso em: 14 maio 2020.

POMPEU A. Responsabilidade por fornecimento de remédios é solidária, reafirma Supremo. *Consultor Jurídico*, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-22/responsabilidade-fornecimento-remedios-solidaria-stf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUTH AFRICA. *The Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, was approved by the Constitutional Court (CC) on 4 December 1996 and took effect on 4 February 1997. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>. Acesso em: 14 fev. 2020.

STEFANO, Zamagne. Uma Crisi de senso, di ciooè di direzione. *Stadium*, v. 1, p. 58-83, 2013.

UNICEF MOÇAMBIQUE. *Informe orçamental saúde 2018*. Disponível em: <https://www.unicef.org/mozambique/sites/unicef.org/mozambique/files/2019-04/2018-Informe-Orcamental-Saude.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021.

UHC. *Relatório da revisão do sector de saúde*, Moçambique, 2013. Disponível: https://www.uhc2030.org/Mozambique_health_sector_review.2012.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

WHO. Organização Mundial da Saúde. Atividades da OMS na Região Africana: 2017-2018 - Relatório da Diretora Regional. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274034/AFR-RC68-2>. Acesso em: 14 maio 2020.

ZEBULUM, J. C. Decisões judiciais na saúde, um campo propício para a interferência de convicções pessoais de cada juiz: análise da jurisprudência de quatro tribunais de justiça. *Revista de Direito Sanitário*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 16-33, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/158492>. Acesso em: 27 maio 2020.

Legislação

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). Constituição da República da África do Sul de 1996. Aprovada pelo Tribunal Constitucional em de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>. Acesso em: 12 jan.2022.

ÁFRICA. Carta Africana dos direitos humanos e dos Povos (1981). Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em

Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/afrika/banjul.htm>. Acesso em: 12 jan.2022.

BRASIL. Lei nº 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. Brasília, Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2015 disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89090/tema-793-do-stf-direito-a-saude-e-coisa-julgada-parcial>. Acesso em: 12 de jan.2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan.2022.

MOÇAMBIQUE, Constituição (2004). Constituição da República de Moçambique, Assembleia da República. 2004, Disponível em: <https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Governo/Legislacao/Constituicao-da-Republica-de-Mocambique>. Acesso em: 12 jan.2022

MOÇAMBIQUE. Decreto-Lei n. 5/75 de 19 de agosto de 1975 (Moçambique). Dispõe sobre a nacionalização das clínicas privadas. Boletim da República, I Série, n. 24, 19 de agosto de 1975.

MOÇAMBIQUE. Lei n. 25/91 de 31 de dezembro de 1991. (Moçambique). Dispõe sobre a criação do Serviço Nacional de Saúde. Boletim da República. I Série, n. 54, 31 de dezembro de 1991.

MOÇAMBIQUE. Lei nº 7/2014, de 28 de fevereiro de 2014. (Moçambique) Regula a questão dos contenciosos e procedimentos administrativos. Disponível em: <https://www.dlapiperafrica.com/export/sites/afrika/>

mozambique/insights/legislation-series/justice/downloads/Lei-n_7.2014.pdf_2063069299.pdf. Acesso em: 12 de jan.2022.

QUÊNIA. Constituição (2010), Constituição da República do Quênia.2010. Disponível em: <http://www.kenyalaw.org/lex/actview.xql?actid=Const2010>.

UNICEF. Informe Orçamental: Saúde Moçambique, 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/mozambique/media/2756/file/informe_Or%C3%A7amental_2019_-_Saude.pdf. Acesso em: 13 de ago 2021.

FEMINICÍDIO: FACE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RAÇA NO BRASIL

Camila Miranda Sousa Race

Introdução

No presente artigo, analisaremos o crime de feminicídio, recentemente tipificado pelo Código Penal brasileiro, através da alteração promovida pela Lei nº 13.104/15, no artigo 121 do CP. (BRASIL, 2015) Inicialmente, será abordado o surgimento do termo feminicídio e o seu conceito.

No ponto seguinte, abordamos o caso “Campo Algodonero”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado mexicano pela falta de atuação estatal nos casos de assassinatos de três mulheres na Ciudad Juárez. Ao tratar desse emblemático caso para a proteção das mulheres na América Latina, faremos um breve relato histórico da criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que surgiu no contexto do neoconstitucionalismo.

Ademais, analisaremos a tramitação do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 292/2013 que, após aprovado, virou a Lei nº 13.104/15 (BRASIL, 2015), tipificando o feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. Será detalhada a discussão legislativa sobre o caso e como ficou a redação ao final do processo legislativo. Traremos também das diferentes formas de se interpretar a nova disposição legal, com base nas teorias de violência de gênero.

Em prosseguimento, o trabalho visa explicar como o feminicídio faz parte do ciclo de violência contra a mulher, trazendo fatores sociais que

propiciam os abusos e violências contra as mulheres. Conforme dados sobre feminicídios publicados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (ABSP) de 2019,¹ a maioria dos feminicídios foram praticados por companheiros ou ex-companheiros das vítimas. Desta feita, será analisada a violência doméstica e familiar, através do aspecto sociológico e do conceito legal trazido pela Lei Maria da Penha.

Por fim, como 61% das mulheres vítimas de feminicídio são negras (ABSP, 2019, p. 7), o artigo abordará a intersecção do gênero e raça como fatores de maior vulnerabilidade das mulheres negras. Dessa forma, as políticas públicas brasileiras precisam considerar a raça como mais um fator de risco e, assim, criar medidas mais efetivas no combate a esse tipo de violência.

Feminicídio

Abaixo será abordado o conceito de feminicídio, bem como será detalhado o caso “Campo Algodonero”. Ademais, será analisado o processo legislativo de aprovação do crime de feminicídio no Brasil e, por fim, como esse crime se relaciona com o ciclo de violência contra a mulher.

Conceito

Segundo Diana Russell (2006, p. 75) o termo feminicídio possui quase dois séculos de existência, tendo sido utilizado pela primeira vez em *A Satirical View of London at The Commencement of the Nineteenth Century* (Corry), em 1801, para denominar o assassinato de uma mulher. A referida autora (RUSSEL, 2006, p. 76) define o feminicídio como sendo o assassinato de mulheres por homens pelo fato de serem mulheres, e o utilizou pela primeira vez no Tribunal Internacional de Crimes contra

.....
1 Dados quantitativos derivados de boletins de ocorrência das Polícias Cíveis Estaduais de 26 unidades da federação. Sendo que apenas o Estado da Bahia não enviou as bases de dados para o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (aABSP, 2019, p. 108).

Mulheres em Bruxelas. Outrossim, Jill Radford (1992, p. 03) afirma que o feminicídio, o assassinato misógino de mulheres por homens, é uma forma de violência sexual.

Destarte, compreendo que o feminicídio é o assassinato de mulheres pelo simples fato delas serem mulheres, já que as marcas dos signos da feminilidade seriam suficientes para provocar a sua morte. Ademais, o feminicídio é a face mais letal da violência cometida contra a mulher, podendo ser considerada também como violência sexual, conforme preceitua Jill Radford, pois o assassinato de uma mulher seria mais uma vertente do desejo libidinoso de um homem sobre aquele corpo.

No Brasil, segundo alteração feita pela lei 13.104/15, disposta no artigo 121, § 2º, VI do Código Penal, o feminicídio ocorre quando o homicídio é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. (BRASIL, 2015) Apesar da letra da lei se referir à condição de sexo feminino, existem diferentes interpretações sobre esse trecho, que é muito controverso. A análise mais detalhada desse conceito legal será feita mais adiante no trabalho, quando abordado o processo legislativo de aprovação dessa lei.

O caso “Campo Algodonero”

Apesar do termo feminicídio ser antigo, ele tornou-se mais conhecido a partir dos emblemáticos casos de assassinatos de mulheres na Ciudad Juárez, localizada na fronteira do México com os Estados Unidos. Essa cidade tornou-se conhecida pelas sistemáticas violações aos direitos das mulheres, cometidas desde 1993, e a insatisfatória atuação do Estado mexicano na investigação e resolução do problema. Os assassinatos de mulheres tinham um certo padrão, primeiro a vítima desaparecia e, posteriormente, seu corpo era encontrado.

O caso específico que gerou o reconhecimento e disseminação do termo feminicídio foi o caso “Campo Algodonero”, ocorrido em 2001, quando oito mulheres foram brutalmente assassinadas e

seus corpos jogados numa plantação de algodão local. (DA COSTA; ROQUE; VIEIRA, 2020, p. 15) As famílias de três das oito vítimas – as de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez – após seis anos sem a resolução do caso, resolveram ingressar com uma denúncia no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O referido caso foi apresentado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) e, posteriormente, encaminhada a denúncia para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito das Américas. Antes de abordar o caso, é importante conceituar e explicar a função desses órgãos, que são parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

O referido Sistema foi criado no contexto do neoconstitucionalismo, mais especificamente do movimento denominado transconstitucionalismo. O seu surgimento coaduna com as mudanças paradigmáticas ocorridas no Direito em meados do século XX. O neoconstitucionalismo é o movimento que defende a supremacia da constituição e o resgate dos valores axiológicos no direito. Segundo Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 39):

Esse pensamento [...] proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito. Isso deveu notadamente em razão do fracasso do Estado Legislativo de Direito, no âmbito do qual, o mundo pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocando o holocausto [...], entre 1939 e 1945.

Assim, em busca de evitar que os horrores da Segunda Guerra Mundial ocorressem novamente, um novo paradigma jurídico surgiu, conforme o qual a Constituição é a lei suprema, por ser o fundamento último de uma sociedade, reflexo de seus valores mais importantes.

Ainda segundo o referido autor, no Estado Legislativo de Direito imperava a lei e o Princípio da Legalidade, no qual se legitimava o Direito, não importando se a norma era justa para ser válida, mas apenas se aquela norma havia sido posta por uma autoridade competente. (CUNHA JÚNIOR, 2020)

Entretanto, no neoconstitucionalismo, a validade da norma não se fundamenta apenas na sua legalidade, mas também na carga axiológica que nela se apresenta. Diante desse novo contexto histórico, a pessoa humana passa a ser o centro de gravitação do ordenamento jurídico. Como assevera Ricardo Maurício Soares (2010, posição 2447-2248 [e-book]):

Antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço. Daí por que, longe de ser enclausurado como um ideal metafísico, absoluto e invariável, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendido em sua dimensão histórico-cultural.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa é um valor supremo, presente na sociedade mesmo antes de qualquer positivação. Esse valor-fonte guia todo o ordenamento jurídico, sendo o fundamento último da Constituição e, conseqüentemente, das leis. Assim, nesse novo contexto valorativo, a necessidade de proteger os direitos humanos e garantir a sua concretização torna-se uma meta para muitos países, fomentando a criação de diferentes sistemas de proteção de direitos humanos.

Esses sistemas surgem, mais especificamente, na esteira do transconstitucionalismo, como afirma Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 43):

Empolgado pelo neoconstitucionalismo, o novo Direito Constitucional, cujas bases teóricas ainda estão em construção,

tem revelado situações problemas que não podem ser solucionadas pelo Direito Constitucional clássico ou moderno. [...] Na contemporaneidade, em razão da maior integração da sociedade mundial, estes problemas deixam de ser tratados apenas no âmbito dos respectivos Estados e passam a ser discutidos e objeto da preocupação entre diversas ordens jurídicas, inclusive não estatais, que muitas vezes são chamadas a oferecer respostas. [...]

O Direito Constitucional, portanto, afasta-se de sua base originária, que sempre foi o Estado, para se dedicar às questões transconstitucionais. [...]

Desse modo, é inevitável o fenômeno da globalização do Direito Constitucional, que não propugna uma Constituição global ou internacional, mas propõe uma globalização do Direito Constitucional doméstico.

Essa maior conexão global aumenta ainda mais a complexidade das sociedades contemporâneas, exigindo novas respostas dos Estados. Portanto, o transconstitucionalismo visa ultrapassar as fronteiras estatais e difundir o Direito Constitucional a nível global, permitindo que assuntos de direitos humanos sejam analisados e julgados por órgãos ou tribunais internacionais que estão fora do domínio estatal. Efetivar os direitos humanos torna-se prioridade e deve ser perseguida mesmo internacionalmente, em especial quando os Estados falham na sua proteção.

É nesse período de intensas mudanças que surge o Sistema Interamericano, em 1948, após a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948). Esse novo Sistema torna-se um marco na proteção internacional dos direitos humanos na região, sendo um exemplo da influência do neoconstitucionalismo pós-guerra nas Américas.

Em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, foi criada

a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José. Embora criada em 1969, a CADH apenas entrou em vigor em 1978, quando foi ratificada por 11 Estados-membros da OEA, conforme previsão do artigo 74.2 da CADH. Cabe destacar que Brasil apenas aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992.

Ademais, nesse documento foi estabelecido que os direitos humanos previstos no Sistema Interamericano seriam protegidos principalmente por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Assim, percebe-se que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos surgiu para garantir que os Estados-membros da OEA cumpram com o dever de proteção dos direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional.

Esses órgãos de proteção do Sistema Interamericano permitem que o Estado membro da OEA seja responsabilizado pelas violações de direitos humanos que cometer. Essa responsabilização será diferente conforme a adesão do Estado à CADH ou à jurisdição da Corte Interamericana. Aqueles que ratificaram a CADH, sem reconhecer a jurisdição da Corte, respondem pelas violações de direitos humanos perante a Comissão, o mesmo ocorre com os países que não aderiram à CADH, neste caso, eles responderão por violações à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da OEA. Já o Estado que reconhece a jurisdição da Corte poderá ser julgado por ela; no caso do Brasil, esse reconhecimento ocorreu em 10 de dezembro de 1998. Importante ressaltar, o indivíduo poderá peticionar diretamente ante a Comissão, mas não perante a CIDH.

Destarte, pode-se concluir que a criação desse sistema regional significou uma nova interpretação da responsabilidade internacional do Estado, em que este não apenas responde por seus atos perante outros, mas também diante de seus cidadãos. Assim, o indivíduo poderá exigir que o seu país cumpra os instrumentos sobre direitos humanos

dos quais são signatários, tendo legitimidade para apresentar denúncias à Comissão.

Essa nova forma de responsabilização estatal, que vai ao encontro das mudanças causadas pelo transconstitucionalismo, permite que as questões de violação de direitos humanos sejam analisadas fora do território do Estado violador. Entretanto, para que o cidadão apresente uma denúncia perante a Comissão, é preciso que preencha alguns requisitos. Assim, em resumo, nos termos dos artigos 46 e 47 da CADH, são exigidas três condições para que a petição seja admitida pela Comissão (CIDH, 2002, p. 07):

Primeira: deve referir-se à suposta violação, por um Estado, dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, na Declaração Americana ou num dos demais instrumentos anteriormente mencionados;

Segunda: deverá o reclamante haver esgotado todos os recursos internos disponíveis no Estado onde ocorreu a violação, e deve a denúncia ou petição ser apresentada dentro dos seis meses seguintes à data de notificação da decisão final sobre o caso pelo tribunal nacional (“esgotar os recursos internos” significa que, antes de recorrer à Comissão, o caso deverá ter sido submetido aos tribunais de justiça ou às autoridades competentes do respectivo país, sem que tenham sido obtidos resultados positivos); e

Terceira: a denúncia não deverá estar pendente de outro procedimento internacional como o da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

O caso “Campo Algodonero”, por conta da gravidade das violações de direitos humanos e do descaso das autoridades mexicanas nas investigações sobre feminicídios ocorridos na Ciudad Juárez, preenchia as exigências da Comissão. Dessa forma, a mãe de uma das vítimas, Josefina González Rodríguez, juntamente com Rosario Acosta e Jorge Alberto Gaytán, representantes da Organização não governamental

“Rede Cidadã de Não Violência e pela Dignidade Humana”, ingressaram com uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no dia 6 de março de 2002. (CIDH, 2007, p. 04)

O país foi condenado pela Comissão, entretanto, não cumpriu as recomendações. Por isso, o referido órgão encaminhou o caso para ser julgado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 4 de novembro de 2007. (CORTE IDH, 2009, p. 02) A sentença de 16 de novembro de 2009 reconheceu a responsabilidade internacional parcial do Estado do México no caso “Campo Algodonero”. (CORTE IDH, 2009, p. 151)

Cumprir destacar que a Corte, ao tratar da alegação de feminicídio apresentada pela Comissão no caso Ciudad Juárez, dispôs que:

143. No presente caso, a Corte, à luz do indicado nos parágrafos anteriores, utilizará a expressão ‘homicídio de mulher por razões de gênero’, também conhecido como feminicídio.

144. Para os fins do presente caso, a Corte considera que, levando em conta as provas e argumentos sobre as provas constantes do expediente, não é necessário nem possível determinar definitivamente quais homicídios de mulheres em Ciudad Juárez constituem homicídios de mulheres por motivos de gênero, além dos homicídios das três vítimas do presente caso. Por isso, se referirá aos casos de Ciudad Juárez como homicídios de mulheres, embora entenda que alguns ou muitos deles podem ter sido cometidos por razões de gênero e que a maioria ocorreu em um contexto de violência contra as mulheres. (CORTE IDH, 2009, p. 42-43, tradução nossa)²

.....
2 [No original] “143. En el presente caso, la Corte, a la luz de lo indicado en los párrafos anteriores, utilizará la expresión “homicidio de mujer por razones de género”, también conocido como feminicidio.

144. Para efectos de este caso, la Corte considera que, teniendo en cuenta la prueba y argumentación sobre prueba obrante en el expediente, no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso. Por esta razón, se referirá a los casos de Ciudad Juárez como homicidios de mujeres, aunque entienda que algunos o mu-

Conforme exposto, a Corte utilizou o termo feminicídio em sua sentença, o que foi um marco para a expansão do uso dessa expressão nos diferentes países latino-americanos. Ademais, no referido trecho, há o reconhecimento de que, no caso Ciudad Juárez, ocorreram homicídios de mulheres por razões de gênero, num contexto de violência contra a mulher, apesar de não poder precisar quais. A partir dessa sentença, a discussão sobre o uso do termo feminicídio e a possibilidade dessa tipificação nos ordenamentos jurídicos latino-americanos ganharam força.

Apesar da sentença ter condenado o Estado do México, a repercussão internacional dessa condenação transcendeu as fronteiras daquele país e reverberou em diferentes países latino-americanos. Como já visto, no contexto do neoconstitucionalismo, o transconstitucionalismo permitiu que as violações de direitos humanos fossem combatidas a nível global. Diante de reiteradas violações contra os direitos das mulheres no México e sua inércia na resolução dos casos, a dignidade humana precisava ser protegida, nem que para isso as vítimas acionassem instâncias internacionais.

Como assevera Ricardo Maurício Soares (2010, posição 2476 [e-book]) “a ideia de justiça liga-se, de maneira imediata e necessária, à ideia de pessoa humana, pelo que o Direito, da mesma forma que a Moral, figura como uma ordem social de relações entre pessoas”. Portanto, crimes tão bárbaros e reiterados contra as mulheres precisavam ser combatidos através de uma investigação e julgamento efetivo, pois sem isso não haveria justiça.

Destarte, cumpre invocar o pensamento de Amartyasem Sen (2011, p. 398-399):

.....
chos de éstos puedan haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer.”

Entender os direitos humanos de uma perspectiva ética segue em sentido claramente contrário a entendê-los como exigências legais.

[...] As vias e as maneiras de defender a ética dos direitos humanos não precisam se restringir à elaboração de novas leis (embora muitas vezes a legislação possa se mostrar o caminho correto para se proceder).

Com efeito, o valor moral dos direitos humanos sobrepõe-se ao texto frio da lei. A defesa desses direitos deve orientar qualquer Estado que busque consolidar-se como democrático. Assim, apesar de no México, ao tempo da ação, não existir legislação específica sobre feminicídio e nem essa previsão expressa na CADH, a dimensão ética dos direitos humanos das mulheres assassinadas por sua condição de gênero permitiu que a CIDH utilizasse o termo feminicídio na sua sentença.

Ademais, apesar dos direitos humanos trazerem essa carga moral que permite que sejam protegidos, mesmo quando falte uma legislação específica sobre o caso, a referida citação (SEN, 2011, p. 398-399) deixa claro que legislar pode também ser uma boa alternativa. Desta feita, muitos países latino-americanos, entre eles o Brasil, sob influência do “Caso Algodonero”, passaram a discutir sobre a criação de um novo tipo penal, o feminicídio.

Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 41) pontua que o novo Direito Constitucional reconhece a força dos princípios e reaproxima o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça, materializando uma teoria jurídica substancial fundada na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o transconstitucionalismo, alinhado a essa mudança do paradigma jurídico, permite que questões de direitos humanos, tão urgentes quanto os feminicídios, sejam discutidas e combatidas de forma global. A sentença da Corte Interamericana foi um marco nesse sentido, trazendo luz a esse problema ainda tão comum e presente na nossa sociedade.

Legislação sobre feminicídio no Brasil

Nesse contexto de mudanças de paradigmas e discussões sobre o assassinato de mulheres, foi aprovada no Brasil a Lei nº 13.104/15, que alterou o artigo 121 do Código Penal (CP), acrescentando o inciso VI, que passou a dispor:

Art. 121. Matar alguém:

[...] Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...] *Feminicídio*

VI- Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino

[...]§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I- violência doméstica e familiar;

II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

(BRASIL, 2015, grifo nosso)

Esta nova disposição legal surgiu num contexto de intensos debates sobre os altos índices de feminicídio no Brasil, promovidos, inicialmente, por movimentos de proteção aos direitos das mulheres. As reiteradas violações dos direitos humanos das mulheres brasileiras exigiam uma resposta do Estado, e esse debate legislativo trouxe mais visibilidade para a situação da violência contra as mulheres no país. Nesse contexto, conforme assevera Amartya sen (2011, p. 398):

Admitir que o reconhecimento dos direitos humanos pode inspirar novas leis relativas a esses direitos não significa supor que a importância dos direitos humanos consiste exclusivamente em determinar o que ‘pode ser objeto adequado de normas jurídicas coercitivas’, e seria especialmente equivocado converter esse aspecto na própria definição dos direitos humanos.

A referida mudança legislativa foi inspirada nos direitos humanos, em sua dimensão ética de proteção da dignidade da pessoa humana,

como visto na sentença da CIDH no “Caso Algodonero”. As discussões instaladas a nível internacional influenciaram a luta das mulheres em busca de justiça no Brasil. Como o homicídio de mulheres por sua condição de gênero não estava sendo suficientemente compreendido dentro do conceito geral de homicídio, houve essa movimentação para legislar sobre esse crime em específico. Contudo, é importante destacar que a utilização dos direitos humanos como fonte de inspiração legislativa não reduz a sua pretensão ética e moral que, independentemente de lei, seguem sendo direitos morais a serem invocados sempre que necessário.

A aprovação do crime de feminicídio gerou um importante debate legislativo, sendo necessário detalhar esse processo. O estudo da tramitação do projeto de lei nos permite entender o espírito dessa lei e como as discussões configuraram o tipo legal aprovado. Segundo John Rawls (1997, p. 397-398):

Os benefícios da discussão residem no fato de que até os legisladores representativos são limitados em seu conhecimento e capacidade de raciocínio. Nenhum deles sabe tudo o que os outros sabem, ou pode tirar todas as mesmas conclusões que eles podem tirar em conjunto. A discussão é um modo de combinar as informações e ampliar o alcance dos argumentos.

Desta feita, um tema ainda tão recente como o feminicídio só podia ser compreendido na sua complexidade através de um debate legislativo plural. Os legisladores brasileiros, em sua maioria, possuíam conhecimento limitado sobre essa questão, sendo a discussão legislativa uma importante via para possibilitar a aprovação do projeto de lei. Nesse processo, houve a participação do Executivo Federal, do Legislativo e de parte da sociedade civil, o que permitiu que essa nova redação fosse aprovada, apesar de algumas concessões feitas ao longo dos debates.

O projeto de lei surgiu do relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher (CPMI-VCM) instalada

em 8 de fevereiro de 2012, no Congresso Nacional, por iniciativa de 11 deputados e senadores, cuja finalidade, conforme a ementa, era de “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. (BRASIL, 2011)

Na ocasião, foi eleita presidente da Comissão a deputada Jô Moraes, e como relatora, a senadora Ana Rita. O novo texto legal surgiu após a aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 292/2013 (BRASIL, 2013). O texto original do referido PLS acrescentava os § 7º e § 8º ao artigo 121 do CP, dispondo que:

§ 7º denomina-se *feminicídio à forma extrema de violência de gênero* que resulta na morte da mulher, quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias: I- relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade entre a vítima e o agressor no presente ou no passado; II- prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte; III- mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte. § 8º a pena do feminicídio é aplicada sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes a ele conexos. (grifo nosso)

Segundo o texto original, o feminicídio seria uma forma de extrema violência de gênero. A escolha da palavra gênero remete à construção social dos gêneros feminino e masculino. Nesse sentido, como assevera Bourdieu (2012, p. 20), “a diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, [...] pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros”. Desse modo, a diferença é um constructo social, sendo o feminicídio compreendido dentro desse contexto e, assim, definido como o assassinato de uma mulher por sua condição de gênero, não meramente de sexo, da qual decorre a sua vulnerabilidade e hipossuficiência social.

Ademais, conforme Joan Scott (2019, p. 60):

[...] O gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as justificativas biológicas [...] O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as ‘construções sociais’ – a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres.

Essa definição demonstra a importância política do uso da palavra gênero no projeto de lei, pois ela explicita a origem social da ideia do que é ser homem e mulher. Assim, essa nomenclatura afasta o determinismo biológico do que seriam papéis de homens e mulheres, permitindo uma proteção legal conectada com a realidade plural das sociedades contemporâneas.

Posteriormente, no relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, o texto original do projeto de lei foi alterado e passou a adotar o feminicídio como homicídio qualificado cometido “contra mulher por razões de gênero” (ANGOTTI; VIEIRA, 2020, p. 39), mantendo praticamente o sentido anterior.

Entretanto, no momento da aprovação, o projeto de lei foi novamente emendado pela Câmara dos Deputados para retirar a palavra gênero e substituir por “razões da condição de sexo feminino”, o que ainda gera controvérsias. Segundo a deputada Jô Moraes, a alteração do texto foi uma concessão necessária:

A negociação tinha em conta a necessidade de que se efetivasse a tipificação. Foi uma concessão conceitual que nós resistimos, mas que chegamos à compreensão de que ter a conquista jurídica era mais importante do que assegurar a conquista teórica. Por isso que nós cedemos, mesmo que compreendêssemos que era um absurdo e que a clareza conceitual da lei era importante, era uma afirmação de direito, mas a correlação de forças não

nos era favorável e as mulheres estavam sendo assassinadas e continuava a impunidade. Por isso essa concessão gramatical, conceitual, mas assegurado o que era mais importante. (ANGOTTI; VIEIRA, 2020, p. 54)

O debate legislativo apresentado ilustra como a conquista de direitos de grupos socialmente minoritários depende de concessões da maioria. Conforme leciona Ronald Dworkin (2002, p. 314):

[...] A instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas.

[...] A instituição requer um ato de fé por parte das minorias, porque o alcance de seus direitos será controverso sempre que forem direitos importantes, e porque os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos. Sem dúvida, esses representantes irão discordar de muitas das reivindicações apresentadas pelas minorias. Isto torna ainda mais importante que eles tomem suas decisões com seriedade.

O processo legislativo de aprovação da lei de feminicídio, conforme visto acima, comprova essa situação descrita por Dworkin. Destarte, os direitos da minoria dependem de aprovação dos representantes da maioria, sendo relevante saber que tais representantes irão discordar de muitas das reivindicações. Nesses casos, será preciso negociar concessões e pressionar o legislativo para que decida da forma mais séria possível. No caso em questão, a discussão teórica sobre gênero precisou ser afastada para garantir a aprovação da lei, algo difícil para a maioria dos grupos de mulheres que estavam participando dos debates, mas que, naquele momento, foi a saída encontrada para assegurar a proteção legal das mulheres contra o feminicídio.

Desse modo, resta claro que a mudança do termo “contra mulher por razões de gênero” para “contra mulher por razões de sexo” foi

promovida nesse contexto de pressão política. Tal alteração serviu para garantir a aprovação da lei e, assim, assegurar maior proteção às mulheres. Após a aprovação da lei, surgiram algumas controvérsias sobre a melhor interpretação desse termo “razões da condição de sexo feminino”, já que, numa perspectiva literal, somente as mulheres, no sentido biológico, estariam protegidas. Segundo a referida expressão, estariam fora do âmbito protetivo, por exemplo, as pessoas transexuais,³ que possuem características socialmente consideradas femininas.

Como preceitua Judith Butler (2019, p. 263):

Quando Beauvoir afirma que ‘mulher’ é uma categoria histórica e não um fato natural, ela claramente sublinha a distinção entre sexo, como uma facticidade biológica, e gênero, como uma interpretação ou significação cultural dessa facticidade. Ser fêmea é, de acordo com essa distinção, uma facticidade que não tem em si nenhum significado. Ser mulher é ter se tornado mulher, ter feito seu corpo se encaixar em uma ideia histórica do que é uma ‘mulher’.

Portanto, a expressão “condições de sexo feminino” visa naturalizar biologicamente a condição de ser uma mulher. Logo, mesmo tendo sido uma negociação necessária, entendo que apesar da redação literal do artigo 121, VI e § 2º do CP, deve-se interpretar que a expressão “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” na verdade se refere a “contra a mulher por razões de gênero”, não sendo o sexo feminino biológico o determinante para se configurar feminicídio. Conforme visto, a vontade do legislador no texto original do projeto de lei era tipificar o feminicídio como forma extrema de violência de

.....
3 Segundo o dicionário *Priberam*, transexual é “Que ou quem tem o sentimento de pertencer a um sexo com que não nasceu, cujas características físicas deseja possuir ou já possui através de meios médico-cirúrgicos.” Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/transexual>. Acesso em: 30 out. 2020.

gênero que resulta na morte da mulher, sendo essa perspectiva de gênero a mais adequada para efetivar a proteção da dignidade humana das vítimas de feminicídio.

Ainda cumpre explicar que, segundo a literalidade do referido artigo legal, serão consideradas razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica ou familiar, menosprezo e discriminação à condição de mulher. Importante destacar que o inciso traz violência doméstica “e” familiar, mas, segundo Rogério Cunha (2017, p. 67), deve-se interpretar como “ou”, pois o crime pode ser cometido tanto dentro da residência por alguém sem vínculo familiar, como por familiares fora do ambiente doméstico.

Assim, quando o homicídio for praticado contra a mulher por sua condição de gênero ou em decorrência de violência doméstica ou familiar, será classificado como feminicídio, forma qualificada. Por outro lado, a definição de homicídio permanece a mesma, sendo o crime contra a vida de qualquer pessoa, isso ocorrerá quando a mulher for assassinada fora do citado contexto, como nos casos de violência urbana.

Feminicídio como consequência do ciclo de violência contra a mulher

Como já exposto, Patrícia Bertolin e Denise de Andrade (2020, p. 108) confirmam que “a compreensão de que a violência contra a mulher é um aviltamento aos Direitos Humanos se consolidou na segunda metade do século XX e, na América Latina, tem contribuído para fortalecer as iniciativas que buscam compreender essa realidade para melhor enfrentá-la”. A mudança de paradigmas jurídicos permitiu que a violência contra a mulher fosse considerada uma violação à dignidade da pessoa humana.

Segundo a Organização das Nações Unidas, a Declaração sobre a eliminação da violência contra a mulher dispõe:

[...] Que a violência contra as mulheres ‘constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levaram à dominação das mulheres e à discriminação por parte dos homens e impediram a promoção plena da mulher.’ Destaca os diferentes cenários de violência contra a mulher: violência na família, violência na comunidade e violência cometida ou tolerada pelo Estado. (ONU, 2006, p. 18, tradução nossa)⁴

Destarte, a violência contra a mulher relaciona-se com a sociedade patriarcal, na qual as relações desiguais entre homens e mulheres podem causar abusos e violências contra a mulher, seja no âmbito doméstico como na esfera pública. Ademais, Bourdieu (2012, p. 105) esclarece que a família patriarcal é “o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na proeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a força, da coragem com o domínio do corpo”.

Ademais, ao tratar das perspectivas posicionais, Amartya sem (2011, p. 195) preceitua:

Quando os limites das crenças locais são fortes e difíceis de superar, pode haver uma firme recusa a ver que uma iniquidade real está envolvida na forma como as mulheres são tratadas em sua própria sociedade, e muitas mulheres são elas mesmas levadas a acreditar numa alegada inferioridade intelectual das mulheres com base na suposta ‘evidência dos olhos’, recorrendo a uma interpretação errada das observações locais dentro de uma sociedade estratificada.

.....

4 [No original] “[...] Que la violencia contra la mujer ‘constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer’. Pone de relieve los distintos escenarios de la violencia contra la mujer: violencia en la familia, violencia en la comunidad, y violencia cometida o tolerada por el Estado.”

Numa sociedade patriarcal, como a brasileira, estruturada na hierarquização de homens e mulheres, um olhar desatento pode deixar passar diferentes formas de opressão contra elas, já que a perspectiva social é limitada a uma visão masculina. A ideia de superioridade do homem também poder ser internalizada e reproduzida pelas mulheres, aditivo que torna ainda mais complexo o problema. Assim, culturalmente, ainda há barreiras que não permitem que a violência contra a mulher seja vista como uma violação aos direitos humanos.

Mesmo no século XXI, a violência contra a mulher segue sendo naturalizada na nossa sociedade, ainda mais por ter se tornado uma violação aos direitos humanos no passado recente. Desta feita, até hoje é muito difícil combater essa situação, sobretudo porque:

A origem da violência contra a mulher é complexa, pois multicausal, ao combinar fatores individuais (como uso abusivo de álcool, drogas lícitas e ilícitas, problemas psicológicos etc.) com fatores estruturais, que passam pelas características socioeconômicas e culturais (como o desemprego, o machismo etc.), o que confirma a necessidade de ampliarmos o olhar para esse contexto social no qual se imiscuem as relações de poder. (BERTOLIN; DE ANDRADE, 2020, p. 106)

Essa multicausalidade torna a análise da violência contra a mulher complexa, exigindo uma visão plural sobre o tema. O feminicídio faz parte desse ciclo de violência, muitas vezes ocorrendo após uma série de abusos e violências sofridas pela vítima. O controle sobre os corpos das mulheres é a prática que Foucault (1979, p. 74) denomina biopolítica, já que “o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo [...]. O corpo é uma realidade bio-política.”

Esse controle da vida e da morte das mulheres reflete-se nas estatísticas de feminicídio no Brasil. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (ABSP, 2019, p. 111), o crime de feminicídio

correspondeu a 29,6% dos homicídios dolosos de mulheres em 2018. De acordo com esses dados, foram 1.151 feminicídios em 2017 e 1.206 em 2018, correspondendo a um crescimento de 4% em números absolutos. (ABSP, 2019, p. 111)

Cumprir frisar que 88,8% desses assassinatos foram cometidos pelo companheiro ou ex-companheiro da vítima (ABSP, 2019, p. 07), o que expressa a relação do feminicídio com a violência doméstica ou familiar. Por isso, é importante analisar esse tipo de violência, cabendo citar a Lei nº 11. 340/06 (Lei Maria da Penha) que, no artigo 5º, traz o seu conceito:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Segundo a referida lei, a violência doméstica pode ser tanto física como psicológica e até patrimonial. A agressão física atinge diretamente o corpo da mulher, já a psicológica atua na sua psiquê, e a patrimonial afeta a independência econômica da vítima. Como já visto, tais abusos muitas vezes são normalizados, o que pode dificultar a percepção social de algumas dessas violências.

Diante desse processo de naturalização dos abusos, fica socialmente difícil reconhecer muitas das referidas faces da violência contra a mulher. Ademais, a discriminação de gênero no âmbito familiar, por ser invisível aos olhares públicos, se esconde ainda mais facilmente, já o feminicídio, como expressão mais dramática desse processo discriminatório, traz visibilidade ao problema.

Análise das estatísticas de feminicídio de mulheres negras no Brasil

Como dito anteriormente, o feminicídio no Brasil é a parte mais visível do ciclo de violência contra a mulher, por isso, merece ser estudado dentro desse contexto. Ademais, o Anuário aponta que a maioria das vítimas de feminicídio eram mulheres negras, correspondente a 61% das vítimas. (ABSP, 2019)

Apesar de alta, essa estatística ainda poderia ser maior, pois o Estado da Bahia não enviou para análise os dados referentes a feminicídios. (ABSP, 2019, p. 109) Como 81,1% da população na Bahia se declara negra, (IBGE, 2019), sendo considerada a maior população negra do país, possivelmente a referida taxa pode ser ainda mais elevada.

Importante esclarecer o que se entende por raça, conforme leciona Kabengele Munanga (2005-2006, p. 52), “o conteúdo da raça é social e político. Se para o biólogo molecular ou o geneticista humano a raça não existe, ela existe na cabeça dos racistas e de suas vítimas”. Assim, a raça, a partir do seu conteúdo político social, será analisada como um outro fator de vulnerabilização das mulheres negras.

Na análise desses dados, vemos o gênero e a raça centralizados como fatores de maior risco às mulheres negras vítimas de feminicídio. Nesse sentido, aspectos sociais evidenciam a dupla vulnerabilidade dessas mulheres, tendo em vista essa intersecção.

O termo interseccionalidade foi cunhado na academia por Kimberlé Crenshaw (2002, p. 177), que o define como “a associação de sistemas múltiplos de subordinação [...] uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação”. Portanto, a interseccionalidade seria a articulação dinâmica de diferentes opressões, como a raça e o gênero, sem que haja uma hierarquia entre elas.

Segundo Patrícia Hill Collins (2017, p. 11) “a construção de sistemas de poder produz distintos lugares sociais para indivíduos e grupos dentro deles, nesse caso, as identidades desempoderadas que mulheres de cor carregam, as posiciona em inequidades sociais complexas.” Por isso, é importante estudar as relações de poder do patriarcado articuladas com outros fatores, como a raça.

O racismo estrutural no Brasil perpassa os âmbitos públicos e privados, relacionando-se com a maior vulnerabilização das mulheres negras. Conforme leciona Silvio de Almeida (2019, p. 33):

O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processo institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção.

As relações sociais e familiares brasileiras são estruturadas pelo racismo, um país que viveu por quase 400 anos sob a égide de um regime escravocrata não desconstrói esse legado em apenas 132 anos. Portanto, a construção histórico-social brasileira, além de patriarcal, é racista, evidenciada nos números de assassinatos de mulheres negras.

A objetificação da mulher negra durante o período colonial pode ser observada no judiciário brasileiro no seguinte exemplo:

[...] A interpretação dada no artigo 179 da Constituição Imperial era drástica. Este dispositivo assegurava os direitos individuais: vida, liberdade, segurança e também o direito à propriedade. Pois bem, justamente esta norma constitucional/liberal foi evocada perante o Tribunal Superior de Justiça, em defesa de proprietários, que utilizavam suas escravas no meretrício. E, aquela Suprema Corte acolheu o ‘rufianismo’ permitindo ao proprietário o livre uso de seus bens/escravos. (PRUDENTE, 1988, p. 137)

Nessa decisão, o judiciário brasileiro da época permitiu a exploração sexual de mulheres negras escravizadas pelos seus senhores. A construção do imaginário brasileiro sobre essas mulheres é ainda mais perversa do que em relação às mulheres brancas. A ideia de falta de autonomia das mulheres negras é mais profunda, tendo em vista que, por séculos, esses corpos foram definidos legalmente como propriedade. A junção do racismo estrutural à violência de gênero no Brasil é uma mistura letal às mulheres negras.

A imagem da “mulata”, a ideia da “cor do pecado” e a hipersexualização dos corpos das mulheres negras na mídia, evidenciam como esses corpos ainda são objetificados e tratados como disponíveis. Como exemplo, cito Lúcia Xavier (2016, p. 39), que analisou um anúncio publicitário de cerveja:

A Brasil Kirin (Schincariol), por exemplo, empresa da produtora da cerveja Devassa, veiculou o anúncio [...] (2010 e 2011) cujo desenho de uma negra, seminua, em posição sensual, representa a cerveja estilo dark, chamada Devassa Negra, descrita com a seguinte frase: ‘É pelo corpo que se reconhece a verdadeira negra.’

A representação da mulher negra como lasciva e sensual é naturalizada na sociedade, e isso se reflete na mídia brasileira que, por sua vez, reforça esse estereótipo. Lúcia Xavier (2016, p. 39) observa que

“podemos ser maravilhosas passistas de escola de samba, mas não podemos ser exímias cientistas.” Esse imaginário corrói a autoestima e ajuda a prender a mulher negra em papéis femininos ainda mais rígidos, mesmo se comparados aos da mulher branca.

Outrossim, segundo Amartya Sen (2011, p. 195):

[...] Em uma sociedade que tem uma longa tradição de relegar as mulheres a uma posição subalterna, a norma cultural de se concentrar em algumas características de alegada inferioridade da mulher pode ser tão forte que exija uma considerável independência de pensamento para interpretar tais características de forma diferente. Se houver, por exemplo, muito poucas mulheres cientistas em uma sociedade que não encoraja as mulheres a estudar ciência, a característica observada, escassez de mulheres cientistas bem-sucedidas, pode funcionar como uma barreira para a compreensão de que as mulheres podem de fato ser tão boas na ciência quanto os homens, e que, mesmo com os mesmos talentos e aptidões natas para pesquisar esse campo, as mulheres raramente podem sobressair precisamente nele devido a uma falta de oportunidade ou incentivo para empreender a educação apropriada.

As barreiras impostas às mulheres podem ser justificativas para reafirmar discriminações e mantê-las em posições de subalternidade. Apesar do autor citar esse ciclo de inferiorização das mulheres de forma geral, conseguimos perceber que tal situação é ainda mais dramática em relação à mulher negra, que enfrenta tanto os obstáculos de gênero, como os de raça e outros que eventualmente se articulam.

Ademais, como ressalta Carla Akotirene (2019, p. 48) “a interseccionalidade é sobre a identidade da qual participa o racismo interceptado por outras estruturas. Trata-se de experiência racializada, de modo a requerer sairmos de caixinhas particulares.” Destarte, a experiência de gênero das mulheres negras é diferente da vivenciada

pelas mulheres brancas, devendo ser observada na sua especificidade para garantir maior proteção a essas mulheres. Segundo apontam os dados do Anuário, é a combinação de raça e gênero que fragiliza ainda mais as mulheres negras nos crimes de feminicídio.

Portanto, ao criar políticas públicas ou pensar em novos meios legislativos de combate e prevenção contra a violência à mulher, é importante considerar não só a perspectiva de gênero, como também a raça.

Considerações finais

Neste artigo foram analisados o gênero e a raça como elementos centrais nos crimes de feminicídio. Tais fatores estão refletidos nos dados divulgados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 2019.

A aprovação do crime de feminicídio ocorreu após a internacionalização do termo no caso “Campo Algodonero”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A proteção efetiva da dignidade humana das mulheres e a consolidação do combate à violência contra a mulher como mais uma pauta dos direitos humanos possibilitou que a Lei nº 13.104/15 fosse aprovada.

No processo de tramitação do projeto de lei que gerou a referida disposição legal, foram necessários debates e negociações, em especial sobre os termos “gênero” e “sexo feminino”. Em prosseguimento, foram analisadas as implicações do uso dessas duas palavras.

Ademais, analisamos os dados do Anuário que comprovam a relação entre os feminicídios e a violência doméstica e familiar. Posteriormente, chegamos aos dados de feminicídio das mulheres negras, as maiores vítimas desse tipo de crime no Brasil.

Por fim, explicamos como o gênero e a raça se articulam para vitimizar esse grupo de mulheres, devendo esses fatores serem

considerados como mais uma especificidade dos crimes de feminicídio a pautar a legislação e políticas públicas.

Referências

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. Feminismos Plurais; Coordenação de Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.
- ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. O Processo de Tipificação do Feminicídio no Brasil. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (org.). *Feminicídio: quando a desigualdade de gênero mata: mapeamento da tipificação na América Latina*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 13, 2019*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. Coleção Feminismos Plurais, coordenação de Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; DE ANDRADE, Denise Almeida. Subsídios para uma Medição Fidedigna da Violência Contra a Mulher. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (org.). *Feminicídio: quando a desigualdade de gênero mata: mapeamento da tipificação na América Latina*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher (CPMI-VCM)*. Requerimento (CN) nº 4, de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101261>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 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: 1 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006*. Dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e demais providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. *Lei 13.104 de 9 de março de 2015*. Altera o artigo 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 1 nov. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº. 292 de 2013*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>. Acesso em 13 jan. 2022.

BUTLER, Judith. Atos Performativos e a Formação dos Gêneros: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque (org.). *Pensamentos Feminista: Conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Bazar do Tempo, 2019.

COLLINS, Patricia Hill. Se Perdeu na Tradução? Feminismo Negro, Interseccionalidade e Política Emancipatória. *Revista Parágrafo*, v. 5, n. 1, p. 6-17, jan./jun. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de Campo Algodonero*: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.cidh.org/demandas/12.496-7-8%20Campo%20Algodonero%20Mexico%204%20noviembre%202007%20ESP.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Como apresentar petições no sistema interamericano*. Ano 2002. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2002_P.pdf. Acesso em: 22 out 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso González y Otras VS. México: Sentencia*. San José: CIDH, 16 nov. 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. Tradução de Liane Schneider, revisão de Luiza Bairros e Claudia Lima Costa. *Estudos Feministas*, ano 10, p. 171-188, jan./jun. 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Especial* (arts. 121 ao 361). 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DA COSTA, Carolina Vieira; ROQUE, Camila Bertoleto; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Os Feminicídios em Ciudad Juárez no México: reflexões sobre o Caso “Campo Algodonero”. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (org.). *Feminicídio: quando a desigualdade de gênero mata: mapeamento da tipificação na América Latina*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.

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

FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC de 2019)*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/pesquisa/10070/64506>. Acesso em: 02 nov. 2020.

IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da Violência*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em: 28 out. 2020.

MUNANGA, Kabengele. Algumas Considerações sobre “Raça”, Ação Afirmativa e Identidade Negra no Brasil: Fundamentos Antropológicos”. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 46–57, dez./fev. 2005–2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. Informe del Secretario General, 2006. Asamblea General. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10742.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS(OEA). Carta da Organização dos Estados Americanos. Adotada na Nona Conferência Internacional Americana, 30 de abril de 1948 em Bogotá, Colômbia. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA_firmas.asp. Acesso em 12 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS(OEA). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Adotada na Nona Conferência Internacional Americana, 30 de abril de 1948 em Bogotá, Colômbia. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 12 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS(OEA). *Introdução*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/a.Introd.Port.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. O negro na Ordem Jurídica Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 83, n. 0, p. 135–149, jan. 1988.

RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana E. H. *Femicide: The Politics of Women Killing*. New York: Twayne Publishers, 1992.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RUSSELL, Diana E. H. Definición de feminicidio y conceptos relacionados. In: HARMES, Roberta A.; RUSSEL, Diana E. (ed.) *Feminicidio una perspectiva global*. Apresentação de Marcela Lagarde y de los Ríos. New York: Teachers College Press, 2006.

- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque (org.). *Pensamentos feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Bazar do Tempo, 2019.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade humana: em busca do direito justo*. Saraiva: 2010.
- XAVIER, Lúcia. Racismo, corpo, saúde e representação. In. Encrespando - Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024). FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (org.). Brasília, DF: Brado Negro, 2016.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA PERSPECTIVA DAS CORTES INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE DO CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU

Dhebora Mendonça de Cerqueira

Introdução

O caso Lagos del Campo vs. Peru foi submetido ao tribunal em 28 de novembro de 2015 e refere-se à demissão de Alfredo Lagos del Campo em decorrência das suas manifestações na condição de presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper - Pirelli.

A sentença reconheceu a responsabilidade do Estado peruano em razão da demissão irregular de Lagos del Campo e declarou a violação do direito à estabilidade no emprego, com fundamento no artigo 26 da Convenção. Além disso, declarou a violação do direito à liberdade de expressão, do direito à liberdade de associação e do direito de acesso à justiça.

O ineditismo dessa decisão chama atenção para um quadro relevante: a baixa efetividade dos direitos sociais em razão da deficiente prestação pelos Estados e dos entraves à justiciabilidade desses direitos nos tribunais.

O modelo dos direitos sociais, estabelecido e difundido no início do século XX, desponta juridicamente a partir da sua disciplina nas

constituições dos Estados, das quais se destacam a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, e são sistematicamente reiterados depois da Segunda Guerra Mundial, como ocorre na Constituição brasileira de 1946 e na Constituição italiana de 1947. O abandono social, típico do Liberalismo, cede espaço à tutela estatal positiva, que visa a permitir aos mais fracos a realização dos seus direitos em igualdade de condições com aqueles socialmente desiguais.

Como a perspectiva liberal do Estado, nascida de uma ideia contratualista e focada no direito à propriedade privada, sempre foi contrária à consideração dos direitos sociais como direitos humanos, doutrinas conservadoras argumentavam a falta de justiciabilidade dos direitos sociais nos tribunais em razão da sua baixa densidade normativa, da questão da reserva do possível e da separação dos poderes.

Diante da necessidade de conferir maior efetividade aos direitos sociais, este artigo pretende enfrentar os principais entraves à justiciabilidade desses direitos e analisar o papel das cortes internacionais, em colaboração com os Estados, na proteção dos direitos sociais. Como referência, toma-se o mencionado caso *Lagos del Campo vs. Peru* e o ineditismo da sua decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundamentada no único dispositivo da Convenção Americana que trata de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC).

Para a solução do problema proposto, apresenta-se a hipótese primária de que é possível a justiciabilidade direta, tanto internamente quanto no plano internacional, como forma de garantir a efetividade dos direitos sociais previstos na norma. A hipótese secundária é de inviabilidade da justiciabilidade direta em razão da baixa densidade normativa, do alto custo, da separação dos poderes e da soberania dos Estados.

O objetivo do trabalho é viabilizar a compreensão do problema delimitado e identificar uma solução possível para a efetivação dos direitos sociais, através da colaboração dos sistemas internacionais de

proteção, em razão da deficiente aplicabilidade prática desses direitos, em que pese a sua crescente previsão normativa.

A bibliografia utilizada mescla obras nacionais e internacionais. Além dos livros e dos artigos científicos, também foram consultados decretos, documentos internacionais e informações oficiais constantes do sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional de maior relevância no âmbito explorado por este artigo.

A exposição do tema é pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos gerais sobre o tema dos direitos sociais, seguido da análise sobre a justiciabilidade desses direitos, dos problemas para a sua efetivação e da apresentação do caso concreto supramencionado, decidido, em 2017, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, serão desenvolvidos três tópicos e uma conclusão, que sintetiza as percepções sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e formata o entendimento sobre os principais óbices a essa justiciabilidade para, por fim, identificar uma solução possível para a crise de aplicabilidade prática dos direitos sociais, através da colaboração dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Justiciabilidade dos direitos sociais

Apesar de configurarem direitos humanos, assim como os individuais, os direitos de natureza social encontram alguns óbices específicos para sua concretização pela via judicial interna dos Estados. O propósito deste tópico, portanto, é analisar a justiciabilidade dos direitos sociais e os empecilhos à sua efetivação.

Inicialmente, importa definir o que é a justiciabilidade, conceito basilar para o desenvolvimento desta análise. Em sua obra acerca da justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça, Platon Teixeira de Azevedo Neto define justiciabilidade como “o reconhecimento de um direito pelos tribunais enquanto apto a ser

analisado em seu mérito, ou seja, a justiciabilidade se verifica quando o direito se encontra passível de reclamação perante uma corte de justiça”. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 21)

Na perspectiva do Direito Constitucional, os direitos sociais são classificados sob a terminologia de “direitos fundamentais”. Já sob o aspecto do Direito Internacional, são reconhecidos como “direitos humanos”, mais especificamente com a designação de “direitos econômicos, sociais e culturais” (DESC). Neste trabalho, utilizar-se-á a nomenclatura genérica “direitos sociais” para a abordagem em ambas as perspectivas.

Os direitos sociais foram estabelecidos e difundidos no início do século XX, a partir da sua disciplina nas constituições dos Estados, com ênfase para a Constituição mexicana de 1917 e para a Constituição alemã de Weimar de 1919. Depois da Segunda Guerra Mundial, são sistematicamente reiterados, como ocorre na Constituição brasileira de 1946 e na Constituição italiana de 1947. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 69)

Substitui-se o abandono à ordem econômica e social – que então era promovido pelo Estado Liberal – pela tutela estatal positiva, que visa a permitir aos mais fracos a realização dos seus direitos em igualdade de condições com aqueles socialmente desiguais. (SILVA, 2010, p. 286) Por essa razão, é possível identificar os direitos sociais, de segunda dimensão, com o princípio da igualdade substancial, sem descuidar da efetividade do princípio da liberdade, visto que são compatíveis e complementares entre si.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos sociais são direitos subjetivos, assim como são as liberdades públicas. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 65) No entanto, não configuram apenas poderes de agir, mas poderes de exigir uma prestação concreta por parte do Estado, sujeito passivo desses direitos. Vale destacar a ressalva com relação aos direitos sociais que também são poderes de agir, a exemplo do lazer. Apesar disso, as constituições sempre os encaram como deveres prestacionais do Estado, ou seja, como poderes de

exigir uma prestação estatal concreta, nos moldes de grande parte dos direitos sociais.

Quanto ao objeto dos direitos sociais, tem-se uma contraprestação sob a forma de serviços – serviço escolar, serviço médico-hospitalar, serviços desportivos – ou, diante da impossibilidade de prestar o serviço diretamente, uma contraprestação em dinheiro – como o seguro-desemprego. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 66-67)

A configuração estrutural que diferencia os direitos sociais dos direitos de liberdade não tem o potencial de retirar daqueles a juridicidade. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 94) Uma concepção de direitos sociais como normas meramente programáticas e políticas negaria o seu caráter vinculante, visto que serviria apenas como inspiração para o Legislador.

Os fins sociais devem, obrigatoriamente, ser perseguidos pelo Estado, apesar da indeterminação nas disposições constitucionais sobre o tema, visto que esse quadro não implica a impossibilidade de efetivação do direito diante de um caso concreto. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 37) Se, por um lado, negar juridicidade e justiciabilidade aos fins sociais do Estado indica uma análise amplamente liberal e conservadora do direito, por outro lado, uma visão mais progressista torna nítido o reconhecimento dessas finalidades como verdadeiros direitos de ordem interna e internacional.

A perspectiva liberal do Estado sempre foi contrária à consideração dos direitos sociais como direitos humanos, já que estes se apresentavam como resposta às desigualdades socioeconômicas engendradas pelo liberalismo. O auge das conquistas sociais representava séria ameaça à propriedade e ao contrato, pilares do Estado liberal. (BARRETO, 2011, p. 491) Portanto, segundo Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017, p. 63), doutrinas conservadoras argumentavam a falta de justiciabilidade dos direitos sociais nos tribunais em razão da sua baixa densidade normativa, da questão da reserva do possível e das reservas do legislador e do administrador.

Apesar da baixa quantidade de normas expressas com previsão de direitos sociais, é possível a garantia de uma justiciabilidade indireta, através do reconhecimento por meio de interpretações extensivas de direitos individuais. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 64)

Quanto à reserva do possível, não há dúvidas de que a garantia dos direitos sociais exige alto investimento do Estado. No entanto, a proteção dos direitos civis e políticos também exige gastos vultosos e, nem por isso, questiona-se a necessidade de garantir os direitos de liberdade individual. Some-se a isso o fato de o investimento em direitos sociais trazer consigo os benefícios do progresso social, enquanto a concretização dos direitos civis e políticos, que também demanda despesas estatais, somente mantém o *status quo*, sem promover quaisquer avanços na sociedade. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 64)

Já o argumento de reserva do legislador e do administrador consiste na ausência de legitimidade dos juízes para promover a tutela dos direitos sociais em razão da forma da investidura no cargo, encarada como antidemocrática, e da noção de separação dos poderes. Ocorre que a função do poder Judiciário é exatamente garantir a materialização do direito, em relação de interdependência com os demais poderes.

Desse modo, para que o Estado possa assegurar os direitos sociais da população de forma efetiva, faz-se imprescindível a garantia substancial do acesso à justiça, que transcende à simples possibilidade de postular ou de se defender em juízo e atinge, com o desenvolvimento da ciência processual, estreita relação com o conteúdo material das decisões.

De fato, o Poder Judiciário exerce função política quando é chamado a julgar demandas que envolvem serviços públicos básicos a serem disponibilizados pela Administração, mas é que o juiz não pode ser omisso diante do pleito daquele indivíduo que busca o seu direito subjetivo a um serviço essencial, ao qual não teve acesso em virtude das más escolhas realizadas pelo administrador. O argumento segundo o qual o mérito administrativo é insindicável não pode “servir como

escudo à atuação judicial contra a má atuação da Administração”. (CARDOSO, 2016, p. 19)

Portanto, a atuação judicial no sentido da concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais não só é legítima, como também é dever do órgão jurisdicional. Diante de uma omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário deve agir para supri-la, caso contrário, também incorrerá em omissão inconstitucional, pois se quedou inerte quando deveria ter cumprido o seu dever de garantia da Constituição.

Já no plano internacional, o reconhecimento de direitos de todos os seres humanos implica, necessariamente, a ideia de que a negação desses direitos acarretará a responsabilização do Estado violador. Dessa forma, são retraçados os limites da noção tradicional de soberania estatal, visto que, diante da omissão ou da falha dos órgãos nacionais em proteger os direitos humanos, restará aos órgãos internacionais o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos. Sobre os novos contornos da soberania nacional, esclarece Flávia Piovesan:

Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional. (PIOVESAN, 2013, p. 67)

Então, não há que se falar em soberania nacional como empecilho à atuação dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, assim como não há que se falar em separação de poderes como empecilho à atuação do Poder Judiciário na garantia interna dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Efetividade dos direitos sociais através da atuação das cortes internacionais

A necessidade de proteção dos direitos humanos – a incluir a garantia dos direitos sociais – em um mundo globalizado exige um ambiente de cooperação, com apoio mútuo entre tribunais internos e internacionais, a fim de se extrair o máximo de efetividade desses direitos.

A relativização do conceito de soberania, mencionada anteriormente, expande a eficácia da atuação das cortes internacionais em relação à salvaguarda dos direitos humanos, juntamente com os organismos internacionais, por meio de suas decisões e dos relatórios e das fiscalizações dos órgãos de controle.

Com o papel de decidir as controvérsias entre os Estados e de emitir opiniões consultivas em conformidade com o Direito Internacional, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), com sede em Haia, na Holanda, desponta como principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU) e compõe o sistema global de proteção dos direitos humanos. A CIJ estabeleceu-se na Carta das Nações Unidas, em 1945, e iniciou seu funcionamento no ano seguinte.

Desde o advento da jurisdição internacional, no início do século XX, o Direito Internacional não se reduz a um paradigma exclusivamente interestatal. Indivíduos e Estados, já naquela época, buscavam justiça através das instâncias internacionais. (TRINDADE, 2015, p. 05) No entanto, a impossibilidade de formulação de demandas por particulares diretamente à CIJ é uma das suas características que, embora não inviabilize, dificulta a proteção dos direitos sociais. Apenas os Estados podem protocolizar ações na Corte, o que confronta com o fato de que as reclamações relativas aos direitos sociais, normalmente, são realizadas por indivíduos que pretendem ter os seus direitos preservados.

Apesar do entrave da restrita legitimidade para demandar na Corte, a CIJ atuou, em raras situações concretas, no âmbito dos direitos

sociais, a exemplo do que se verifica na Opinião Consultiva n. 2867 (ONU, 2015) e no caso “Jurisdictional Immunities of the State” (ONU, 2008), entre Itália e Alemanha.

Em geral, a jurisprudência internacional evidencia a busca pela efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, refletida nos consideráveis avanços alcançados pela indivisibilidade dos direitos humanos nos últimos anos. Não só a Corte Internacional de Justiça, mas também os organismos internacionais que integram a ONU colaboram para a concretização de direitos sociais, inclusive através da análise de relatórios dos países em relação ao cumprimento desses direitos e das recomendações editadas por esses organismos em matéria social.

Se os direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os direitos civis e políticos, integram a categoria de direitos humanos, cumpre aos Estados o dever de respeitá-los e de, ao máximo, garanti-los. A função pública deve ser balizada pelo simples fato de que os direitos humanos decorrem da dignidade humana e, portanto, são atributos superiores ao próprio Estado. Em primeiro lugar, o Estado deve abster-se de violar qualquer direito inerente à dignidade e, logo em seguida, deve cuidar de organizar a estrutura governamental para garantir o exercício integral desses direitos.

E não há uma vinculação exclusiva entre o dever de abstenção e os direitos civis e políticos, assim como não há a restrição do dever de garantia aos direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos humanos, indivisivelmente considerados, devem ser preservados e garantidos, indistintamente, tanto pelo dever de não violação por parte dos Estados, quanto pelo dever de garantia, a fim de que a máquina estatal empreenda esforços para cumprir as obrigações decorrentes de quaisquer desses direitos.

Quando o Estado falha no seu duplo dever de preservação e de garantia, impõe-se o reconhecimento da justiciabilidade internacional dos direitos humanos, como forma de ampliar o acesso à justiça e de valorizar os bens jurídicos tutelados dentro e fora do âmbito estatal.

Ao considerar os direitos humanos como indivisíveis e complementares, a justiciabilidade alcança também os direitos sociais e revela a necessidade de proteção igualitária entre as diferentes espécies do gênero “direitos humanos”.

A partir da previsão do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, estabelece-se que os Estados devem adotar as medidas necessárias para proteger e para promover, de forma gradual e consistente, a plena eficácia desses direitos. O *status quo* é insuficiente, visto que a previsão convencional exige o esforço constante para alcançar maior desenvolvimento dos DESC e rechaça a reversibilidade no desempenho do Estado em garanti-los. Julieta Rossi e Victor Abramovich constataam a existência de novos entendimentos doutrinários nesse sentido:

Assim, na leitura do artigo 26 oscilamos entre aquelas posições que historicamente consideraram essa norma como não operativa, limitando-a a uma simples expressão de objetivos programáticos, mas não de obrigações legais vinculantes, ou direitos justiciáveis, e novas posições doutrinárias, que, com base no uso extensivo do princípio pro-homine e na inferência de direitos no texto da Carta da OEA, pretendem transformá-lo em uma varinha mágica para abruptamente abrir a Convenção a uma espécie de plena justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. A primeira posição não parece levar a sério a clara menção de direitos e obrigações no texto convencional, enquanto a segunda posição ignora a vontade dos Estados, expressa na aprovação do Protocolo Adicional, de restringir a suposições concretas a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano.¹ (ABRAMOVICH; ROSSI, 2007, p. 37, tradução nossa)

.....
1 “Así, en la lectura del artículo 26 hemos oscilado entre aquellas posiciones que históricamente han considerado a esta norma como no operativa, limitándola a una simple expresión de objetivos programáticos, pero no de obligaciones legales vin-

No entanto, apesar da previsão de progressividade para o alcance da plena eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, algumas obrigações exigem cumprimento imediato, a exemplo da proibição de discriminação, da garantia do mínimo necessário para a subsistência e da adoção de medidas para a efetivação dos direitos. O princípio da progressividade não deve ser compreendido como fundamento para a inércia estatal em promover políticas públicas de efetivação dos direitos sociais.

Portanto, a inércia e a regressividade são vedadas pela ideia de desenvolvimento progressivo dos direitos sociais. Caminhar para frente é um imperativo que, uma vez violado, justifica a tutela internacional dos sistemas de proteção aos direitos humanos, seja no âmbito global, seja no âmbito regional.

A vedação à regressividade não significa que os direitos sociais sejam absolutos ou superiores aos direitos civis, mas implica uma análise conjunta da afetação individual de um direito em relação às implicações coletivas da medida. Dessa forma, a progressividade não tem um caráter absoluto porque, em certas circunstâncias, o Estado pode adotar medidas regressivas, desde que justifique razoável e objetivamente a sua necessidade.² Resta uma análise de proporcionalidade

culantes, ni derechos justiciables, a nuevas posiciones doctrinarias, que, a partir de un uso extensivo del principio pro homine y una inferencia rápida de derechos en el texto de la Carta de la OEA, pretenden convertirla en una varilla mágica para abrir abruptamente la Convención a una suerte de justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales. La primera postura parece no tomar en serio la clara mención de derechos y obligaciones en el texto convencional, mientras que la segunda postura pasa por alto la voluntad de los Estados, expresada al aprobar el Protocolo adicional, de acotar a supuestos concretos la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano (ABRAMOVICH; ROSSI, 2007, p. 37)

- 2 Assim entendeu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros contra El Salvador. No parágrafo 105 do Informe n. 27/09, a Comissão assinala: "Cabe destacar que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) implica para os Estados Partes da Convenção Americana a obrigação de não tomar medidas regressivas em relação a tais direitos. Em particular, o Comitê do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos,

para que se verifique se, de fato, a justificativa é razoável e objetiva o bastante para afastar o princípio da progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Se não for, deve ser garantida a justiciabilidade internacional no âmbito dos sistemas de proteção aos direitos humanos.

A justiciabilidade direta, no âmbito do sistema interamericano, consiste na possibilidade de buscar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou, em certos casos, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos para resolver uma pretensão fundada na responsabilidade internacional de um Estado vinculado à Convenção Americana de Direitos Humanos, em virtude da violação específica a um direito econômico, social e cultural. Em que pese o apontamento de supostos obstáculos para levar aos tribunais o enfrentamento específico de questões sobre violação dos direitos sociais, conforme analisado nos tópicos anteriores, não há razão suficiente para diferenciá-los dos direitos civis e políticos, retirando-lhes a possibilidade de justiciabilidade direta.

Entretanto, em virtude das restrições normativas que caracterizam o nosso sistema regional, surgem novas formas de tornar justiciáveis, ainda que indiretamente, os direitos econômicos, sociais e culturais. Três são as principais técnicas para garantir essa forma de justiciabilidade: a justiciabilidade através de interpretações amplas de direitos civis e políticos, a justiciabilidade diante da violação ao direito à igualdade e a justiciabilidade diante da violação às garantias judiciais e ao acesso à justiça. (SALAZAR, 2017, p. 256)

Sociais e Culturais das Nações Unidas (PIDESC) indicou que as medidas regressivas adotadas em relação ao direito à saúde não são permitidas. O Comitê explicou que 'se quaisquer medidas deliberadamente regressivas forem tomadas, cabe ao Estado Parte demonstrar que elas foram aplicadas após o exame mais completo de todas as alternativas possíveis'. O Comitê também considerou que o Estado em questão tem o ônus de provar 'que essas medidas são devidamente justificadas por referência a todos os direitos estabelecidos no Pacto em relação à plena utilização do máximo de recursos disponíveis do Estado Parte.'" (CIDH, 2009, tradução nossa)

Portanto, a deficiência na aplicabilidade prática dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito interno dos Estados cria a necessidade de uma forte atuação das cortes internacionais, através da justiciabilidade – direta ou indireta – desses direitos. A esse respeito, merece destaque o caso *Lagos del Campo vs. Peru*, visto que consiste na primeira condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos com base específica na violação a direitos sociais e, assim, ampara a justiciabilidade direta desses direitos.

Caso Lagos del Campo vs. Peru

Em 31 de agosto de 2017, pela primeira vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu uma condenação específica com base no artigo 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, que dispõe sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, em virtude da violação aos direitos de estabilidade laboral e de associação.

Pelo ineditismo combinado com a relevância da decisão para a efetivação dos direitos sociais, este último tópico esmiúça o caso *Lagos del Campo vs. Peru*, através da análise dos fatos que levaram à sua judicialização e das questões de fundo discutidas no processo, além da apresentação do trâmite perante a Corte, enquanto procedimento que conduziu à inédita decisão deste órgão internacional.

Por fim, vincula-se a decisão da Corte Interamericana com a premente necessidade de proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente em virtude da ineficiência dos Estados em garantir internamente o desenvolvimento progressivo desses direitos.

O caso

O caso *Lagos del Campo vs. Peru* envolve a demissão arbitrária de Alfredo Lagos del Campo, que fora presidente do Comitê Eleitoral

da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli. Na qualidade de presidente de um órgão representativo dos trabalhadores, Lagos del Campo denunciou publicamente situações de irregularidades nas eleições da Comunidade Industrial e acusou membros da direção da empresa de fraudarem o processo eleitoral para a satisfação de interesses particulares.

Incorporada à legislação peruana em julho de 1970, através da Lei Geral das Indústrias (Decreto-Lei 18.350), a Comunidade Industrial consiste em pessoa jurídica que se origina em uma empresa industrial com o propósito de representar o grupo de trabalhadores e de incentivar a sua participação na gestão, no processo produtivo, na propriedade e no reinvestimento da empresa. A união dos trabalhadores na gestão da empresa e a promoção do desenvolvimento social, cultural, profissional e técnico dos trabalhadores também constituem objetivos da Comunidade Industrial, declarados no Decreto-Lei peruano número 18.384. (PERU, 1970)

A Lei da Comunidade Industrial (Decreto-Lei 21.789) só foi editada em fevereiro de 1977 e, na oportunidade, foram reformadas algumas normas anteriormente vigentes. (PERU, 1977) Os objetivos da Comunidade Industrial passaram a ser a contribuição para o estabelecimento de formas construtivas de inter-relação na empresa industrial, o fortalecimento da empresa por meio da ação unitária dos seus membros na gestão e no processo produtivo e de sua participação na propriedade do patrimônio empresarial, o estabelecimento de uma distribuição adequada e racional dos benefícios entre investidores e trabalhadores estáveis de uma empresa industrial e a promoção da capacitação contínua e do estímulo à criatividade dos trabalhadores da empresa.³

Trata-se a Comunidade Industrial de um regime aplicável a todas as empresas abrangidas pela Lei Geral das Indústrias, qualquer que fosse

.....
3 Artigo 3º do Decreto-Lei n. 21.789/77 – em vigor à época dos fatos. (PERU, 1977)

o seu âmbito administrativo. Portanto, as empresas que faziam parte do chamado “Setor Privado Reformado” peruano tinham a obrigação legal de constituir uma Comunidade Industrial.

Dois principais órgãos compunham a Comunidade Industrial: a Assembleia Geral⁴ e o Conselho da Comunidade.⁵ A Assembleia Geral da Comunidade Industrial consistia na autoridade máxima dentro da pessoa jurídica e era composta por todos os trabalhadores. Já o Conselho da Comunidade consistia no órgão executivo da pessoa jurídica, cuja função era administrar seu patrimônio, executar as decisões da Assembleia Geral e assegurar o cumprimento do Estatuto da Comunidade, aconselhar os representantes dos trabalhadores no Diretório da empresa e pronunciar-se sobre as questões que lhe foram submetidas, através da consulta à Assembleia Geral, se necessário. Os membros do Conselho da Comunidade não poderiam desempenhar nem postular cargo sindical, de qualquer natureza, no curso do seu mandato.

A Direção da empresa era composta por representantes dos trabalhadores, eleitos pelos membros da Comunidade Industrial, e por Diretores indicados pelos titulares das ações do capital social. Os Diretores designados pelos trabalhadores eram eleitos para um mandato de um ano e poderiam ser reeleitos para um novo mandato pelo mesmo período. Além disso, tinham a mesma responsabilidade e os mesmos direitos dos demais Diretores da empresa.

Com o objetivo de organizar as eleições dos membros do Conselho da Comunidade e dos representantes dos trabalhadores frente ao Diretório da empresa, a Assembleia Geral designava anualmente um Comitê Eleitoral.

À época dos fatos, o Comitê Eleitoral da empresa Ceper-Pirelli S/A (período 1988-1989) era composto por cinco pessoas: Yolanda

4 Artigo 20 do Decreto-Lei n. 21.789/77 – em vigor à época dos fatos. (PERU, 1977)

5 Artigo 29 do Decreto-Lei n. 21.789/77– em vigor à época dos fatos. (PERU, 1977).

Ismodes Ramíres, Mercedes Mera Jiménez, Teodomiro Vizcarra Salinas, Aristedes Quispe Altamirano e Alfredo Lagos del Campo⁶ (Presidente). Nos termos do artigo 27 do Decreto-Lei 21.789, acerca do procedimento das eleições: “Las elecciones se desarrollarán en un solo día y sin afectar las horas de trabajo, siguiendo el procedimiento señalado en el reglamento que sobre el particular apruebe el órgano Competente. El voto será personal, secreto, universal y obligatorio”^{7, 8}.

Eletricista do departamento de manutenção da empresa Ceper-Pirelli, Alfredo Lagos del Campo atuou como dirigente sindical e como dirigente laboral da empresa. Ocupou diversos cargos de direção dentro do Sindicato dos Trabalhadores, serviu como Secretário de Defesa em dois períodos (1982-1983 e 1985-1986) e como Secretário Geral em um período (1983-1984).

Na condição de trabalhador estável, Alfredo Lagos del Campo compunha a Comunidade Industrial da empresa e foi eleito pela Assembleia Geral como membro do Comitê Eleitoral. No período de 1988-1989, ocupou o cargo de Presidente do Comitê Eleitoral e, nesta posição, denunciou, no dia 26 de abril de 1989, a existência de irregularidades na convocação das eleições dos membros do Conselho da Comunidade e dos representantes dos trabalhadores no Diretório da empresa. O pleito se realizaria em 28 de abril de 1989.

Segundo Lagos del Campo, as irregularidades foram promovidas por três membros do Comitê Eleitoral, representantes dos empregadores da Ceper-Pirelli, e consistiam na convocação das eleições sem a participação de membros representantes dos trabalhadores, com o

.....
6 Nascido em 21 de fevereiro de 1939, pai de catorze filhos, casado com Teresa Gonzáles Cornejo, trabalhava como operário eletricista no departamento de manutenção da empresa Conductores Eléctricos Peruanos S/A (Ceper-Pirelli).

7 As eleições realizar-se-ão num único dia e sem prejuízo do horário de trabalho, seguindo o procedimento indicado no regulamento aprovado pelo órgão competente na matéria. O voto será pessoal, secreto, universal e obrigatório (tradução nossa).

8 Artigo 27 do Decreto-Lei n. 21.789/77 – em vigor à época dos fatos. (PERU, 1977)

propósito de favorecer a eleição de componentes de uma lista elaborada pelos empregadores.

Realizadas as eleições no dia previsto, dois dias após as denúncias de Lagos del Campo, um grupo de trabalhadores apresentou impugnação ao pleito perante a Direção Geral de Participação do Ministério da Indústria.

Em 09 de junho de 1989, o órgão constatou que o número de votos foi inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do número de membros da Comunidade Industrial e, por essa razão, entendeu fundada a impugnação e determinou a convocação de um novo processo eleitoral. No mesmo mês, o Comitê Eleitoral, sob a presidência de Alfredo Lagos del Campo, realizou uma convocação para o dia 27 de junho, com a finalidade de coordenar a realização de uma nova eleição, nos termos da determinação da Direção Geral de Participação do Ministério da Indústria.

Em junho de 1989, durante seu mandato como Presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial, Alfredo Lagos del Campo concedeu entrevista a um jornalista da revista *La Razón* e tornou pública a denúncia de fraude eleitoral. Por esse motivo, o Gerente Geral da empresa Ceper-Pirelli, através de carta notarial, acusou Lagos del Campo nos termos do artigo 5º da Lei 24.514, que considera justa causa para demissão o descumprimento injustificado das obrigações trabalhistas, a indisciplina grave e a falta grave de palavra contra o empregador. Entendeu, portanto, que não era viável continuar o vínculo laboral com Lagos del Campo, visto que as afirmações do trabalhador sobre as eleições no âmbito da Comunidade Industrial eram particularmente graves.

Como consequência da demissão,⁹ Lagos del Campo foi proibido de entrar na empresa e impedido de participar da reunião que convocara

.....
9 À época da demissão, Alfredo Lagos del Campo tinha cinquenta anos de idade e catorze filhos, dos quais seis estavam em idade escolar.

para o dia 27 de junho de 1989, na qualidade de Presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial, com o objetivo de tratar das novas eleições. Além disso, não pôde mais acessar os benefícios da seguridade social, que dependiam do seu emprego.

Um mês depois, Alfredo Lagos del Campo apresentou demanda contra a empresa Ceper-Pirelli perante a Décima Quinta Vara do Trabalho de Lima, na qual requereu que a demissão fosse considerada injustificada. Alegou que a sanção aplicada, além de injusta, consistiu em “una grave violación a su derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento, que garantiza la Constitución, configurando asimismo una grave interferencia a las actividades de orden comunero y sindical¹⁰”. (CIDH, 2017)

Como resultado, obteve a procedência do seu pedido em 05 de março de 1991. A empresa recorreu e, em 08 de agosto de 1991, o Segundo Tribunal do Trabalho de Lima reformou o julgamento de primeira instância, oportunidade em que reconheceu como legal e justificada a demissão do trabalhador. Alguns recursos foram interpostos por Lagos del Campo, mas todos foram improvidos ou declarados inadmissíveis.

Esgotadas as instâncias internas do Estado peruano, restou ao trabalhador demitido recorrer ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o processo tramitou de 1998 (quando Lagos del Campo apresentou sua petição de responsabilização do Estado peruano pela falta de proteção aos seus direitos como representante dos trabalhadores) a 2015 (quando a Comissão aprovou o Informe n. 27/15). Em novembro de 2015, a Comissão decidiu enviar o caso à Corte Interamericana, onde tramitou até agosto de 2017, quando proferida a sentença.

.....
10 Grave violação do seu direito à liberdade de opinião, expressão e difusão do pensamento, garantido pela Constituição, constituindo também uma grave ingerência nas atividades comunitárias e sindicais (tradução nossa).

O mérito

A Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou, no mérito do caso *Lagos del Campo vs. Peru* (CIDH, 2017, p. 26–60), a suposta violação de um rol direitos previstos no Pacto de San Jose da Costa Rica, com destaque para a liberdade de pensamento e de expressão,¹¹ as garantias judiciais,¹² a liberdade de associação¹³ e a estabilidade laboral.¹⁴

Quanto à liberdade de pensamento e de expressão, a Corte reconheceu a sua aplicabilidade no âmbito trabalhista, razão pela qual o Estado, além de respeitar, deve garantir que os trabalhadores e – principalmente – os seus representantes possam exercê-lo. Ademais, entendeu que Alfredo Lagos del Campo apresentou suas declarações na condição de representante dos trabalhadores, enquanto Presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial.

A Corte considerou, ainda, que a divulgação de informações concernentes ao ambiente de trabalho, geralmente, possui um interesse coletivo, seja para os próprios trabalhadores da empresa, seja para todo

-
- 11 Dispõe o artigo 13.1 da Convenção: “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.” (BRASIL, 1992)
 - 12 Dispõe o artigo 8.1 da Convenção: “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.” (BRASIL, 1992)
 - 13 Dispõe o artigo 16.1 da Convenção: “Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.” (BRASIL, 1992)
 - 14 Dispõe o artigo 26 da Convenção: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” (BRASIL, 1992)

o grupo de membros representados pelas Comunidades Industriais. Logo, por se tratar de informações de interesse público, demandavam um nível ainda maior de proteção por parte do Estado.

O fato de as declarações serem publicadas na revista *La Razón* não retira destas o caráter informativo a respeito das supostas violações que afetaram os interesses dos trabalhadores, tampouco confere o caráter injurioso, difamatório, vexatório ou doloso contra alguém em especial ou contra a própria empresa (CIDH, 2017, p. 38), apesar das fortes palavras¹⁵ escolhidas por Lagos del Campo para denunciar as irregularidades.

Para a Corte Interamericana, a decisão pronunciada pelo Segundo Tribunal do Trabalho peruano careceu de motivação suficiente na análise dos direitos envolvidos e dos argumentos das partes e da decisão revogada, o que provocou um impacto direto no direito do trabalhador ao devido processo e, conseqüentemente, a violação ao artigo 8º da Convenção Americana.

Além da violação ao devido processo, a decisão internacional reconheceu que o acesso à justiça também fora prejudicado, visto que, internamente, Alfredo Lagos del Campo interpôs cerca de sete recursos judiciais, dentre outros requerimentos, a fim de resguardar os seus direitos individuais e sociais, sendo todos integralmente indeferidos por motivos de ordem processual. Sobre a baixa efetividade das instâncias internas na proteção dos direitos do trabalhador, assinalou a Corte:

[...] que a ausência de um recurso efetivo contra violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma violação da mesma pelo Estado Parte. A este respeito, deve-se enfatizar que, para que tal recurso exista, não é suficiente que ela seja previsto pela Constituição ou pela lei ou que seja formalmente admissível, mas que seja realmente apto a reconhecer se uma

.....
15 "Chantagem", "coerção", "ameaça" e "fraude" são alguns exemplos.

violação aos direitos humanos foi cometida e prover o que for necessário para remediá-la. Aqueles recursos que, devido às condições gerais do país ou mesmo devido às circunstâncias particulares de um determinado caso, são ilusórios, não podem ser considerados efetivos.¹⁶ (CIDH, 2017, p. 60, tradução nossa)

Por essas razões, constatou-se que tanto o devido processo quanto o acesso à justiça, relevantes garantias judiciais estabelecidas na Convenção Americana, foram violados pelo Estado peruano no caso *Lagos del Campo vs. Peru*.

Com relação à liberdade de associação, a Convenção Americana de Direitos Humanos, através do artigo 16, prevê a sua aplicabilidade a organizações com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.¹⁷ Por essa razão, o direito de associar-se livremente não se restringe à seara sindical, mas estende-se ao âmbito da Comunidade Industrial, visto que se trata de organização com finalidade de representação dos interesses legítimos dos trabalhadores.

No caso em análise, a Corte entendeu que houve violação ao direito do trabalhador à livre associação, visto que, a partir da demissão de Alfredo Lagos del Campo, não mais lhe foi autorizado o exercício da representação dos trabalhadores através do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial, tampouco pôde participar da reunião que ele mesmo convocara antes de ser demitido.

.....

16 “[...] que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que este previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”. (CIDH, 2017, p. 60)

17 Artigo 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (BRASIL, 1992)

Além de reconhecer a violação ao direito do indivíduo, a Corte ainda ressaltou que a liberdade de associação é um direito bidimensional, cujo alcance recai também sobre os integrantes do grupo que pretendem realizar as finalidades da organização e beneficiar-se delas. (CIDH, 2017, p. 53) De um lado, o indivíduo tem o direito de exercer o seu mandato na organização e, do outro lado, a coletividade tem o direito de ser representada pelo líder da organização.

Dessa forma, a violação ao direito individual gera consequências diretas ao direito da coletividade, razão pela qual a Corte Interamericana reconheceu que a demissão de Alfredo Lagos del Campo afrontou não só o seu direito individual à livre associação, mas também o direito dos trabalhadores à representação pelo Presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial.

Ademais, a Corte entendeu que a demissão de Lagos del Campo ocorreu em represália à sua forma de atuação na representação dos trabalhadores e, portanto, o ato seria capaz de provocar um efeito intimidador nos demais membros da organização.

Por fim, analisa-se o direito à estabilidade laboral, com base no dispositivo da Convenção Americana que prevê o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁸

De início, a Corte reconhece a interdependência, a indivisibilidade e a equivalência hierárquica entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos, nos seguintes termos:

Esta Corte reiterou a interdependência e a indivisibilidade existentes entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que devem ser entendidos de forma abrangente e conglobada como direitos humanos, sem hierar-

.....
18 Artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (BRASIL, 1992)

quia entre si e exigidos em todos os casos ante as autoridades competentes para tanto.¹⁹ (CIDH, 2017, p. 46, tradução nossa)

Verifica-se, ainda, a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais como premissa para a análise da violação ao direito à estabilidade do trabalhador Alfredo Lagos del Campo, embora nem os representantes, nem a Comissão Interamericana tenham se referido de forma expressa à violação desse direito, especificamente, à luz do Pacto de San Jose da Costa Rica. Ainda assim, em virtude da constante menção à estabilidade e ao fato de o Estado peruano estar ciente dessa pretensão desde as primeiras instâncias, a Corte reconheceu a sua competência, com base na Convenção Americana e no princípio do *iura novit curia*, para apreciar e julgar a matéria.

Como fundamento, além da Convenção Americana, a Corte mencionou a Carta da Organização dos Estados Americanos,²⁰ a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem²¹ e a legislação interna

.....
19 "Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello". (CIDH, 2017, p. 46)

20 Dispõem os artigos 45.b, 45.c e 46 da Carta da OEA: "45.b. O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar. 45.c. Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação. [...] 46. Os Estados membros reconhecem que, para facilitar o processo de integração regional latino-americana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos, e convêm em envidar os maiores esforços com o objetivo de alcançar essa finalidade." (BRASIL, 1945)

21 Dispõe o artigo XIV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem: "Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

do Estado peruano. O próprio Pacto de San Jose da Costa Rica prevê que nenhuma das suas normas pode ser interpretada no sentido de excluir ou de limitar os efeitos produzidos pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ou por qualquer outro documento internacional de mesma natureza.²²

O direito à estabilidade laboral consiste na proteção contra a demissão injustificada, motivo pelo qual o Estado deve garantir o acesso à justiça e o devido processo legal àquele trabalhador que foi despedido arbitrariamente pelo seu empregador. Não se trata de garantia ilimitada de permanência no emprego, mas de exigência de justa causa, mediante procedimento com ampla defesa e contraditório, para a demissão do trabalhador do setor privado.

No caso de Alfredo Lagos del Campo, a demissão arbitrária, sem motivo justificado, foi amparada pelas instâncias internas do Estado peruano. Nenhuma medida foi tomada pelo Estado para proteger o seu direito à estabilidade laboral, seja com o propósito de reintegrá-lo na função que exercia, seja com a imposição de uma indenização pelos danos profissionais e pessoais causados ao trabalhador. Sem emprego, sem indenização, sem pensão e sem a possibilidade de representar os trabalhadores no Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial, ficou demonstrada, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a violação ao artigo 26 da Convenção, que dispõe acerca da necessidade do desenvolvimento progressivo dos direitos sociais. (CIDH, 2017, p. 51)

Como resultado, a Corte reconheceu, por unanimidade, que o Estado peruano foi responsável pela violação aos direitos à liberdade de pensamento e de expressão e às garantias judiciais, previstos nos artigos 13.2 e 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por

Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família." (OEA, 1948)

22 Artigo 29.d da Convenção Americana de Direitos Humanos. (BRASIL, 1992)

maioria de cinco votos a dois,²³ a Corte também reconheceu que o Estado peruano violou o direito à liberdade de associação e à estabilidade laboral, previstos nos artigos 16 e 26 da Convenção.

Ao final, determinou a publicação da sentença e do seu resumo oficial pelo Estado peruano e condenou-o ao pagamento de indenização por danos materiais, inclusive os lucros cessantes pelos salários que deixou de perceber – além da pensão e dos benefícios sociais – e por danos morais, em virtude dos prejuízos de natureza pessoal e familiar decorrentes da demissão injustificada. Também condenou o Estado peruano ao pagamento das despesas processuais e do Fundo de Assistência Legal para as Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de restabelecer o valor dispendido durante o trâmite do processo.

Constata-se, portanto, que a sentença proferida em agosto de 2017 no caso *Lagos del Campo vs. Peru*, ao estabelecer uma condenação específica com base no desenvolvimento progressivo do artigo 26 da Convenção Americana, inaugurou a efetiva justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais na Corte Interamericana de Direitos Humanos e criou importante paradigma para os casos posteriores.

Diante da baixa efetividade dos direitos sociais no âmbito interno dos Estados, em virtude dos diversos motivos analisados anteriormente, o novo posicionamento do sistema regional americano de proteção aos direitos humanos emerge como uma ponta de esperança quanto à realização concreta dessa espécie de direitos, tão relevante quanto os direitos civis e políticos, mas tão preterida em termos de aplicabilidade.

.....
23 Vencidos os juízes Eduardo Vío Grossi e Humberto Antonio Sierra Porto.

Conclusão

Diante do recorrente fracasso do Estado na tarefa de promover, internamente, os direitos econômicos, sociais e culturais, este artigo buscou, a partir do caso-paradigma *Lagos del Campo vs. Peru*, apresentar a ordem jurídica internacional como instância apta a suprir a deficiência da prestação interna. Nos termos da inédita decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, defende-se que os direitos sociais são justiciáveis e que os Estados podem ser condenados, internacionalmente, pela violação específica a essa espécie de direitos humanos.

Cumpra aos Estados respeitar o princípio da dignidade e promover as condições necessárias para viabilizar a vida digna da sua população. Em um primeiro aspecto, a abstenção estatal é suficiente para a garantia dos direitos civis de liberdade e, diante da baixa exigência prestacional desses direitos, não enfrenta grandes problemas de concretização. Já no segundo aspecto, relativo à função provedora do Estado, a sua postura positiva de realização dos direitos sociais esbarra em alguns entraves, sobre os quais se destacam três argumentos relevantes, embora conservadores: a baixa densidade normativa dos direitos sociais, o alto custo para a efetivação dos direitos sociais diante da reserva do possível e a separação dos poderes como óbice à justiciabilidade.

Os argumentos que envolvem a questão da baixa densidade normativa dos direitos sociais defendem a inviabilidade da sua aplicação direta ao caso concreto, sob o discurso de que são direitos negativos e, portanto, não justiciáveis. Todavia, a distinção conceitual entre direitos civis e políticos em face dos direitos econômicos, sociais e culturais não se sustenta, devido à existência de obrigações tanto de teor positivo quanto de teor negativo pertencentes a ambas as espécies de direitos. No plano teórico, não existe qualquer diferença operacional entre elas. Assim como os direitos civis e políticos, os direitos sociais

podem ser postulados individual ou coletivamente, não configuram meras aspirações, pretendem concretizar-se de forma plena, mas jamais alcançarão a plenitude, em virtude do dinamismo e da complexidade das relações sociais.

Quanto à limitação dos recursos disponíveis para a realização prática dos direitos sociais (reserva do possível), o que, de fato, é capaz de impedir a efetivação de um direito é a opção política de não se gastar com ele, e não a escassez de recursos. O argumento da exaustão orçamentária apenas serve para camuflar as más escolhas da Administração, que abandonam determinados direitos em detrimento de outras opções de gastos públicos. Nesse caso, o mau planejamento administrativo é substituído pela atuação judicial, uma vez que, para a concretização de direitos fundamentais, de aplicabilidade direta e imediata, as políticas públicas precisam ser judicializadas.

A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais esbarra, ainda, no argumento de reserva do legislador e do administrador, que consiste na ausência de legitimidade dos juízes, em razão da forma da investidura no cargo e da noção de separação dos poderes. Ocorre que, se a Constituição é resultado da democracia atuante inicial (Assembleia Constituinte), a legitimação democrática do Poder Judiciário pode ser encontrada no próprio Poder Constituinte originário, que produz a Constituição, visto que lhe foi atribuída a missão de falar, em última instância, em nome daquele Poder.

No plano internacional, são redefinidos os limites da noção tradicional de soberania estatal, visto que, diante da omissão ou da falha dos Estados em proteger os direitos humanos, restará aos órgãos internacionais o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos. É imprescindível, para a eficácia das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, que os Estados sejam responsabilizados pela violação a esses direitos.

Ao Estado, cabe preservar os direitos humanos e garantir o seu exercício integral. Quando o Estado descumpre o seu papel, faz-se necessário

o reconhecimento da justiciabilidade internacional dos direitos humanos, civis ou sociais, visto que são espécies indivisíveis e complementares. Para a efetivação internacional dos direitos sociais, os tribunais atuam no âmbito jurisdicional, enquanto os organismos internacionais atuam através da análise de relatórios dos países em relação ao cumprimento desses direitos e da edição de recomendações em matéria social.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 26, dispõe sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais e estabelece que os Estados devem adotar as medidas necessárias para proteger e para promover, de forma gradual e consistente, esses direitos. A partir do dispositivo, constata-se que são vedadas a regressividade e a inércia estatal em matéria social, pois o desenvolvimento progressivo demanda um caminhar para frente, através da promoção de políticas públicas efetivas.

A progressividade exigida não é absoluta, razão pela qual o Estado pode afastá-la, desde que justifique razoável e objetivamente a necessidade de regredir. Se o retrocesso não se justificar de maneira suficiente, deve-se garantir a justiciabilidade internacional, através da demanda aos sistemas de proteção aos direitos humanos – no caso brasileiro, ao sistema interamericano. Diante da deficiente aplicação prática dos direitos sociais no âmbito interno dos Estados, emerge a necessidade de uma atuação firme das cortes internacionais, não apenas de forma indireta, mas também através da justiciabilidade direta, como ocorreu no julgamento do caso *Lagos del Campo vs. Peru*, primeira condenação específica da Corte Interamericana de Direitos Humanos com base na violação a direitos sociais.

O caso envolve a demissão arbitrária de Alfredo Lagos del Campo, que fora presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli, no Peru. Na qualidade de presidente de um órgão representativo dos trabalhadores, Lagos del Campo denunciou publicamente situações de irregularidades nas eleições da Comunidade Industrial, acusou membros da direção da empresa de fraudarem o

processo eleitoral para a satisfação de interesses particulares e, por esse motivo, foi demitido.

A demissão arbitrária foi amparada pelas instâncias internas do Estado peruano e nenhuma medida foi tomada pelo Estado para proteger o trabalhador. Por esse motivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a violação a diversos direitos previstos no Pacto de San Jose da Costa Rica, dentre os quais consta o direito à estabilidade laboral, e, como premissa para tanto, reconheceu, também, a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Se, de um lado, a baixa efetividade dos direitos sociais permanece como uma realidade no âmbito interno dos Estados, em virtude dos entraves apontados e discutidos ao longo deste trabalho, o novo posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotado a partir do caso *Lagos del Campo vs. Peru*, apresenta-se, de outro lado, como uma alternativa para a efetiva aplicação desses direitos, através da sua justiciabilidade direta.

Em que pese a crescente previsão normativa dos direitos sociais, não é suficiente proclamá-los. É necessário tornar os direitos sociais uma realidade e, com esse objetivo, a colaboração recíproca entre os Estados e os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos desponta como um poderoso instrumento de efetivação, assim como uma engrenagem, que depende de todas as peças para manter o bom funcionamento. Portanto, embora não seja o único elemento capaz de garantir o equilíbrio do sistema, a justiciabilidade dos direitos sociais é imprescindível para aperfeiçoar a tutela social e para promover o desenvolvimento humano.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; ROSSI, Julita. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la CADH. *Estudios Socio-Jurídicos*, n. 9, p. 34-53, 2007.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Quaestio iuris*, v. 4, n. 1, p. 488-512, 2011.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 22 out. 1945.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*. Informe n. 27/09. Caso 12.249. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/ElSalvador12249.sp.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Informe n. 27/15. Caso 12.795. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12795FondoEs.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 30 dez. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Corte Internacional de Justiça. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece*

intervening). 2018. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/143>. Acesso em: 19 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Corte Internacional de Justiça. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2008-2012*. Nova York, 2015. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-2008-2012-es.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*. Washington, 2015. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp. Acesso em: 8 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 17 dez. 2018.

PERU. *Decreto-Lei n. 18.384*, de 1º de setembro de 1970. Lei Geral das Indústrias. Disponível em: <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/18384-sep-1-1970.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

PERU. *Decreto-Lei n. 21.789*, de 1º de fevereiro de 1977. Lei da Comunidade Industrial. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/Leyes/21789.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALAZAR, Elard Ricardo Bolaños. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a propósito del caso Lagos del Campo vs. Perú. *Gaceta Constitucional*, n. 120, p. 247-261, dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

O ESTADO DEMOCRÁTICO- CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL. AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO DISCURSO JUSFUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dirley da Cunha Júnior

Neoconstitucionalismo, Estado Constitucional e a Constitucionalização do Direito

O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII, a partir dos ideais iluministas da limitação do poder por meio da lei, permaneceu inquestionável entre nós até meados do século XX, ocasião em que se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a legitimidade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política.

Esse pensamento, que recebeu a sugestiva denominação de “neoconstitucionalismo”, proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o *Estado Constitucional de Direito*.

Essa mudança deveu-se, notadamente, em razão do fracasso político do modelo de Estado Legislativo de Direito, no âmbito do qual o mundo, pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocado pelo holocausto que exterminou milhões de judeus, pelos nazistas, entre 1939 e 1945, nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista.

Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do *Estado Legislativo de Direito*, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de validade do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido *posta* por uma autoridade dotada de competência legal. (FERRAJOLI, 2003, p. 16)

O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica*,¹ a justificar a mudança de paradigma do *Estado Legislativo de Direito* para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito, opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de

.....
1 Sem embargo, é forçoso reconhecer que, como anota Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo, seja em sua aplicação prática como em sua dimensão teórica, é algo que está por vir. Não se trata, como afirma o autor, de uma teoria consolidada. (CARBONELL, 2003. p. 11)

modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli (2003, p. 18), a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora também da validez, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlatas umas, aos direitos de liberdade, e outras, aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas.

Além disso, o neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde). (BARCELLOS, 2005)

O neoconstitucionalismo, portanto – a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização

dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas –, deu início, na Europa, com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil, a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da *constitucionalização do Direito*, a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.

Com a constitucionalização do Direito, evidencia-se a posição de proeminência dos textos constitucionais, que passam a influenciar todos os setores da vida política e social em Estado Democrático. Na formulação conceitual de Guastini (2003, p. 49), a constitucionalização do Direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente *impregnada* pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais.

O referido autor chega a apresentar uma lista de sete condições para a caracterização do fenômeno da constitucionalização do Direito, a saber: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia judicial da Constituição; 3) a força normativa da Constituição; 4) a sobreinterpretação da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a Constituição; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. (GUASTINI, 2003)

Ademais, foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, o reconhecimento da *força normativa dos princípios*, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e os demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência ao filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A emergência do *neoconstitucionalismo* logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão *normativo-axiológico* das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica

material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente *substancialista* preocupada com a realização dos valores constitucionais.

Em síntese perfeita, Luís Roberto Barroso (2005) apresenta a contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional contemporâneo:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005, p. 123, grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988 inaugura no Brasil um Estado Constitucional de Direito fundado na prevalência da Constituição e dos valores democráticos. (BRASIL, 1988) Dá início a uma nova era: a era do respeito à dignidade da pessoa humana e da afirmação dos direitos fundamentais, como valores supremos e indispensáveis à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Outrora considerada apenas um valor, um sentimento de reconhecimento a ensejar mera expectativa de respeito e apreço, a dignidade da pessoa humana, na atual quadra, foi alçada à categoria normativo-constitucional fundamentadora da organização do Estado e justificadora de seus fins.

A dignidade da pessoa humana torna-se um princípio jurídico positivado na Constituição brasileira de 1988 e em quase todas as Constituições do mundo após a Segunda Grande Guerra. Apresenta-se como um *valor normativo supremo* de toda sociedade, fundamento ético e jurídico sobre o qual assenta o edifício estatal, fonte de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, que estabiliza o poder e garante as liberdades, que condiciona a legitimidade da atividade estatal e emancipa o homem. Por essa razão, toda pessoa humana é *necessariamente* merecedora de respeito e consideração, sendo o *fim em si mesmo* e o centro em torno do qual devem gravitar todas as políticas públicas indispensáveis à garantia de condições *existenciais mínimas* para uma vida feliz.

De fato, preocupada em proporcionar a plena felicidade e a solidariedade entre as pessoas, a *Norma das normas* eleva a pessoa humana ao fundamento maior do Estado e à centralidade do sistema jurídico-político. E isso tem um significado importante, na medida em que todos os fenômenos jurídicos, sociais e políticos devem ser compreendidos e decididos a partir da necessidade de proteção da pessoa humana e da exigência de se garantir um sentimento de solidariedade entre as pessoas.

Essa evolução de paradigma, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais, tem propiciado o fortalecimento da posição, há muito sustentada por nós, em defesa do reconhecimento de um direito fundamental à efetividade da Constituição e do controle judicial das políticas públicas. (CUNHA JÚNIOR, 2007a; 2007b; 2008)

Nos tópicos a seguir, parte-se para a investigação, conduzida sob os auspícios do neoconstitucionalismo e do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, das possibilidades e limites da efetividade do discurso constitucional. Abordar-se-á, assim, com base no direito fundamental à efetivação da Constituição, a eficácia dos direitos fundamentais, assim como o renovado papel do Poder Judiciário na sua atividade de concretizar tais direitos.

O direito fundamental à efetivação da Constituição e a aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais

A partir da implementação do Estado Constitucional de Direito e da concepção da Constituição como *norma jurídica fundamental*, dotada de *supremacia jurídica*, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é provida de *eficácia jurídica*, apenas variando sua carga eficaz, ora para mais, ora para menos, consoante ao grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isso significa que, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

Assim, não se pode sustentar que todas as normas da Constituição têm imediata e direta aplicabilidade, ficando reservada essa virtude tão somente àquelas que desfrutam de uma plena eficácia jurídica, o que significa dizer que, se por um lado todas as normas constitucionais são providas de eficácia jurídica, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicação direta e imediata.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação *imediata*, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar-se a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional,

seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte.

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerarmos as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos (funções de defesa e de prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da Constituição, uma vez que esses fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isso seja fato, afirme-se, desde já, a posição adotada por este trabalho, que defende, à luz de um *direito fundamental à efetivação da Constituição* (CUNHA JÚNIOR, 2008), a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação representará, decerto, algumas dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Mas olvidar as dificuldades não obsta que elas se apresentem. Por isso, no próximo item será examinada a aplicação imediata das normas dos direitos de defesa e de prestação. Tecemos, por ora, apenas as linhas gerais da posição aqui firmada.

Com efeito, consoante prevê a inovadora disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988) A nossa Constituição, dessa forma, alinhando-se ao modelo já consagrado em outras Constituições, como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949, (art. 1º, nº 3)², a Constituição de Portugal, de 02

.....
2 Artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da Alemanha: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”. (ALEMANHA, 1988)

de abril de 1976 (art. 18º, n. 1)³ e a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978 (art. 53º, nº 1)⁴, e sob a inspiração delas, acolheu em seu texto, de forma inédita, o princípio da *aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais*. Na doutrina, ainda não há consenso acerca do significado e alcance da disposição em comento, pairando a seu respeito fértil testilha entre os autores que se dispuseram a enfrentar o tema.

Impõe-se, desde logo, definir o alcance do preceito em exame, para descortinar se ele é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo ou até mesmo fora da Constituição), ou se limita-se aos direitos previstos tão somente no art. 5º e seus incisos, da Constituição Federal, sobretudo em razão de ele se situar topograficamente em um dos parágrafos deste artigo 5º, o que pode sugerir, a princípio, um alcance restrito aos direitos contemplados por aquela disposição. Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário).⁵ Isto se dá não só porque o art. 5º, § 1º refere-se textualmente aos direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “*direitos e garantias fundamentais*” – sem discriminá-los, mas também por conta

.....
3 Artigo 18º, n. 1, da Constituição de Portugal: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. (PORTUGAL, 1976)

4 Artigo 53º, n. 1, da Constituição da Espanha: “Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos. [...]”. (ESPAÑA, 1978)

5 No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 240) e Flávia Piovesan (2003, p. 90). Em sentido contrário, recente obra de João Pedro Gebran Neto, onde sustenta que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos. (GEBRAN NETO, 2002, p. 158 et seq.) Esse último autor é seguido por Sergio Fernando Moro (2001, p. 73).

de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.

Efetivamente, num exame contextual e finalístico da Constituição, percebemos, sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais se submetem ao mesmo regime jurídico-constitucional, *em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza*. A Constituição Brasileira de 1988, apesar de ter recebido forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, não seguiu os passos desta, que fixou distintos regimes jurídico-constitucionais (arts. 17 e 18 da CRP) para os direitos, liberdade e garantias do Título II e para os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III, estabelecendo que o princípio da aplicabilidade imediata só alcance os primeiros. Assim, onde houver uma norma definidora de direitos fundamentais, nela há de repousar a ideia de que sua aplicação se dá de forma direta e imediata. Mas em que consiste essa aplicabilidade imediata, ou ainda, em que medida uma norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata? Se do ponto acerca da abrangência dessa norma a todos os direitos fundamentais não há muita controvérsia; porém, concernente ao significado e conteúdo do princípio da imediata aplicação dessas normas não falta controvérsia.

Na doutrina, vigem duas posições extremadas. Uma entende que o art. 5º, § 1º, da CF não pode atentar contra a *natureza das coisas*, de modo que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo;⁶ e outra, situada em extremo oposto, defende a imediata e

.....

6 Nesse sentido, por todos, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a intenção que animou o Constituinte a inscrever na Constituição a cláusula da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais é compreensiva e louvável, uma vez que tem por objetivo evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Contudo, afirma o autor: "Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas". Em seguida, arremata o autor: "Ora, de duas uma, ou

direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa. (GRAU, 1997, p. 311)

A primeira posição, decerto, não pode ser aceita, pois não parece corresponder à vontade do Constituinte. Assim, não compartilhamos o entendimento segundo o qual é desnecessária a norma do art. 5º, § 1º, da CF porque, segundo defende-se essa posição, contém fórmula desprovida de conteúdo, na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, pois, do contrário, estaria-se atentando contra a *natureza das coisas*. Essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e digno de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar. Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito contido no § 1º do art. 5º é ir, aí sim, contra a natureza jurídica das coisas. É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao dispositivo em comento, a ele recusando o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou.

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 164), comentando o art. 18º/1º da Constituição Portuguesa, que serviu de referência para a adoção do nosso art. 5º, § 1º, sustentam que os preceitos que versam sobre os direitos, liberdades e garantias são, para além de normas preceptivas, normas de *eficácia imediata*, sendo diretamente aplicáveis, no sentido de que essas normas se aplicam mesmo

a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês". (FERREIRA FILHO, 2012, p.100)

na *ausência de lei*. Canotilho, em obra individual, reitera essa ideia, quando destaca que a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais significa

[...] a rejeição da ‘ideia criacionista’ conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos ‘direitos fundamentais dentro da reserva de lei’ para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*. (CANOTILHO, 1997, p. 1104, grifo no original)

O referido autor conclui afirmando que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal, os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

José Carlos Vieira de Andrade, também se pronunciando sobre o referido dispositivo constitucional português, que consagra o princípio da imediata aplicação das normas que versam sobre direitos, liberdades e garantias, defende que esse princípio, exatamente por ter a finalidade de revelar a aplicabilidade imediata dessas normas, independentemente de qualquer medida concretizadora, constitui um *plus* em relação ao princípio da constitucionalidade, valendo

[...] como indicador da exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua ‘perfeição’, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa. (ANDRADE, 2001, p. 256-257)

Percebemos, pois, do pensamento do autor, que o juiz está autorizado a proceder a mediação necessária para aplicação imediata dos direitos fundamentais. Enfim, para o citado autor,

[...] nos termos do n. 1 do art. 18, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias. (ANDRADE, 2001, p. 140)

Na doutrina espanhola, colhemos a importante opinião de Eduardo García de Enterría (1983, p. 73),⁷ segundo o qual o art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola – que adota, igualmente, cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e tem o mesmo significado do art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental de Bonn em que se inspirou – acrescentou um *plus* às normas definidoras de direitos fundamentais, que consiste justamente no fato de que tais direitos têm o caráter de direito *diretamente aplicável*, sem necessidade de intermédio do legislador.

Igualmente inescurecível a posição de Medina Guerrero (1996, p. 04), para quem esse mesmo art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola produz duas consequências, quais sejam, a de impor à administração

.....
7 É necessário esclarecer que, na Espanha, por força do art. 53, 3, da Constituição – situação que não existe no Brasil nem tem paralelo com o direito constitucional brasileiro – o princípio da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais não alcança os “principios rectores de la política social y económica”. Assim, segundo o próprio autor, o art. 53, 3, da Constituição Espanhola “condiciona la aplicabilidad judicial de los ‘principios rectores de la política social y económica’ a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo” (p. 73). Em tradução livre: “condiciona a aplicabilidade judicial dos ‘princípios orientadores da política social e económica’ ao seu desenvolvimento pelo Direito, condição não exigida para a aplicação das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais aludidos no mesmo artigo”. No mesmo sentido: (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, p. 54-61)

e aos tribunais a imediata concretização dos direitos fundamentais, sem necessidade de mediação legislativa e a de vincular o legislador à Constituição, criando uma sujeição tanto na perspectiva negativa – importando na vedação ao legislador de autorizar qualquer intervenção dos poderes públicos que não esteja constitucionalmente fundamentada – quanto na perspectiva positiva – importando na determinação para que o legislador desenvolva plenamente a eficácia dos direitos fundamentais.

Finalmente, na literatura jurídica alemã, apreendemos do pensamento de F. Müller que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais revela que esses direitos estão especialmente reforçados nos seus âmbitos normativos, de modo que, em “virtude de sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias”. (MÜLLER, 2000, p. 78-79)

Na doutrina nacional, temos os escólios de Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, para citar apenas alguns autores brasileiros que enfrentaram, com agudeza, o tema, defendendo a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da intermediação legislativa.

Para Eros Grau (1997, p. 315-316),⁸

[...] o juiz não é, tão-somente, [...], a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administra-

.....

8 Ainda a respeito da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, Grau afirma que essas “normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas. Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir *efetividade jurídica* ou *formal*”. (GRAU, 1997, p. 316).

tiva – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *poder-dever*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

Segundo Piovesan (2003, p. 90-91), a partir desse princípio em comento, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir a máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos. Para tanto, segundo a autora, cabem aos órgãos judiciais

a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

De acordo com Barroso (2000, p. 142-143), ainda que se afirme ser de pouca lógica o princípio em causa, que prevê que as normas constitucionais são aplicáveis, o que é óbvio, haja vista que a Constituição existe para ser aplicada,

[...] parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência

para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil [...].

Compartilhamos, sem dúvida alguma, da doutrina acima exposta. De feito, no seio da Assembleia Nacional Constituinte, quando apresentada a proposta de emenda que culminou com a redação final do art. 5º, § 1º, da CF, e durante a votação em plenário, sustentou o Presidente da Assembléia, Deputado Ulysses Guimarães, ao explicar o sentido da referida emenda, que ela, verdadeiramente, “[...] objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta” (Câmara dos Deputados, 1988)⁹. O Deputado Gastone Righi, um dos idealizadores da proposição, ratificou a manifestação do Presidente da Assembléia, asseverando que: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse” (Câmara dos Deputados, 1988)¹⁰.

Como se observa, era nítida a intenção do Constituinte¹¹ em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infra-constitucional. Nesse particular, cumpre-nos recordar a doutrina de Häberle¹² a respeito da interpretação aberta e pluralista da Constituição,

9 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

10 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

11 Em que pese o direito brasileiro não se alinhar à corrente *originalista* do direito norte-americano, que prestigia a vontade histórica do legislador, é inegável a importância que a investigação histórica tem para a interpretação das normas jurídicas, notadamente das normas constitucionais, servindo de poderoso critério ancilar na atividade do intérprete, desenvolvida na tentativa de apreender o sentido e o alcance da norma.

12 O autor sustenta que a interpretação constitucional dos “órgãos oficiais” não é nem deve ser a única, uma vez que os cidadãos, os grupos de interesses e a opinião pú-

com base na qual podemos afirmar que aqueles debates parlamentares acima sumariados, a respeito da emenda que projetou a redação final do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, *constituíram verdadeira interpretação constitucional*. Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Häberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição –, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a

.....

blica em geral constituem forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes da Constituição, porque: "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição". A interpretação constitucional, para Häberle, é uma atividade que diz respeito a todos. Assim, ele propõe a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, como consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação: "É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista". A propósito do que afirmamos no texto, Häberle lembra, em situação semelhante à acima cogitada, o debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974, que constituiu uma interpretação constitucional antecipada: "Parlamentares tornam-se aqui intérpretes da Constituição". (HÄBERLE, 2002, *passim*)

interpretação do art. 5º, § 1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos.

Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

É necessário deixarmos bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação dos poderes. Hoje não mais se dúvida nem se questiona – pelo menos no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora, que reclama pela renovação da clássica teoria da separação dos Poderes – a capacidade do Poder Judiciário, por meio de uma interpretação construtiva, de *criar* o Direito, de modo que os juízes e os tribunais são considerados autênticos *law-makers*.

Não se ignora, obviamente, a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam, por isso, mediação legislativa (as chamadas normas programáticas), tendo, portanto, em razão dessa função de prestação material social, uma eficácia limitada. Mas, nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata. Elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, em face da vinculação de todos os órgãos públicos (eficácia vertical) e de todos os particulares (eficácia horizontal) aos direitos fundamentais e forte no que dispõem os princípios da aplicação imediata das normas definidoras desses direitos e da inafastabilidade do controle judicial, qualquer órgão do Judiciário encontra-se investido do dever-poder de aplicar imediatamente, diante do caso concreto, as normas de direitos fundamentais, assegurando o pleno gozo das posições subjetivas neles consagradas, seja qual for a natureza e a função desses direitos, e isso se dá independentemente de qualquer concretização legislativa.

Aliás, convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais, uma vez que, segundo aqui defendemos, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, § 1º, combinado com esse mesmo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LINDB, segundo a qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1942)

Impende ressaltar, ademais, que o fato de a norma constitucional definidora de direitos fundamentais remeter ao legislador ordinário a tarefa de regulá-la não afasta o raciocínio aqui desenvolvido. Isso porque, quando tal ocorre, pretende o constituinte tão somente – certamente movido por um sentimento voltado a assegurar maior segurança e certeza – uma regulamentação geral e uniforme desses direitos para todos os seus titulares, decerto mais conveniente para estes. Até porque, a regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial, podendo apenas ser útil pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou

quanto à delimitação frente a outros direitos. (KRELL, 2002, p. 38)
Desse modo, se

[...] o legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não deixa ele, por isso, de ser ‘direito’, e como direito (subjeto) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independente da *interpositio legislatoris*. (HAGE, 1999, p. 53, grifo no original)

Alguns autores, entre eles Ingo Sarlet (2001, p. 248-252), José Afonso da Silva (1998)¹³ e Celso Ribeiro Bastos (1989)¹⁴, procuram uma solução intermediária que, a um só tempo, não neutralize o princípio em causa nem o superestime, haja vista que, muito embora ele se aplique a todas as normas de direitos fundamentais (direitos de

.....

- 13 Segundo o autor, “O Título II da Constituição contém a *declaração dos direitos e garantias fundamentais*, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Isto abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11º. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia e aplicabilidade indireta”. E arremata: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. (SILVA, 1998. p. 165)
- 14 Esse autor, comentando o parágrafo primeiro do artigo 5º, conclui, de forma tímida, que “o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador”. (BASTOS, 1989, p. 393)

defesa e direitos de prestação), há casos em que não se têm como dispensar uma concretização pelo legislador (alguns direitos sociais). Em que pese essa posição reconhecer e emprestar certa dignidade ao princípio em exame, o que a faz merecedora de encômios, é de se ter em conta, todavia, que procurar uma “solução intermediária”, por força de contingências de menor relevância, é reduzir a grandeza do princípio da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, virando as costas ao passado histórico de lutas e conquistas que se desenvolveram no processo de afirmação, a duras penas, dos direitos fundamentais, notadamente quando se tem consciência de que esse princípio veio à tona porque já se tornava evidente que a exigência de uma regulamentação dos direitos punha em perigo a eficácia destes, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo. (CANOTILHO, 1997, p. 1104)

Assim, afirmar que a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tão somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, sustentando, porém, que o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, no qual o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores, hoje incompatível com uma moderna dogmática constitucional transformadora. Hodiernamente, assiste-se, sem dúvida, “à deslocação da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*” (CANOTILHO, 1997, p. 1104). E isso tem propiciado uma mudança paradigmática, que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem

(CLÈVE, 2001, p. 57), podendo ser imediatamente invocados por seus titulares, ainda que haja falta ou deficiência da lei.

Ademais, sustentar que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está condicionado às possibilidades de positivação da norma que os define significa conferir à cláusula em exame apenas uma *eficácia mínima*, que é atributo de *todas* as normas constitucionais, inclusive as programáticas (GEBRAN NETO, 1999, p. 72),¹⁵ independente de expressa previsão.

Portanto, o argumento de que a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, carente de regulação, só opera seus efeitos quando editada a lei que a torne efetiva, significa, em última instância, admitir a transferência da função constituinte do legislador constituinte para o legislador constituído ou ordinário, já que sua omissão retiraria de vigência a norma constitucional.¹⁶

É preciso enfatizar, outrossim, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) e vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.

Concluindo, por ora, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, *que é pressuposta*, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de

.....
15 Gebran Neto, embora sustente que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos, defende, como nós, a imediata aplicabilidade desses direitos, independente de qualquer concretização legislativa.

16 Nesse sentido, bem lembra Jorge Hage, decisão do *Bundesverfassungsgericht* que reconheceu a competência do Poder Judiciário, em caso de omissão do legislador, a "ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais". (HAGE, 1999, p. 72)

enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos.

Fechando este tópico, cumpre-nos deixar patente, na senda crítica de Bobbio, que é “inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados”. (BOBBIO, 1992, p. 37)

O direito fundamental à efetivação da Constituição e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de defesa

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras *posições subjetivas* que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (*liberdade negativa*).

Percebe-se que esses direitos fundamentais, por traduzirem, essencialmente, a exigibilidade de uma *abstenção* por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto à sua direta e imediata aplicabilidade, já que não se estendem a esse grupo de direitos as razões normalmente invocadas contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais (como os limites fáticos impostos pela chamada “reserva do possível” e a falta de legitimação do Poder Judiciário para a definição do conteúdo e alcance das prestações), embora se possa afirmar que no Estado contemporâneo esses direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem

os quais o indivíduo sofre ameaças de sua liberdade. (KRELL, 2002, p. 47) E a prática tem demonstrado que, salvo algumas exceções, esses direitos têm obtido razoável tutela do Poder Judiciário, com a declaração de nulidade de atos dos outros Poderes que violam a esfera juridicamente protegida do indivíduo. E isso se deve, fundamentalmente, como acentua Barroso (2000, p. 107), a duas ordens de razões. Uma, de natureza ideológica, uma vez que os direitos de defesa sempre foram a bandeira do pensamento político burguês que representa, hodiernamente, a classe dominante, de modo que eles traduzem a proteção jurídica dos interesses dessa classe e sua concretização, por isso mesmo, não encontra empecilho de natureza política. E outra, de natureza operacional, na medida em que esses direitos têm por conteúdo, essencialmente, uma abstenção por parte do Estado ou do particular, e sua realização, por conseguinte, não depende de qualquer prestação dos órgãos estatais, para além de ter em seu benefício a própria *lei da inércia*.

Tome-se como exemplos o direito de liberdade de expressão, vedada qualquer censura (CF, art. 5º, IX); o direito à inviolabilidade da casa (CF, art. 5º, XI); o direito de liberdade de locomoção e de não ser preso arbitrariamente (CF, art. 5º, LXI, ou seja, fora dos moldes permitidos pela Constituição); o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); o direito de não ser tributado para fins de confisco (CF, art. 150, IV), entre outros.

Desses direitos fundamentais de defesa, decorrem para o indivíduo uma posição jurídica favorável de exigir do Estado ou de particulares um dever de abstenção da prática de quaisquer atos que venham a afetá-los. E essa exigência se dá independentemente de qualquer atividade do legislador. Nesse caso, a lei pode servir tão só para eventual restrição permitida constitucionalmente ou regulação prática de caráter geral e uniforme.

Nesse sentido, esses direitos podem ser imediatamente usufruídos pelos seus titulares, sendo exigíveis até judicialmente, em caso

de violação, uma vez que se acham aptos, desde logo, a desencadear todos os efeitos jurídicos para os quais estão preordenados.

O direito fundamental à efetivação da Constituição e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais à prestação

As maiores dificuldades na aplicação imediata dos direitos fundamentais manifestam-se aqui, entre os *direitos à prestação*, que têm por objeto uma *conduta positiva* por parte do Estado, consistente, via de regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. É exatamente em razão desse objeto que paira sobre esse grupo de direitos fundamentais forte testilha doutrinária, a revelar os desafios da efetividade dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais a prestações, por não se reduzirem a prestações materiais sociais, compreendem os direitos fundamentais de proteção (no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado) e os direitos à participação na organização e procedimento, de tal modo que os direitos a prestações, como gênero, englobam, como espécies, os *direitos a prestações em sentido amplo* (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito* (que são os direitos a prestações materiais sociais, ou, simplesmente, direitos sociais).

Enfim, os direitos fundamentais como direitos a prestações são aquelas posições jurídicas que habilitam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado

e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações. Vale dizer, são direitos que exercem a função de *status positivus* (na teoria dos quatro *status* de Jellinek), na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa.

Diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais voltados à inclusão social. A questão a ser ventilada neste item do trabalho diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como projeção direta da dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada, até porque *todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.*

A força dirigente e determinante dos direitos fundamentais à prestação, particularmente os direitos sociais, *inverte* o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos transita-se para uma *proibição de omissão*. Quer dizer, com o advento da Constituição dirigente e, com ela, do Estado Social, do direito a exigir que o Estado se *abstenha de interferir* nos direitos do indivíduo, *transita-se* para o direito a exigir que o Estado *intervenha* ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos. (CANOTILHO, 1994, p. 365) Desse modo, a problemática da violação dos direitos fundamentais não se cinge a atos positivos do poder público. Compreende, com acentuado destaque, a falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política. Destarte, como asseverado por Canotilho (1994, p. 363-364, grifo nosso), “a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento: ‘a lei como exigência de realização concreta dos direitos

fundamentais’’. Nesse contexto, avulta a importância de um estudo científico a justificar o controle judicial das omissões do poder público.

Cumprе explicitar que os direitos sociais, para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Daí dizer-se correntemente que os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas, sim, direitos *por meio* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais. Com efeito, na esteira de Böckenförde (1993, p. 74), se com os direitos sociais

[...] a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais; e essa participação nos bens materiais é uma parte da liberdade, dado que é um pressuposto para sua realização. Os Direitos Fundamentais Sociais tendem ao asseguramento dessa participação nos Bens Materiais: o direito ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, etc.

As prestações-objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem, pois, a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação – é certo – depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais se sujeitam a uma *reserva do possível*, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma; mas não somente. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de

positivação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de “direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como “direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de “direitos na medida da lei” (*Massgabegrundrechte*). (Böckenförde, 1993, p. 267)

Essas características gerais ora apontadas dificultam, mas não negam, e jamais podem negar, a judicialização dos direitos sociais. Em razão delas, costuma ser recusada a esses direitos a condição de verdadeiros direitos subjetivos, com o que não se pode, efetivamente, concordar. Essas características dos direitos sociais não têm o condão de obstar ou embaraçar a sua plena e imediata aplicabilidade, como será adiante demonstrado.

Ora, na hodierna dogmática constitucional, com a influência do neoconstitucionalismo, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficaciais distintos. Esses direitos, portanto, “são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra” (MELLO, 1981, p. 255), máxime quando necessários à garantia do padrão mínimo social.

A doutrina vem estabelecendo a distinção entre os *direitos originários a prestações* (ou direitos sociais originários) e os *direitos derivados a prestações* (ou direitos sociais derivados). Assim, enquanto os direitos originários a prestações são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas, que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de concretização legislativa, os direitos derivados a prestações correspondem, na verdade, às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

Esses direitos derivados a prestações têm por propósito garantir, basicamente, a possibilidade de igual participação nas prestações materiais já existentes, com base no princípio da igualdade. Desse modo, inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute desses direitos, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discrimen e a garanti-lo do acesso à prestação desejada. (SARLET, 2001, p. 278-279) Assim, onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada com a propositura da ação adequada. Isso ocorre, por exemplo, quando um hospital público nega o internamento de uma pessoa doente, não obstante a existência de vagas, ou se recusa a fornecer um determinado medicamento.¹⁷

.....

17 O STF vem reconhecendo, nessa hipótese, a existência de direito subjetivo público. Confira-se ementa do acórdão lavrado no RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.2000. EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUIDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO A VIDA E A SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5., CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF) - O direito público subjetivo a saúde representa

Já se percebe, à evidência, que o enfoque a ser dado aqui recai sobre os direitos originários a prestações que, reitera-se, são aqueles que possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer *interpositio legislatoris* – o exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto. São os direitos subjetivos a prestações, ou seja, direitos subjetivos extraídos diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais. De feito, esses direitos proporcionam o reconhecimento, a partir da Constituição, de um direito subjetivo a prestações sociais, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto. Assim, os direitos fundamentais sociais originários a prestações são autênticos direitos subjetivos a prestações. Ou seja, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são fontes de direitos subjetivos e obrigações, e reclamam, por conseguinte, um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário a assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis n.s 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL, 2000)

Os que objetam a existência desses direitos originários a prestações, na condição de direitos subjetivos, e, conseqüentemente, negam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, normalmente invocam, de início, o argumento de que os dispositivos que os preveem são abertos, indeterminados e imprecisos, surgindo daí a necessidade, segundo sustentam, de integração legislativa.

Indiscutivelmente, esse argumento não pode prosperar. Com efeito, a existência de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados não é, e nunca foi, obstáculo à aplicação imediata das normas jurídicas, notadamente das normas jurídico-constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que gozam, por determinação da própria Constituição (art. 5º, § 1º), de plena eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Esse argumento é ainda mais frágil quando, ademais, se tem consciência de que, no sistema jurídico brasileiro, constitui missão indeclinável dos juizes e tribunais – para o fim de assegurar o exercício do direito, dele afastando qualquer tipo de lesão ou ameaça (CF, art. 5º, XXXV) –, a determinação, *in concreto*, do conteúdo e alcance dos preceitos normativos, exatificando os conceitos abertos e integrando as lacunas ou omissões porventura existentes, para tanto, se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º e CPP, art. 126), além de uma atividade de interpretação criativa e concretizadora.

Acrescente-se, ainda, que por mais vago que seja o conceito ou a expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável. É, portanto, puramente ideológico, e não científico, o entendimento que faz depender de lei o exercício dos direitos sociais definidos em termos fluidos ou vagos¹⁸. (MELLO,

.....
18 Mello, à guisa de conclusões genéricas de sua excelente tese, sustenta, definitivamente, que a “existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impediante a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por

1981, p. 245) Muito pelo contrário, parte-se da premissa de que como os direitos sociais são frequentemente definidos em termos muito vagos e fluidos, mostra-se inevitável o elevado grau de criatividade do juiz chamado a interpretá-los. (CAPPELLETTI, 1993, p. 60) A não ser assim, o juiz ou tribunal investido na relevante função de efetivar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo aos fluidos e vagos conceitos reveladores de direitos sociais, ou considerar como não vinculante exatamente o núcleo essencial e central das Constituições contemporâneas, representado pelos direitos fundamentais. Esta última alternativa, evidentemente, mostra-se dificilmente defensável, uma vez que ela implica que os juízes, cuja função essencial é justamente a de proteger os direitos fundamentais, tenham de renunciar a desempenhar o papel de guardiões desses direitos. (CAPPELLETTI, 1993, p. 68)

Ainda alegam os refratários da aplicabilidade imediata dos direitos sociais a necessidade da *interpositio legislatoris* para a conformação do conteúdo e do alcance das prestações que constituem o objeto desses direitos fundamentais. Böckenförde (1993, p. 78), por exemplo, sustenta que as prestações sociais reclamadas pelos direitos fundamentais sociais são tão genéricas que esses direitos não podem fundamentar diretamente pretensões exigíveis judicialmente, não se apresentando, portanto, como direitos imediatamente desfrutáveis pelo cidadão, quando ainda estão no nível da Constituição, antes, pois, de sua conformação legislativa. São, tão somente, direitos sociais derivados à prestação.

Nada mais equivocado. Ora, a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve e pode o Judiciário completar

.....
mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável".
(MELLO, 1981, p. 255)

a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que os direitos são “dotados de força normativa autónoma contra ou na ausência do legislador” (CANOTILHO, 1993, p. 359), e é tarefa constitucional do Judiciário fazê-los aplicar. Se trata-se de direitos fundamentais, seu titular encontra-se imediatamente investido do poder jurídico de exigir, prontamente, pela via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la, até porque “direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe”. (BARROSO, 2000, p. 113-114) Assim, é puramente ideológica, e não científica, a oposição que ainda hoje se faz à efetivação, por via judicial, dos direitos sociais. (BARROSO, 2000, p. 106)

Por último, não se pode concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da *reserva do possível*, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais da pessoa humana, como a vida, a integridade física, a saúde (KRELL, 2002, p. 53) e a educação, por exemplo. Ademais, os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero (KRELL, 2002, p. 54), o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte.

De mais a mais, não se pode aceitar o entendimento de certos autores que só vislumbram os direitos subjetivos a partir dos direitos sociais na sua versão *negativa*, só admitindo aqueles direitos subjetivos quando

o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados. Para tais autores, o direito subjetivo se circunscreve a tão somente impedir que os órgãos do poder formulem atos contrários a esses direitos fundamentais sociais: qualquer lei que atente contra os objetivos dos direitos sociais é inconstitucional, surgindo daí o direito subjetivo de recusá-la.

Há autores, entretanto, que buscam soluções as mais diversas para tentar contornar esses óbices geralmente opostos ao reconhecimento de direitos originários a prestações. Nesse sentido, Christian Starck (1976, p.526 apud SARLET, 2001), apesar de contrário à doutrina dos direitos subjetivos a prestações, admite que, em certos casos, é possível deduzir diretamente das normas constitucionais direitos fundamentais sociais, desde que: a) seja urgente e necessário para assegurar materialmente uma liberdade fundamental; b) seja determinado ou, ao menos, determinável o conteúdo da prestação que lhes constitui objeto, para evitar a obrigatoriedade da intermediação legislativa; e c) exista a garantia dos recursos necessários sem que implique qualquer intervenção nos orçamentos públicos, o que contornaria, simultaneamente, os obstáculos representados pelos limites fáticos da reserva do possível e da falta de competência do judiciário em matéria orçamentária.

Já Rüdiger Breuer (1978, p. 494 apud SARLET, 2001) só admite os direitos originários a prestações quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais. Esse autor, defensor da solução de cunho minimalista, sustenta que os direitos sociais originários somente podem ser reconhecidos se o legislador, a quem cabe, em princípio, a função de garantir um padrão mínimo existencial, descumprir essa sua função, pondo em risco as liberdades fundamentais. Desse modo, ante a necessidade de se assegurar a existência de um padrão mínimo, deve-se reconhecer direitos subjetivos a prestações. E no âmbito de um padrão minimalista não tem aplicação o obstáculo da invasão da competência do legislador.

Também tentando conciliar as diversas posições contrárias e favoráveis acerca do reconhecimento dos direitos originários a prestações, Robert Alexy (2001, p. 494 et seq., tradução nossa),¹⁹ partindo da ideia reitora de que os direitos fundamentais “são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a sua concessão ou não concessão não pode ser deixada a uma simples maioria parlamentar”,²⁰ propõe a inovadora ideia de ponderação entre princípios, sugerindo que, em face do caso concreto, se avalie qual dos princípios em jogo prevalecerá, se o princípio da liberdade real, de um lado, ou os princípios da separação dos poderes e aqueles que asseguram a liberdade de terceiros, de outro, já que nenhum desses princípios assume feições absolutas.

Esse modelo proposto, segundo admite o próprio Alexy (2001, tradução nossa), não especifica quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo, mas apenas quais ele pode vir a ter: “A resposta detalhada a esta pergunta é tarefa da dogmática dos diferentes direitos sociais fundamentais.”²¹ Todavia, é possível dar uma

.....

19 De acordo com o modelo de Alexy, o indivíduo tem um direito *definitivo* à prestação, ou seja, um direito subjetivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos, tomados em seu conjunto. Este é o caso, por exemplo, diz ele, dos direitos fundamentais sociais mínimos, por não terem eles conteúdo objetivo excessivo. Quando os direitos fundamentais dispõem de conteúdo claramente excessivo, eles são direitos *prima facie*, que implicam em deveres *prima facie* para Estado. Isso não significa, entretanto, que não sejam vinculantes: “Sería un error considerar a los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. [...] Para el no cumplimiento de un deber *prima facie*, tiene que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca”. (ALEXY, 2001, p. 500)

20 “Son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria”.

21 “La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales”.

resposta geral, diz Alexy, de tal modo que os direitos subjetivos a prestações deverão ser sempre reconhecidos, quando urgentes e imprescindíveis à garantia material das liberdades fundamentais (liberdade fática), e quando os outros princípios contrapostos sofrerem reduzida e proporcional restrição. Essas exigências estarão, segundo ele, nitidamente satisfeitas no âmbito dos direitos sociais que correspondem a um *padrão mínimo essencial* para uma existência digna, ou seja, os direitos sociais mínimos, de que são exemplos os direitos à saúde e educação. Por esse raciocínio, apreende-se do pensamento de Alexy que os direitos subjetivos a prestações só podem ser reconhecidos se – ponderados os valores em colisão e dentro de uma restrição proporcional dos bens jurídicos em tensão –, restar indubitosa a necessidade de se assegurar uma condição mínima existencial em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Apesar dessas posições conciliatórias, observa-se que os autores citados condicionam o reconhecimento da imediata aplicação dos direitos sociais ao afastamento dos obstáculos normalmente invocados para a negação dos direitos subjetivos a prestações. O que significa, *contrário sensu*, que, não contornados os óbices referidos, o direito não pode ser imediatamente exercido. A proposta aqui defendida, contudo, é no sentido do pleno reconhecimento dos direitos originários a prestações, como condição à efetiva garantia do *mínimo existencial*, razão porque se sustenta a imediata aplicação dos direitos sociais.

As objeções que usualmente são apontadas contra essa imediata aplicabilidade é que não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independentemente da vontade do legislador ordinário. Esclareça-se, porém, que o “mínimo existencial” ou “padrão mínimo social”, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência,

variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país. (KRELL, 2002, p. 63) Assim, a proposta deste ensaio, que se radica em bases científicas, não pode ser confundida com argumentos que se encontram nos extremos do tudo ou nada.

A proposta de Alexy é a que mais se aproxima do que aqui se defende. Com efeito, quando o autor afirma que as objeções que habitualmente se dirigem contra a imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais cedem ante o valor da *dignidade da pessoa humana*, devendo-se, nessa hipótese, admitir os direitos subjetivos a prestações, ou, como ele próprio chama, direitos *definitivos* a prestações, sua compreensão acerca do tema não está longe do entendimento aqui exposto, no sentido de que todos os direitos sociais gozam de aplicação imediata, já que estes, como se viu, são decorrência direta do princípio da suprema dignidade da pessoa humana, que se encontra na base de todos os direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais. A ponderação proposta por Alexy só será indispensável quando houver uma colisão concreta entre os próprios direitos fundamentais. Mas aí já não estamos diante da problemática da aplicação imediata desses direitos, mas, sim, da necessidade de harmonizá-los, a partir de uma relação de precedência condicionada, ante o peso que terão em face do caso concreto, uma vez pressuposta, pois, sua imediata aplicabilidade.

Em suma, considera-se incoerentes com a pretensão de eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais sociais todos os argumentos que correntemente são invocados em desfavor da anuência dos direitos subjetivos a prestações, incluindo aqueles que só os reconhecem na sua versão negativa, ou seja, só admitindo o direito subjetivo a partir dos direitos sociais, quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados.

A toda evidência, não se pode permitir que os direitos fundamentais se transformem, pela omissão do poder público, em simples aspirações, ideais ou esperanças eternamente insatisfeitas ou, ainda, mera

retórica política ou pura proclamação demagógica. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa e plena aplicabilidade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estéreis ante uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora, que tem proporcionado uma radical mudança paradigmática que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam.

Mas a efetividade constitucional, para realizar-se plenamente, também reclama o reconhecimento de um *direito subjetivo à emanção de normas*, que será objeto da análise que se segue.

O direito fundamental à efetivação da Constituição, o direito subjetivo à emanção de normas e o dever de legislar

Se é certo afirmar que o dever jurídico-constitucional do legislador de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais não é, de há muito, objeto de maiores contestações, não menos correto é asseverar que a maior parte da doutrina ainda resiste a reconhecer um direito subjetivo à emanção de normas.²² Para esta doutrina, o cidadão não tem direito a exigir judicialmente a emanção de atos normativos.

Com efeito, a recusa à aceitação desse direito normalmente vem associada a argumentos como: a) a admissão de um direito à

.....
22 Utilizamos a denominação *direito à emanção de normas* ou *à norma* porque é mais extensa do que *direito à legislação*, uma vez que aquela abrange, além das leis, os regulamentos e outros atos normativos.

emanação de normas representaria uma violação ao princípio da separação de Poderes; b) esse direito pressupõe um direito subjetivo do cidadão, que, na hipótese, não existiria porque uma lei ou uma norma infralegal satisfaz, por definição, os interesses da coletividade, daí não se concebendo, portanto, um poder jurídico ao particular; e c) esse direito, ademais, é vazio de sentido porque não é exigível judicialmente, haja vista que os sistemas jurídico-processuais são organizados apenas para proteger o cidadão contra atos, mas não contra *omissões de normas*, cujo dever jurídico de emanação compete a outros poderes.

A separação de Poderes não é nenhum óbice à atuação judicial concretizadora dos direitos fundamentais, sobretudo em face do advento do Estado Social, que introduziu significativas e profundas alterações nas funções clássicas dos três Poderes, confiando ao Poder Judiciário a tarefa de “arquiteto social” desse novo Estado, responsabilizando-o, igualmente, pela efetivação dos postulados da justiça social. Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em *separação*, mas, sim, em *equilíbrio* entre os Poderes.

E nesse sistema de equilíbrio, são adjudicadas ao Poder Judiciário novas funções de controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos, particularmente para garantir o exercício de um direito subjetivo à emanação de normas, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado. Assim, a partir do paradigma do novo Estado Social a caracterizar um Estado Constitucional Inclusivo e, conseqüentemente, do reconhecimento de um conjunto de tarefas a serem desenvolvidas e cumpridas por esse Estado, por imperativos da justiça social, resulta evidente que a satisfação destes “deveres”

estatais condiciona a legitimidade do desempenho das funções do poder público, em especial de suas funções normativas (incluindo as legislativas), cujo controle de legitimidade cumpre, inevitavelmente, ao Poder Judiciário.

Ademais, no âmbito de uma evoluída democracia participativa (fórmula política que o Brasil também acolhe, conforme art. 5º, LXXIII e art. 14, I, II e III da CF/88), que tende a assegurar ao cidadão, cada vez mais, uma ativa participação nos processos de deliberação política, associada ao quadro de um extenso catálogo de direitos fundamentais, é impossível não lhe reconhecer, para além dos interesses da coletividade, uma posição jurídica individual constitucionalmente protegida.

Com efeito, como aponta Canotilho (1994, p. 342-343, grifo no original), a

[...] democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais exigem a garantia de um status activus, de um status positivus e de um status activus processualis e pressupõem que, pelo menos, se presuma que os ‘interesses dignos de protecção’ sejam interesses juridicamente protegidos, e que as ‘vantagens jurídico-objectivamente reconhecidas se considerem, na dúvida, como garantindo um direito subjectivo’, de modo que a ‘exigência da consideração constitucional material dos direitos subjectivos públicos (que aqui se pressupõe) implica que se dê outro passo na configuração constitucional das relações jurídicas objectivas e subjectivas: a autonomização das posições jurídicas subjectivas perante o direito legal objectivo’.

Daí porque a noção clássica de direito subjectivo apresenta-se inadequada neste domínio, pois não reage às necessidades atuais do Direito Constitucional.

Destarte, opera-se agora uma inversão na ordem das dificuldades, posto que, aquelas dificuldades que outrora se agitavam contra o reconhecimento do direito subjectivo à emanação de normas encontram-se

superadas, existindo atualmente, isto sim, dificuldades em sustentar-se exatamente o contrário, isto é, a não aceitação daquele direito subjetivo, sobretudo quando se evidencia que a omissão normativa *impede* o exercício dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, causando-lhes manifesta agressão. E a ofensa a esses direitos, por óbvio, tem repercussão jurídica, e não apenas política, a ensejar certamente a proteção judicial.

Firma-se aqui a posição, no sentido de existir um direito subjetivo público à emanção de normas, que impõe, para os órgãos com competência normativa, o dever de emitir atos normativos, e para o legislador, em especial, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental. Esclareça-se, contudo, que não se trata aí de um simples dever geral de legislação, mas, sim, de um *dever específico de legislar*, que se reconhece pela própria consagração constitucional da categoria jurídica da omissão inconstitucional (CF/88, art. 102, § 2º) e, fundamentalmente, pela força normativa da Constituição, de há muito à margem de qualquer dúvida. Releva enfatizar, na senda de Canotilho, que a própria omissão inconstitucional de um ato normativo terá virtualidades para garantir o reconhecimento do direito subjetivo à emanção de normas. (CANOTILHO, 2001, p. 120)

Assim, assiste ao cidadão, além do direito fundamental material definido na norma constitucional, o direito subjetivo à regulação legislativa (ou normativa, para sermos mais amplos), por meio da emissão da lei ou da norma necessária à efetivação constitucional. É como se a norma constitucional carente de regulação encerrasse dois comandos: a) o comando reconhecedor do direito material e b) o comando determinador da regulação. O dever de legislar, entretanto, pode consistir tanto na obrigação de regular norma constitucional carente de normatização como na obrigação de substituir, norma ou lei insatisfatória e incompleta, por outra que atenda integralmente à imposição constitucional. Isso reflete, aliás, as categorias *omissão total*

e *omissão parcial*, como consequências jurídicas do descumprimento, respectivamente, desse dever de emanar normas.

A doutrina do direito subjetivo à emanção de normas já conta com a adesão de alguns autores brasileiros. Por todos, cumpre fazer referência a Eros Roberto Grau (1985, p. 45), para quem é perfeitamente possível defender a existência de “um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração sobretudo de direitos econômicos e sociais” e a Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 308, grifo no original), que, reportando-se ao mandado de injunção, assegura que

[...] adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador.

No plano internacional, quem melhor representa a doutrina estrangeira é Canotilho (1993, p. 358-359), que, ante a necessidade de uma nova abordagem das omissões normativas, propõe a revisão do superado “dogma dogmático” de que “o cidadão não tem direito a exigir, através da via judicial, a emanção de normas jurídicas”, pela consideração de que: em primeiro lugar, os novos esquemas regulativos do Estado Social não mais se reduzem à dicotomia do gênero “norma jurídica/ato administrativo”, circunstância que é confirmada pela diluição dos contornos conceituais da categoria norma jurídica (ele exemplifica com a “deformação” dos instrumentos legais, recordando as “leis-medida” e as “leis-fotografia” e com os instrumentos de planejamento, como os planos urbanísticos, “onde nem sempre é visível a separação entre o nível normativo-regulamentar e o nível actuativo concreto-individual”); e, em segundo lugar, porque já ultrapassam a barreira do tolerável as frequentes

violações dos direitos fundamentais, em razão da continuada omissão de atos normativos.

Anota que a doutrina mais moderna, embora reconhecendo as dificuldades jurídico-processuais e jurídico-políticas à defesa contra as omissões normativas, já vem indagando se a completa sujeição e indiferença dos juristas perante as omissões à emanção de normas “não equivale a uma forma encapuçada de erosão da força normativa de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”, enfatizando o autor que os direitos fundamentais não podem ficar nas mãos do legislador e da administração, sob pena de “nos vermos forçados a reconhecer um clamoroso retrocesso jurídico-cultural na concepção de direitos fundamentais, de novo reconduzidos a apelos programáticos ao legislador [...]”. (CANOTILHO, 1993, p. 359)

O autor ainda esclarece que mesmo que se constate uma omissão normativa inconstitucional, isso não implica necessária e automaticamente o direito subjetivo à emanção de normas. É necessário, pois, que dessa omissão resulte inviabilizado concretamente um direito fundamental. Para Canotilho (1993, p. 361, grifo nosso), a omissão normativa que frustre o gozo de um direito fundamental “sugere que existe uma imbricação ineliminável entre a *dimensão material* de um direito e a *dimensão procedimental-processual* do mesmo”. Assim, indaga se é impossível, dogmática e juridicamente, incluir nesta dimensão procedimental-processual de um direito fundamental a *pretensão subjetiva à emanção de norma* quando o poder público *não tenha a liberdade de não agir*, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental. E sobre essa indagação, lança uma outra: qual a razão justificativa da recusa do direito à emanção de normas, jurídico-processualmente exigível, quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte dos poderes normativos, em razão de a omissão normativa impedir o exercício de um direito fundamental constitucionalmente consagrado.

E qual seria a via processual adequada para dar operatividade prática a esse direito contra as omissões normativas, interroga o autor português. Ou seja, indaga Canotilho se há alguma *ação constitucional de defesa* contra as omissões normativas lesivas dos direitos fundamentais. Segundo ele, respondendo à própria indagação, a Constituição brasileira de 1988 “aponta inequivocamente no sentido positivo”, ao consagrar o mandado de injunção como uma ação constitucional autônoma de defesa. Essa ação, que não visa propriamente à obtenção da norma faltante, destina-se basicamente a remover o obstáculo (que é exatamente a *falta da norma*) à fruição do direito. Nesse caso, o juiz pode e deve garantir o direito, adotando providências adequadas e necessárias como as “decisões injuntivas, tipo *mandatory injunctions*, que se traduzem na realização de actos positivos através dos quais se *substitui*, mediante decisão judicial, uma actividade normativo-regulamentadora do Executivo e do Legislativo”. (CANOTILHO, 1993, p. 364, grifo nosso)

Não se concorda, todavia, com a restrição do entendimento do autor lusitano. Com efeito, se trata-se de um direito fundamental, ele pode, em casos de omissão normativa, ser efetivado diretamente pelo juiz, ainda que, para tanto, tenha de substituir-se ao legislador omissor, para suprir eventual omissão inconstitucional, editando normas para o caso concreto, através de uma interpretação criativa e integrativa. E assim *deve e pode* proceder no âmbito de qualquer ação judicial de defesa, e não somente em sede de mandado de injunção. É importante afastar, a propósito, qualquer ideia posta no sentido da impossibilidade de suprimento da omissão normativa, ao argumento de que não existiria, na hipótese, qualquer “vontade do legislador ou da norma” a ser revelada. Isso porque, como revela Marcos Gómez Puente (1997, p. 27), existe, no caso, a “vontade de omitir-se” do legislador, a propiciar inevitavelmente a integração judicial através da interpretação concretizadora, ante a força normativa da Constituição.

Conclusão

O sucesso do direito fundamental à efetivação da Constituição depende da plena e integral efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, a concretização desses direitos é um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, que se depara com uma realidade mais propícia às omissões estatais do que com ações políticas dirigidas à garantia de um mínimo existencial.

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só veio a ser reconhecida expressamente na Constituição de 1988. Muito embora tenha a Lei Fundamental brasileira recebido inspiração da Constituição portuguesa, ela teve maiores avanços, seja porque prevê três ações constitucionais especiais para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental), seja porque considera omissão inconstitucional qualquer medida dos órgãos do Poder Político (Legislativo, Executivo e Judiciário), e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, que recuse cumprimento às imposições constitucionais.

Defende-se a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode, como deve, no exercício da jurisdição constitucional, suprir a omissão – registre-se, inconstitucional – dos órgãos de direção política. Nesse sentido, percebe-se a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* para uma quadra em que elas se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicarem) diretamente nas situações da vida. Mas não bastam – para assegurar a efetividade das normas constitucionais – as proclamações de que as normas definidoras de direitos e garantias têm aplicabilidade imediata. É necessário um novo arranjo jurídico onde a jurisdição constitucional garanta, com eficiência, a força ativa da Constituição, pois sem uma

justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática.

A necessidade de respeitar a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente exige-se mais, pois omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, também constitui conduta inconstitucional.

No exercício do controle das omissões do poder público, o Judiciário interfere inevitavelmente na atividade dos outros Poderes, notadamente na atuação do legislador. E assim procede, sem dúvida, para assegurar a supremacia da Constituição, tarefa que lhe foi confiada por ela própria.

As normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute imediatamente da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva do gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.

Ademais, as normas constitucionais que careçam da *interpositio legislatoris* ou de providências materiais constituem em favor do cidadão um *direito subjetivo público à emanção de atos normativos e materiais* de concretização constitucional, o que implica, em consequência e primeiramente, no *dever jurídico* dos órgãos legislativo e executivo de efetivarem as normas constitucionais, hipótese em que, não sendo concretizadas em tempo razoável, e reconhecida, conseqüentemente, a omissão inconstitucional, deve o Poder Judiciário operar ativamente e construtivamente por meio da jurisdição constitucional, que pode ser provocada, *in concreto*, por qualquer pessoa prejudicada, e por meio de qualquer ação judicial, ou por meio de ações específicas instituídas

exclusivamente para o controle das omissões do poder público, quais sejam, o mandado de injunção (no plano concreto), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão, de preceito fundamental (estas últimas no plano abstrato), que estão necessariamente a serviço da aplicabilidade imediata daquelas normas.

Esse direito subjetivo público à emanção de normas impõe aos órgãos com competência normativa o dever de emitir atos normativos, e ao legislador, em particular, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental, sobretudo em razão do reconhecimento jurídico da categoria da inconstitucionalidade por omissão, de tal modo que ele investe o cidadão do direito de exigir, até judicialmente, a formulação de norma necessária para tornar efetivo direito fundamental.

Referências

ALEMANHA. Constituição. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. *Diário Oficial da Federação*, Bonn, 23 maio de 1988.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 25 set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 23, n. 82, p. 109-157, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BOBBIO. Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 267.617-RS. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 ago. 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 2, p. 111-124.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- 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*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007a. p. 395-441.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007b. p. 71-112.
- ESPAÑA. Constituição. Constituição da Espanha. *Boletim Oficial do Estado*, Madrid, de 29 de dezembro de 1978.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civtas, 1983.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.
- MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social*. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 233-256, 1981.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

*Dirley da Cunha Júnior
Caio Oliveira dos Santos*

Introdução

O presente artigo se destina a analisar como o ordenamento jurídico brasileiro exerce a tutela dos direitos dos animais não humanos e se estes são sujeitos de direitos. Para tanto, será analisada a Lei Municipal nº 6.702/2020, do Município de Betim/MG, de modo a identificar os impactos que a aprovação desse diploma normativo pode causar na maneira como a sociedade se comporta em relação aos animais.

Pretende-se também demonstrar, no decorrer deste estudo, que os animais não humanos são seres sencientes e conscientes, de modo que são capazes de sentir dor, sofrimento, prazer e alegria. Além disso, buscar-se-á demonstrar, por meio da Declaração de Cambridge, que a ciência cada vez mais avança e reconhece que os animais não humanos são muito semelhantes aos animais humanos no que diz respeito à maneira que seus cérebros reagem a determinados estímulos, o que derruba de uma vez por todas a ideia errônea de que os animais são apenas coisas, não sujeitos.

Será apresentado como a legislação brasileira evoluiu em relação ao Direito Animal, mas principalmente o quanto o ordenamento jurídico brasileiro ainda precisa avançar no sentido de positivar esses

e outros direitos capazes de proporcionar uma maior dignidade aos animais não humanos.

Pretende-se realizar um breve estudo do artigo 225 da Constituição Federal, para demonstrar que a própria Constituição reconhece de forma indireta a senciência e a consciência animal quando veda a crueldade para com esses animais. (BRASIL, 1988)

Buscar-se-á demonstrar que, não obstante as pequenas contribuições legislativa de um ou outro Município ou Estado, ainda é muito inexpressiva a legislação protetiva dos animais não humanos, e enfatizar a importância de se fomentar mais discussões sobre o tema de modo a estimular o debate e construir alternativas e consensos para, na perspectiva de um Constitucionalismo animal, melhorar as condições de vida dessas criaturas.

Por fim, pretende-se analisar a Lei Municipal nº 6.702/2020, do Município de Betim/MG, e explicitar a relevância de sua contribuição ao reconhecer os animais não humanos como sujeitos de direitos, principalmente num cenário em que ainda há muita exploração dos animais para fins de trabalho, e tendo em vista a gravidade dos procedimentos adotados para com os animais de produção.

Utilitarismo, senciência e consciência animal

Durante muito tempo, o mundo era dividido entre coisas e sujeitos, como resultado de uma lógica cartesiana e kantiana fundamentada apenas na razão. Com o surgimento da doutrina utilitarista¹, que se afasta da “pretensão de encontrar princípios ou verdades absolutas” (JESUS, 2015-2016, p. 185), passa-se a defender o reconhecimento

.....

1 A doutrina utilitarista foi defendida principalmente por Jeremy Bentham, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, de 1789, e John Stuart Mill, *Utilitarismo*, de 1861. É afirmado que as ações são boas quando tendem a promover a felicidade, e más quando tendem a promover o oposto da felicidade. A principal máxima utilitarista é: “*Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar*” (*Princípio do bem-estar máximo*).

de que os animais não são apenas coisas, de modo que eles passam a assumir um *status* mais elevado. (NEVES, 2010, p. 347) Acerca do conceito de utilitarismo, Neves leciona que:

O utilitarismo é um tipo de ética normativa, segundo o qual uma ação é moralmente correta se tende a promover a felicidade e condenável se tende a produzir a infelicidade, considerando não apenas a felicidade do agente da ação, mas também a de todos afetados por ela. (NEVES, 2010, p. 347)

Assim, se determinada conduta é capaz de proporcionar felicidade para a maioria das pessoas envolvidas, então ela é correta do ponto de vista da moralidade. Por outro lado, se a conduta é capaz de trazer infelicidade para a maioria dos indivíduos envolvidos, então trata-se de uma conduta moralmente incorreta.

Segundo a autora, essa teoria busca ver o mundo como meio, e não como fim, e todas as ações ou inações devem acontecer como uma maneira de construir um bem-estar do conjunto de indivíduos que nele vivem. Assim, com base no utilitarismo, uma atividade deve ser avaliada a partir de uma visão ética com vistas a identificar as possíveis consequências que dela pode advir. (NEVES, 2010, p. 347)

O utilitarismo, defendido por Peter Singer (2004), afirma que a existência dos seres humanos está vinculada a deveres diretos para com os animais, e se baseia no princípio da utilidade, pelo qual “se busca atingir o equilíbrio entre o prazer e a dor, entre satisfação e frustração para todos os afetados pelo resultado de uma ação ou decisão”. (SILVA JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 107)

Para Peter Singer, tendo em vista que os animais são capazes de sentir dor e prazer, é de seu interesse não sofrer (SINGER, 2002, p. 2).

Nesse sentido:

a reconhecida capacidade de sentir, de sofrer ou de desfrutar sensações múltiplas, dentre elas a dor e o prazer, faz com que os

animais – independentemente de sua configuração biológica, da capacidade de percepção sobre si mesmos ou de qualquer aferição sobre sua inteligência – sejam considerados seres sencientes e, portanto, dignos de consideração moral e jurídica pelos humanos (LEVAL, 2015-2016, p. 241)

Assim, Peter Singer defende a extensão da noção de direito à vida digna e não exploração também aos animais não humanos. A ideia da senciência animal surge num processo de desconstrução da lógica antropocêntrica – que compreende o homem enquanto ponto central de todas as coisas que existem, de modo que ele é o único possuidor de tudo o que há no universo – para a consolidação da lógica biocêntrica, que defende a ampliação na maneira de enxergar a relação que o homem mantém com os demais seres vivos. Para Silva Junior e Oliveira (2020), essa visão do homem como único beneficiário de todas as coisas que existem é ultrapassada e limitada.

Carlos Naconecy (2015-2016, p. 34) faz uma crítica ao antropocentrismo dizendo que é mais fácil expurgá-lo da astronomia e da biologia do que da moral. Porque essa não é uma questão de não compreender as evidências científicas, mas de reconhecer, sob o ponto de vista da moralidade, que a vida deve ser reconhecida e protegida sob todas as suas formas, e não apenas a vida humana.

Da mesma forma, não é apenas a dignidade humana que deve nortear o ordenamento jurídico brasileiro, mas a dignidade animal também deve ser tutelada e reconhecida enquanto princípio fundamental de um Estado Constitucional e Animal de Direito. Isso é, busca-se uma ressignificação do conceito de dignidade, para compreendê-lo como dignidade do ser vivo, humano ou não humano, a ensejar o reconhecimento do direito fundamental à integridade animal e ao mínimo existencial animal. Esse reconhecimento não deve se dar para o conforto do próprio homem, pois assim como o homem tem um fim em si mesmo, os animais não humanos também devem ter, de

modo que esse reconhecimento deve se dar para o bem dos próprios destinatários do Direito Animal. Nesse sentido:

[...] Da regra constitucional da proibição da crueldade – e dos princípios que também emanam do mesmo dispositivo constitucional, como o princípio da dignidade animal e o princípio da universalidade – é que exsurge o direito fundamental animal à existência digna. É direito fundamental – e não apenas objeto de compaixão ou de tutela –, porquanto é resultado da personalização e positivação do valor básico inerente à dignidade animal [...] (ATAIDE JÚNIOR, 2018, p. 3)

A *senciência animal* é conceituada por Luna (2008, p. 18) como sendo “a capacidade de sentir, estar consciente de si próprio ou apenas do ambiente que o cerca”, o autor enfatiza que todos os animais vertebrados sofrem e são seres sencientes.

Diante das evidências científicas acumuladas ao longo da história, não há dúvidas de que os animais são seres sencientes, e esse entendimento implica na necessidade de reconhecer que isso é condição necessária para que um indivíduo pertença à comunidade moral. (OLIVEIRA, 2013, p. 129)

Acerca da *consciência dos animais humanos e não humanos*, Tonetto (2004, p. 208) explica que a parte do cérebro associada às funções do pensamento é o córtex cerebral, e destaca que não está ligada aos sentimentos e emoções. Enfatiza ainda que o *diencefalo* também se mostra desenvolvido tanto nos animais humanos como nos animais não humanos, particularmente nos mamíferos e pássaros.

Há, assim, semelhanças anatômicas que demonstram que os animais não humanos reagem de forma semelhante aos animais humanos quando são submetidos à dor física e psíquica – exemplo desta última tem-se o stress, o medo, a depressão e a ansiedade –, de modo que a forma como eles se comportam é suficiente para considerá-los seres dotados de *consciência*. (TONETTO, 2004, p. 208)

Há, atualmente, um amplo campo de pesquisas sobre a consciência tanto em animais humanos como em animais não humanos por meio da adoção de novas técnicas e estratégias. A consequência dessa ampliação é o surgimento de mais informações e dados que culminam na necessidade constante de atualizações e estudos sobre os conceitos apresentados e na forma como os animais são vistos perante a humanidade. (LOW, 2012)

A exemplo da Declaração de Cambridge, resultada da união de diversos especialistas em várias áreas de pesquisa – “neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos” – com o objetivo de reavaliarem “substratos neurobiológicos da experiência consciente e comportamentos relacionados em animais humanos e não humanos.” (LOW, 2012)

Esses estudiosos encontraram semelhanças no comportamento e nos estados emocionais dos animais humanos e não humanos quando recebiam estímulo artificial nas mesmas regiões do cérebro. Além de outras reações semelhantes quando submetidos aos mesmos tipos de procedimento, corroborando com o entendimento de que os animais não humanos são, assim como os seres humanos, dotados de consciência. (LOW, 2012)

Vale dizer que os argumentos historicamente utilizados para diferenciar os animais humanos dos animais não humanos são extremamente frágeis, senão falhos. O primeiro deles já foi devidamente quebrado cientificamente, que é a questão da consciência ou autoconsciência. Em seguida, há a habilidade linguística e a racionalidade. (NACONECY, 2015-2016, p. 34)

Carlos Naconecy (2015-2016) afirma tratar-se de um critério excessivamente exigente, uma vez que nem os humanos em sua integralidade conseguem cumprir esse requisito, e nem por isso não destituídos de direitos, e cita: os recém-nascidos, as pessoas com demência avançada ou em estado de coma. Essas pessoas não conseguem exercer

habilidades linguísticas, mas são reconhecidamente sujeitos de direitos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por essa lógica, deve-se levar em consideração o interesse dos animais humanos e não humanos, tendo em vista que ambos são inteiramente capazes de sentir dor e sofrimento, e de evitar esses sentimentos. Por isso, o que deve ser levado em conta é o interesse exclusivamente deles. Com base nisso, homem e animais não humanos não devem ser submetidos à dor e à crueldade. (JESUS, 2015-2016, p. 185)

Tutela jurídica dos animais não humanos no ordenamento jurídico brasileiro

A tutela dos animais no ordenamento jurídico pátrio se dá, predominantemente, na seara do Direito Ambiental. (LEVAI, 2015-2016-, p. 232) A própria Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 225, o dever do Estado e de toda a sociedade em proteger o meio ambiente, preservando-o para as gerações presentes e futuras, e tratou em seus artigos e incisos da proteção à fauna e à flora, destacando a importância da preservação dos ecossistemas, além de outras questões que vão impactar no bem-estar, tanto dos animais humanos como dos animais não humanos.

Sem dúvida, a Constituição de 1988 pode ser apontada como uma das razões para o reconhecimento de um novo constitucionalismo latino-americano, não apenas pela sua imensa preocupação com os direitos humanos e o respeito à diversidade, a partir do discurso jusfundamental da dignidade da pessoa humana, mas, em especial, pela sua elevada preocupação com a tutela do meio ambiente e, com ele, dos direitos dos animais não humanos, a justificar a existência, entre nós, de um Estado Ecológico de Direito e, para os fins deste trabalho, de um Estado Animal de Direito.

Defende-se, aqui, a emergência de um *Constitucionalismo animal*, cujas ideias possam parametrizar o dever de todos – Estado e

Sociedade – ao máximo respeito à integridade animal e à garantia de sua vida digna.

A Constituição ambiental, ecológica ou verde, marcha em direção à Constituição animal, para superar o antropocentrismo e consagrar o biocentrismo, de modo que, para o Constitucionalismo animal, o que importa é a *vida*, independente se vida humana ou não-humana, pois todas as formas de vida são igualmente importantes, não sendo a humana o centro da existência.

Todo ser vivo que sente merece igual proteção constitucional.

A preocupação do constituinte originário em inserir no bojo da Constituição Federal de 1988 um longo capítulo sobre meio ambiente evidencia a necessidade que os animais possuem de serem protegidos em face de práticas cruéis (CF/88, art. 225, § 1º, VII). Entretanto, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, o Decreto Federal nº 24.645/34 atribuiu ao Ministério Público o dever de atuar como substituto processual dos animais. (BRASIL, 1934)

Posteriormente, a Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e a Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985), que disciplina a Ação Civil Pública, trouxeram outros dispositivos que tratam das questões relacionadas ao meio ambiente, o que inclui os animais não humanos, evidenciando que os animais não devem ser tratados como coisas, bens patrimoniais ou recursos “porque são criaturas sensíveis que merecem consideração moral”. (LEVAI, 2015-2016-, p. 232)

Acerca da proteção do meio ambiente e sua correlação com o direito animal, Levai (2015-2016, p. 232) afirma:

O legislador constituinte, ao erigir o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, fê-lo em defesa da vida presente e futura. E para assegurar a efetividade desse direito coletivo foi instituído, expressamente, um dever de cuidado para com os animais, conforme se depreende da redação do artigo 225 par 10, inciso VII [...].

O dispositivo constitucional mencionado trata da atribuição dada constitucionalmente ao Poder Público de proteger a fauna e a flora, bem como o dever de evitar práticas que possam colocar em risco a função ecológica e provocar a extinção das espécies. Mas o legislador é ainda mais específico ao acrescentar, ao final do inciso mencionado, a vedação a práticas que submetam os animais à crueldade. (BRASIL, 1988)

Deve-se ter em mente que o fato de o legislador constitucional vedar a crueldade contra os animais deixa claro o entendimento de que os animais são seres capazes de sentir dor e sofrimento, o que vai de encontro com o que dispunha o Código Civil de 1916, que previa absurdamente os animais como coisas e acolhia a servidão animal. (BRASIL, 1916) Mas quando se recorda que houve época na qual os escravos não eram considerados humanos, tidos como coisas e, portanto, não tinham qualquer consideração e proteção jurídica, pode-se perceber facilmente que a racionalidade humana nem sempre foi justificativa para fundamentar da ordem jurídica.

Importante destacar que os institutos normativos mencionados não são os únicos a tratarem do tema, e que, no âmbito doutrinário, essa discussão é muito mais abrangente. Alguns autores inserem o Direito Animal no âmbito dos direitos fundamentais, citando-os como um direito de quarta dimensão. (GORDILHO, 2011, p. 142)

Paulo Bonavides (2004, p. 571) tem defendido a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, e cita alguns direitos que a compõe:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Sobre os direitos fundamentais de quarta geração, Sarlet (2012, p. 34) alerta para o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro ainda

está muito longe de positivar esses direitos, ao mesmo tempo em que menciona “algumas iniciativas isoladas de participação popular”.

Tendo em vista que os direitos de quarta geração são direitos inovadores, relacionados com “informática, softwares, biociências, eutanásia, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos” (BULOS, 2011, p. 319), ou seja, os direitos de quarta dimensão decorrem de inovações tecnológicas e avanços científicos, de uma nova maneira de ver o mundo e de se relacionar, nesse sentido, é importante que o ordenamento jurídico brasileiro esteja aberto para acolher e positivar esses direitos.

O Direito Animal é uma dessas questões que precisam ser tratadas no âmbito dos direitos fundamentais. Sobre o tema, Gordilho (2009, p. 145) afirma que, apesar de alguns autores refutarem a ideia de estender aos animais os direitos humanos, é essencial que isso aconteça. Aplicando-se a esses seres dotados da capacidade de sentir a qualificação de sujeitos de direito.

Entretanto, apesar do reconhecimento dos animais enquanto sujeitos de direitos vir ganhando força na doutrina, vale dizer que ainda encontra bastante resistência. Sobretudo considerando que a maioria da doutrina norteia-se pela teoria antropocêntrica, que enxerga o homem como o centro do universo. (LEVAI, 2015-2016, p. 233) Naconecy apresenta uma crítica ao antropocentrismo ao afirmar que:

assim como é moralmente errado ser autocentrado na escala individual, também é moralmente errado ser humanocentrado na escala coletiva, assumindo que o ser humano é a referência máxima e absoluta de valores e a finalidade última de todas as outras criaturas neste planeta. (NACONECY, 2015-2016, p. 40)

Em que pese a resistência da corrente antropocêntrica, o judiciário brasileiro tomou uma decisão emblemática acerca do reconhecimento dos animais enquanto sujeitos de direitos. Por intermédio da Relatoria do Ministro Og Fernandes, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de

Recurso Especial nº 1.797.175/SP, posicionou-se favorável ao reconhecimento da “dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana”. (STJ, 2019) O que significa que a dignidade da pessoa humana deve ser estendida também aos animais.

Com essa decisão, que representa um grande avanço para os defensores do biocentrismo, o STJ atribuiu dignidade e direitos tanto aos animais não humanos como à natureza de modo geral, dando origem a um novo paradigma constitucional – que consideramos como resultado do constitucionalismo animal – no que tange ao tratamento dispensado aos animais não humanos.

Não obstante o reconhecimento de que essa decisão representa um avanço na busca para assegurar a dignidade animal, o fato é que ainda é muito pouco considerando a importância da posituação dessa dignidade e de todos os direitos capazes de proporcionar essa dignidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, é tão importante se debruçar sobre novas normas que reconheçam esses direitos, como o Código de Bem-estar animal da Paraíba e, mais recentemente, a Lei Municipal nº 6.702/2020, de Betim/MG, que proíbe a locação de cães de guarda naquele município.

Os impactos da Lei Municipal nº 6.702/2020, do Município de Betim – Minas Gerais.

A utilização de animais para o trabalho, principalmente como meio de transporte, não é novidade no mundo. Aliás, essa prática fundamentou “o desenvolvimento econômico e tecnológico da humanidade” (FISHER; TAMIOSO, 2016, p. 169) e, não obstante todos os avanços tecnológicos que o mundo tem enfrentado, essa prática ainda existe e a utilização dos animais para o trabalho é aceita e estimulada pela sociedade. (FISHER; TAMIOSO, 2016, p. 169)

E as atividades atribuídas a esses animais são diversas, como a carga, que ocorre muito na área rural, sendo os cavalos os animais mais explorados, inclusive nas grandes metrópoles para o carregamento de recicláveis, assim como a utilização de animais como “ferramenta militar e policial, cão-de-guarda, cão-guia e na zooterapia”. (FISHER; TAMIOSO, 2016, p. 170)

Assim, uma vez estabelecido que os animais são seres sencientes, capazes de sentir dor e sofrimento, é inadmissível que animais sejam submetidos a condições de tamanha crueldade. A propósito, acerca dos animais de produção, Luna explica que:

são os que mais sofrem dor, tanto pelo fato de que raramente recebem profilaxia ou tratamento analgésico em condições clínicas, como pelo fato que são submetidos a diversos procedimentos cruentíssimos com a finalidade de aumentar a capacidade produtiva ou corrigir problemas relacionados com a produção. (LUNA, 2008, p. 18)

Ocorre, porém, que as empresas que utilizam animais para o trabalho, bem como aquelas que manipulam a procriação de animais para o trabalho, estão em sua maioria preocupadas em obter o maior número de animais em um curto espaço de tempo para submetê-los a situações cruéis, objetivando apenas o lucro. Muitas vezes deixando de adotar procedimentos mínimos para evitar ou mitigar o sofrimento desses animais. Dentre as principais causas de dor e sofrimento, estão:

a marcação à quente ou frio, orquiectomia, descorna, mastite e laminite em ruminantes, a muda forçada, a debicagem e a doença degenerativa articular em aves domésticas e a caudectomia, orquiectomia e o corte de dentes em suínos. Adicionalmente o próprio manejo dos animais pode desencadear um estímulo nocivo, como em casos de traumas durante o transporte e a falta de espaço pelo confinamento. (LUNA, 2008, p. 19)

Por isso, cada norma criada no sentido de erradicar práticas tão abusivas contra criaturas dotadas de sensibilidade representa uma conquista daqueles que acreditam na dignidade de todas as vidas, e não apenas do homem. Afinal, todas as vidas importam!

Diante disso, o advento da Lei do Município de Betim/MG nº 6.702/2020 (BETIM, 2020), que resultou do Projeto de Lei nº 236/2018, de autoria do Vereador Carlos Fernandes, que dispõe sobre a proibição do aluguel de cães de segurança e vigilância patrimonial no município, representa um grande avanço no reconhecimento dos animais enquanto sujeito de direitos.

Importante destacar que a prática dessa atividade, ou seja, o oferecimento de animais para atuarem no exercício da guarda patrimonial não é uma exclusividade do município de Betim/MG. Ao invés disso, diversas empresas de segurança espalhadas pelos estados da federação oferecem esses serviços.

Da mesma forma, essa não é a primeira lei criada com o intuito de proibir a prática dessa atividade. A Lei nº 16.863/2016, do Estado de Santa Catarina, logo em seu artigo 1º, veda de maneira expressa a realização de contratos, bem como a prestação de serviços, que envolvam a utilização de cães para fins de vigilância pessoal ou patrimonial. (SANTA CATARINA, 2016)

A Lei 6.702/2020 do Município de Betim proíbe expressamente o exercício da atividade de “de cessão, comodato ou locação de cães de guarda prestadores dos serviços de segurança e vigilância patrimonial.” (BETIM, 2020) Além disso, a referida lei proíbe a criação e a procriação desses animais e estabelece prazo para que as empresas e as pessoas físicas se adaptem à nova determinação:

Art. 2º - As pessoas físicas e jurídicas proprietárias de cães de guarda, na condição de locadoras, cedentes ou comodantes, terão o prazo de 1 (um) ano, a partir da publicação desta Lei, para promover o encerramento de suas atividades. (BETIM, 2020)

Em que pese a livre iniciativa ser um dos fundamentos do Estado brasileiro, ela não deve ser alcançada a qualquer preço, sobretudo quando atenta contra a dignidade animal, causando dor e sofrimento àqueles que o Poder Público e a própria coletividade tem o dever de proteger.

Por isso, a entrada em vigor da referida lei representa uma iniciativa inovadora na esfera municipal que reconhece a consciência e a sensibilidade animal, proporcionando maior dignidade, além de punir aqueles que não observarem as limitações nela prevista.

Vale destacar, ainda, que o mencionado dispositivo legal prevê a possibilidade de aplicação de multa nos casos de inobservância do texto legal. Porém, o mais interessante é a destinação dos valores arrecadados à título de multa, que serão revertidos “aos programas de castração e identificação de cães e gatos e campanha de educação para a posse responsável e conscientização dos direitos dos animais”. (BETIM, 2020)

Essa medida evidencia a preocupação efetiva do Poder Legislativo Municipal, na perspectiva da doutrina utilitarista de Bentham, Mill e Singer, com o bem-estar de todos os animais não-humanos, e demonstra que a medida não é mais uma criada com o objetivo de apenas punir o infrator, mas de conscientizar a população acerca dos direitos dos animais e, também, amparar projetos dedicados a promover uma melhor qualidade de vida para os animais do Município de Betim.

Destaca-se, ainda, que é muito importante que não apenas os municípios brasileiros, mas todos os entes federativos, tomem medidas como esta, voltadas à proteção dos animais não-humanos e à promoção de sua dignidade.

Conclusão

O presente artigo analisou de que maneira o ordenamento jurídico brasileiro exerce a tutela dos direitos dos animais não-humanos e propôs uma reflexão sobre os animais enquanto sujeitos de direitos.

Para tanto, foi fundamental reconhecer, a partir de um constitucionalismo animal, a existência de um Estado Constitucional Animal de Direito, no âmbito do qual todo ser senciente é merecedor de dignidade e proteção jurídica. Destacou-se, igualmente, a importância da Lei do Município de Betim/MG, nº 6.702/2020, na satisfação desse modelo constitucional.

Constatou-se que os animais são seres sencientes e conscientes, capazes de sentir dor, sofrimento, prazer, alegria, além de outras reações a depender dos estímulos a que forem submetidos. Apurou-se, ainda, que cada vez mais são realizados estudos científicos voltados a obter mais informações acerca de como funcionam os cérebros dos animais humanos e não humanos, o que tem resultado em uma constante atualização das informações científicas a respeito do tema.

Apresentou-se uma breve evolução da legislação pátria no que tange à proteção dos animais e à forma como estes eram vistos. Inicialmente os animais eram considerados coisas, tendo o Código Civil de 1916 sido muito claro sobre esse aspecto. No entanto, outras leis, como a Política Nacional do Meio Ambiente, destacou a importância de se proteger a fauna brasileira.

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em prever de forma expressa o dever do Poder Público e de toda a coletividade na proteção da fauna e da flora, bem como o dever de evitar práticas que possam colocar em risco a função ecológica e provocar a extinção das espécies.

O constituinte originário foi ainda mais específico ao acrescentar a expressa proibição de práticas que submetam os animais à crueldade. Essa última determinação demonstrou a visão do constituinte no sentido de que os animais são seres capazes de sentir, de modo que cuidou de assegurar essa proteção no bojo do texto constitucional.

Restou demonstrado que a ideia dos animais não-humanos enquanto sujeito de direitos ainda não é uma unanimidade dentre os doutrinadores brasileiros, que continuam se baseando na teoria antropocêntrica, entendendo que o homem é o centro do universo.

Entretanto, aferiu-se que, ainda que não seja a maioria, muitos autores entendem que os animais são, sim, sujeitos de direitos, e alguns, inclusive, defendem que o Direito Animal se encontra inserido dentre os direitos fundamentais de quarta geração, o que evidencia a sua importância.

Verificou-se que ainda há muita exploração do trabalho animal, principalmente na área rural, onde os animais são bastante utilizados no transporte de carga, mas que há outras atividades, inclusive na zona urbana, às quais os animais são submetidos. É o caso da guarda pessoal e patrimonial realizada por cães de guarda.

Percebe-se que há várias empresas que exploram cães para este fim, e que são poucas as iniciativas dos entes federativos na criação de mecanismos e de políticas públicas destinadas a combater esta prática.

Nesse sentido, a criação da Lei nº 6.702/2020, do Município de Betim/MG, representa uma relevante contribuição legislativa no sentido de reconhecer os animais não humanos como sujeitos de direitos, vedando a sua exploração para o exercício de guarda e a submissão a uma situação degradante, tendo em vista que muitas empresas se preocupam apenas em explorar e depois descartar quando esses animais não apresentam mais condições de proporcionar lucro a essas pessoas.

Referências

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro.

Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 3, set./dez. 2018.

Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768>. Acesso em: 20 set. 2020.

BETIM. *Lei nº 6.702 de 05 de maio de 2020*. Disponível em:

<https://legislativo.camarabetim.mg.gov.br/NormaJuridica/DadosNormaJuridica/60458>. Acesso em: 19 set. 2020

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

BRASIL. *Constituição Federal de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Decreto Federal 24.645 de 10 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm#:~:text=tutelados%20do%20Estado.-,Art.,a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20que%20possa%20caber. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.,-1%C2%BA%20Regem%2Dse](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.,-1%C2%BA%20Regem%2Dse). Acesso em: 19 set. 2020.

BULOS, Uadi Lammego. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FISCHER, Marta Luciane; TAMIOSO, Priscilla Regina. Bioética ambiental: concepção de estudantes universitários sobre o uso de animais para consumo, trabalho, entretenimento e companhia. *Ciênc. educ.* (Bauru), Bauru, v. 22, n. 1, p. 163-182, mar. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-73132016000100163&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 set. 2020.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Animal pós-moderno*. 1. ed. 2009, 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. O animal não-humano: sujeito ou objeto de direito. *Revista Diversitas/FFLCH/USP*, ano 4, n. 5, p. 179-2010, out./2015 a mar/2016. Disponível em <http://diversitas.fflch.usp.br/node/3725>. Acesso em: 22 jun. 2019.

LEVAI, Laerte Fernando. Direito animal: uma questão de princípio. *Revista Diversitas/FFLCH/USP*, São Paulo, ano 4, n. 5., p. 231-243, out/2015 a mar/2016. Disponível em: <http://diversitas.fflch.usp.br/node/3725>. Acesso em: 17 set. 2020

LOW, Philip. Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos. *Conferência sobre a Consciência em Animais Humanos e não Humanos em memória a Francis Crick*. Cambridge, 7 jul. 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/>. Acesso em: 19 set. 2020.

LUNA, Stelio Pacca Loureiro. Dor, senciência e bem-estar em animais. *Ciênc. vet. tróp.*, Recife-PE, v. 11, suplemento 1, p. 17-21, abr. 2008. Disponível em: <http://rcvt.org.br/suplemento11/17-21.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

NACONECY, Carlos. A Discriminação Moral Contra Animais: o Conceito de Especismo. *Revista Diversitas/FFLCH/USP*, ano 4, n. 5, p. 21-54, out/2015 a mar/2016. Disponível em: <http://diversitas.fflch.usp.br/node/3725>. Acesso em: 22 jun. 2019.

NEVES, Dalva Alves da. O critério utilitarista será adequado para situação de risco? *Rev. Bras. Saúde Matern. Infant.*, Recife, v. 10, suplemento 2, p. 347-353, dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v10s2/12.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. Fundamentos da filosofia moral de Peter Singer. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/16518/1/AnselmoCO_DISSERT.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

SANTA CATARINA. *Lei nº 16.863 de 06 de janeiro de 2016*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=315110>. Acesso em: 19 set. 2020.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA JÚNIOR, Sebastião Donizete da; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. Do antropocentrismo ao biocentrismo: uma

aproximação entre a dignidade humana e a dignidade animal não humana. *Revista Humanidades e Inovação*, v. 7, n. 4, p. 100-118, 2020.

SINGER, Peter. *Animal liberation*. New York: Harper Collins Publishers, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp 1.797.175/SP*. 2ª Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Julgamento em: 21 de março de 2019.

TONETTO, Milena Consenso. Do valor da vida senciente e autoconsciente. *ethic@*, Florianópolis, v. 3, n. 3, p. 207-222, dez. 2004.

A DIFICULDADE DA TUTELA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, PRIVACIDADE E INTIMIDADE DIANTE DO MONITORAMENTO DIGITAL E DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Fernanda Rêgo Oliveira Dias

Introdução

Este trabalho dedica-se a investigar a dificuldade atual na tutela aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e intimidade na era da internet.

Assim, no item intitulado “A realidade do monitoramento digital e o tratamento massivo de dados”, o objetivo é informar e contextualizar o leitor, trazendo explicações sobre o cenário de vigilância constante dos comportamentos dos sujeitos e realização da coleta e tratamento de dados pessoais em grande escala, práticas comuns no mundo digital.

Na sequência, apresenta-se uma discussão sobre os direitos fundamentais à liberdade, privacidade e intimidade para demonstração das ofensas relacionadas à necessidade compulsória de compartilhamento de dados pelos sujeitos, assim como a vigilância e a manipulação de comportamentos dos indivíduos.

Demonstrada às ofensas aos direitos fundamentais referidos, aponta-se a existência de tentativas para solucionar os problemas

apresentados e tutelar de maneira eficaz tais direitos, com foco na nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, inspirada principalmente na legislação europeia sobre o tema.

Por fim, o texto chama atenção para a importância do debate e para a constante busca de soluções dos problemas apresentados diante do crescente uso da internet pela população mundial.

A realidade do monitoramento digital e o tratamento massivo de dados

Hoje o compartilhamento de dados pessoais no meio digital, nos mais variados *sites*, aplicativos e plataformas para diversas atividades – trabalho, lazer, cultura, comunicação, entre outras – é cada vez mais intenso, sendo possível dizer que tal compartilhamento e utilização dos dados são essenciais para a pessoa viver na atual Sociedade da Informação. (DONEDA, 2014)

Para abordagem do tema, é necessária a introdução de alguns conceitos: informação pessoal, dado pessoal, banco de dados e *Big Data*.

Importante ressaltar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, responsável pela criação do novo regramento sobre o tratamento de dados pessoais vigente, inclusive nos meios digitais, não difere em seu artigo 5º, inciso I, dados pessoais de informações pessoais, considerando como dado pessoal a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. (BRASIL, 2018)

Contudo, a distinção entre dado e informação será adotada no presente artigo. Informação pessoal, conforme explica Danilo Doneda, deve possuir vínculo objetivo com uma pessoa, revelando algo sobre ela, é relativa a uma pessoa identificada ou, ao menos, susceptível de identificação. (DONEDA, 2014, p. 62)

Doneda (2014, p. 62) aduz:

Esse vínculo significa que a informação refere-se às características ou ações dessa pessoa, que podem ser atribuídas a ela seja em conformidade à lei, como o nome civil ou domicílio, ou então que são informações provenientes de seus atos, como os dados referentes, por exemplo, aos seus hábitos de consumo, sobre opiniões que manifesta, à sua localização e tantas outras.

Por outro lado, o dado pessoal seria como uma “*pré-informação*” do sujeito, como a informação antes da sua análise e interpretação (DONEDA, 2014, p. 63), ou seja: a informação pessoal é aquilo que é extraído do dado pessoal coletado.

Em relação aos bancos de dados, estes são conjuntos de informações estruturados de acordo com uma determinada lógica, como um banco de dados de pessoas com certas características num censo populacional, por exemplo.

Os bancos de dados, evidentemente, não são criação da era digital, contudo, hoje eles se multiplicam – conforme multiplica-se o compartilhamento de dados pessoais – e existe uma maior desenvoltura na manipulação da informação, ampliando-se as formas pelas quais as informações podem ser apropriadas e utilizadas a partir dos bancos de dados. (DONEDA, 2014, p. 65)

Por último, o *Big Data* seria um grande grupamento de dados (ZUBOFF, 2018) integrado por mecanismos capazes de buscar informação em diversos bancos de dados e, através de sua sistemática de correlações entre informações, gerar uma nova informação. (DONEDA, 2014, p. 66)

Nesse sentido, a população mundial tem uma ampla gama de atividades diárias mediadas por computador através do uso da internet, seja por trabalho, lazer, pesquisa, locomoção, compras, entre outras. (ZUBOFF, 2018, p. 23)

Ou seja, são fontes de dados e, em última instância, alimentam o *Big Data*: transações econômicas mediadas por computador, sensores incorporados a objetos, bancos de dados governamentais e

corporativos, incluindo os associados a bancos, agências de avaliação de crédito, companhias aéreas, bem como câmeras de vigilância públicas e privadas (ZUBOFF, 2018, p. 27-28) – incluídas as câmeras de *smartphones*, *notebooks* e outros aparelhos tecnológicos que a maior parte das pessoas utiliza no dia a dia. Tudo que se faz no ambiente da internet é vigiado e alimenta a coleta massiva de dados.

Além disso, é válido sinalizar que o fluxo das atividades mediadas por computador cresce diante das necessidades do indivíduo de autoexpressão, voz, influência e conexão (ZUBOFF, 2018, p. 31), o que provoca a multiplicação de pesquisas no Google, músicas baixadas, páginas em redes sociais como Facebook e Instagram, acessos em *blogs*, conexões virtuais em aplicativos de relacionamento etc. Tudo isso também representa uma fonte de dados pessoais que serão extraídos e analisados através da mediação por computador.

É importante a observação de Byung-Chul Han (2017, p. 80-82), de que hoje se expõe, se vende e se consome cada vez mais a intimidade, numa realidade na qual os indivíduos transformam o espaço público em espaço de exposição, diante de uma necessidade – imposta pela atual era digital – do indivíduo de revelar sua vida privada.

Entende-se por privado aquilo que, em regra, se daria fora vida pública, oculto do público em geral (ARAUJO; NUNES, 2008, p. 151), como rituais familiares íntimos, relações amorosas, entre outros fatores que são cada vez mais expostos espontaneamente pelos usuários da internet.

Daí que a informação pessoal se conecta à privacidade numa relação que associa o maior grau de privacidade à menor difusão das informações pessoais e vice-versa. (DONEDA, 2014, p. 63) O tema da privacidade será abordado novamente no item seguinte desse trabalho.

Portanto, conhecidas as fontes de dados e já explicado como ocorre sua captura, também chamada de coleta ou extração, nota-se que o *Big Data* é constituído pela captura de *small data* (dados individualmente considerados), mediados por computador, colhidos no desenrolar da vida dos indivíduos. (ZUBOFF, 2018, p. 31)

Tudo é coletado: *likes* no Facebook, pesquisas no Google, curtidas no Instagram, textos de *e-mails*, fotos publicadas em redes sociais, músicas e vídeos baixados, localizações mapeadas, compras feitas *on-line*, anúncios visualizados, enfim, todos os movimentos *on-line* do indivíduo são passíveis de serem colhidos.

A partir daí, quase todos os dados pessoais do indivíduo extraídos das mediações de suas atividades por computador são traduzidos em informações e numa nova dimensão simbólica, “*à medida que eventos, objetos, processos e pessoas se tornam visíveis, cognoscíveis e compartilháveis de uma nova maneira*”. (DONEDA, 2014, p. 63, grifo nosso)

Assim é que os dados pessoais dos usuários da internet são extraídos, analisados e vendidos de forma a possibilitar o monitoramento digital constante e o tratamento massivo de dados.

Por extração de dados, importante dizer, entende-se como o processo unidirecional (DONEDA, 2014, p. 33-35) no qual se captam os dados pessoais disponíveis dos usuários da internet, sem que, necessariamente, o indivíduo tenha consentido tal captura para todos os usos que serão destinados aos dados colhidos.

Nesse sentido, afirmou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

O cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. (STJ, 1995, p. 6119)

Já por análise de dados entende-se o processo no qual os dados colhidos dão origem às respectivas informações, de modo que se possa visualizar comportamentos e características de um indivíduo ou grupo, bem como seus padrões, requerendo tal análise “*cientistas de dados que dominem os novos métodos associados a análises preditivas, mineração da realidade, análise de padrões de vida.*” (ZUBOFF, 2018, p. 40, grifo nosso)

Tais processos de extração e análise de dados contribuem para sustentar o atual modelo de capitalismo que Shoshana Zuboff chama de “*Capitalismo de Vigilância*”. (ZUBOFF, 2018)

Entende-se, no presente texto, o Capitalismo de Vigilância como o atual regime econômico no qual o poder se concentra em empresas como Google e Facebook, que trabalham em *hiperescala*. Essas empresas são capazes de extrair dados individuais (*small data*), são responsáveis pela formação do grande agrupamento de dados (*Big Data*) e, em última instância, a partir da análise de dados, são capazes de prever, modular e monitorar comportamentos, pessoas e relações.

Ou seja, no Capitalismo de Vigilância, o principal ativo, isto é, aquilo que quanto mais acumulado traz maior poder para quem o detém, são os dados, informações e a capacidade de analisá-los e vendê-los. (ZUBOFF, 2018)

Hoje somos tratados, basicamente, por nossos dados, cada um dos usuários da internet possui uma série de dados espalhados que compõem sua identidade virtual.

Assim é que, nessa realidade do capitalismo de vigilância onde todos os dados são extraídos, monitorados e analisados, segundo Hal Varian (2014) – principal economista da Google especializado em economia da informação –, se torna viável o amplo monitoramento dos indivíduos, já que é possível observar diversos comportamentos da população, o que antes não era possível.

As ofensas aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e intimidade

Essa nova realidade do monitoramento digital constante a que se submetem os indivíduos impõe desafios à proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e intimidade na medida em que estes sofrem diversas ofensas. Esse ponto será analisado neste item do presente trabalho.

Os direitos de liberdade, privacidade e intimidade

A Constituição federal brasileira de 1988 inaugurou uma fase de respeito aos direitos fundamentais, que positivou e ampliou o catálogo de tais direitos, dando a eles também aplicabilidade imediata. (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 579-580)

Nesse sentido, a Constituição consagrou, em seu artigo 5º, alguns dos direitos fundamentais indispensáveis para a existência e vida digna do indivíduo, entre eles os direitos de liberdade, privacidade e intimidade. (BRASIL, 1988)

Em relação ao direito fundamental de liberdade, este é consagrado na teoria dos direitos fundamentais e objeto de estudo de diversos autores, destacando a importância das liberdades individuais. (RAWLS, 2000, p. 218-220)

O estudo do conceito de liberdade envolve os agentes que são livres, com suas restrições e limitações, destacando-se assim a proteção contra interferências externas, tendo as instituições a obrigação de não criar obstáculos à liberdade. Seguindo essa lógica, uma liberdade básica só poderia ser limitada para assegurar a proteção daquela ou de outra liberdade básica. (RAWLS, 2000, p. 218-220)

Seguindo o debate, Alexy (2015, p. 222-226) trata de um sentido negativo de liberdade, quando uma pessoa seria livre na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação, alcançando uma liberdade fática quando se tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido. Ainda, o estudo da liberdade inclui um direito à liberdade geral de ação, à liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. (ALEXY, 2015, p. 341-345)

No presente trabalho, será adotado o conceito do direito de liberdade apresentado por Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 624):

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Isto é, con-

siste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade. Entre nós, compreende: a) a liberdade de ação; b) a liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião ou pensamento; d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) a liberdade de informação; f) a liberdade de consciência e crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação e i) a liberdade de opção profissional.

Assim, a liberdade de uma pessoa pode ser entendida como a soma de suas liberdades específicas, (ALEXY, 2015, p. 220) e permeia toda a vida do indivíduo, estando presente através da sua capacidade de escolhas e ações.

Esse sentido da liberdade como capacidade de escolhas também integra o pensamento de Amartya sen (2011, p. 195):

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos — tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros.

Essas são as considerações sobre o direito à liberdade.

Já em relação ao direito fundamental à privacidade, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em 1890, iniciaram um debate importante, através do artigo *The right to privacy* – considerada obra imprescindível ao tema – ao chamar atenção para as transformações sociais

e econômicas, desde aquela época, com o surgimento de invenções (como a fotografia) que começaram a causar violações da vida privada. Nesse sentido, o direito à privacidade se relacionaria à uma liberdade do sujeito contra intromissões não desejadas em sua vida, protegendo seus sentimentos, pensamentos, emoções e seus dados pessoais. (WARREN, BRANDEIS, 1890)

Na Constituição brasileira de 1988, o direito fundamental à privacidade está expresso no artigo 5º, inciso X, bem como há proteção relacionada à privacidade no inciso XII, que também interessa ao desenvolvimento do presente trabalho:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988)

Tal direito à privacidade envolve a possibilidade de o sujeito impedir a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, bem como impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um e proibir que sejam divulgadas informações particulares; nesse sentido, seria como o direito de ser deixado em paz. (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 624)

A Constituição também antecipou a proteção às comunicações de dados, quando há a comunicação por outro meio que não o telefone, ou seja, o meio digital está aqui incluso. Devendo-se entender que os dados contidos nas comunicações não deveriam ser coletados por terceiros que não sejam destinatários daquelas.

Ainda sobre privacidade, deve-se observar que a dimensão da vida privada é mais ampla que a intimidade, pois é menos secreta,

na medida em que diz respeito às relações privadas, entre pessoas, família ou grupo de amigos, por exemplo. Como vimos, entende-se por privado aquilo que, em regra, se daria fora vida pública.

Enquanto isso, a intimidade relaciona-se mais profundamente com a individualidade do sujeito e os seus próprios segredos. (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 650)

Assim, em relação ao direito fundamental à intimidade, entendido como desdobramento da noção do direito à privacidade, esse se relaciona com a esfera da vida que o indivíduo reserva para si, mantendo tais informações distantes dos outros e de divulgações, como, por exemplo, sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo ou suas próprias convicções. (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 649)

Entendidas as ideias do direito à liberdade, privacidade e intimidade, passar-se-á à análise das ofensas que os indivíduos são submetidos na dinâmica atual do monitoramento digital e do tratamento de dados.

A utilização dos dados como indispensável para a vida do indivíduo na sociedade, a vigilância e a manipulação de comportamentos dos sujeitos

Diante da realidade demonstrada do monitoramento digital e do tratamento massivo de dados, bem como diante da explanação dos direitos de liberdade, privacidade e intimidade, torna-se mais fácil a visualização das ofensas a esses direitos na era da internet.

O mundo digital impõe desafios à tutela desses direitos, alguns desses desafios são: i) a utilização dos dados torna-se indispensável à vida do indivíduo na sociedade, visto que, para o acesso a produtos e serviços, o sujeito se vê numa posição em que é necessário o fornecimento de seus dados; ii) o tratamento massivo de dados possibilita a manipulação e modulação do comportamento dos indivíduos e; iii) a vigilância do indivíduo é constante, alcançando seus aspectos privados e íntimos.

O primeiro desafio representa uma ofensa aos direitos de liberdade, privacidade e intimidade, o segundo representa uma ofensa ao direito de liberdade (principalmente à liberdade de agir, de opinião e de pensamento), enquanto o terceiro ameaça o direito à privacidade e à intimidade.

Sobre a necessidade de compartilhamento de seus dados pelos indivíduos, pode-se afirmar que, na era da internet, tal compartilhamento em plataformas digitais é indispensável para a pessoa viver em sociedade: para trabalhar, se comunicar, realizar compras, realizar transações bancárias, ter acesso à serviços privados, realizar agendamentos, ter acesso à serviços públicos com maior velocidade, utilizar redes sociais e até mesmo para votar nas eleições os indivíduos precisam compartilhar seus dados *on-line*.

Não se imagina, hoje, como um indivíduo pode ter uma vida tida como normal sem ter acesso aos meios, produtos e serviços digitais. Esse pensamento é trabalhado por Byung-Chul Han (2017), ao trazer o conceito de Sociedade da Transparência.

A Sociedade da Transparência seria a atual sociedade, na qual há uma exigência constante por transparência, por tornar os dados visíveis diante da *hiperinformação* e da *hipercomunicação*. (HAN, 2017, p. 25) Contudo, na medida em que esse compartilhamento de dados se torna compulsório e não propriamente uma escolha do indivíduo, sua liberdade está mitigada.

O mesmo ocorre em relação à sua privacidade e intimidade, na medida em que quanto maior o nível de difusão de informações pessoais, menor o grau de privacidade. Sendo que, como visto, os indivíduos têm, cada vez mais, transformado o espaço público em espaço de exposição, diante de uma necessidade – imposta pela era digital – de revelar sua vida privada, numa construção espetacular, de exibição. (RODRÍGUEZ, 2018)

Porque quem não aparece no mundo digital é como se não existisse, não fosse lembrado pelos outros. Para que o indivíduo se comunique, se relacione e supra suas carências, ele sente a necessidade de se expor

cada vez mais, principalmente através do uso dos serviços das redes sociais: a vida cotidiana passa pelo Facebook, Twitter, Instagram. (RODRÍGUEZ, 2018, p. 196)

Outro problema da atualidade é a manipulação comportamental dos sujeitos, que tem por objetivo o lucro e controle. (ZUBOFF, 2018, p. 45, 56)

A regulação do comportamento relacionada aos processos de coleta e análise de dados vêm passando por intensas transformações (ZANATTA, 2017), que intensificam o monitoramento comportamental através da coleta, extração, análise e tratamento massivo de dados, e possibilitam a referida manipulação do comportamento do indivíduo.

Sobre essa coleta, importante sublinhar que, na maioria do tempo, o sujeito que está sendo monitorado não sabe ou, ao menos, escolheu ou consentiu que seus dados fossem utilizados para tal monitoramento, como explicado, a extração de dados é, em regra, uma relação unidirecional. Evidentemente, aqui não há espaço para a liberdade do indivíduo.

A regra geral dos casos é que, quando há consentimento para a extração dos dados, este é fornecido de maneira ampla e irrestrita, através da assinatura de extensos termos de privacidade e uso – normalmente não lidos na integralidade pelo destinatário. Daí que hoje se visualiza o fracasso desse modelo do *notice-and-consent*, que presume a ampla cognição dos termos de uso e políticas de privacidade para contratações *on-line* entre as partes. (ZANATTA, 2017)

Assim, existe uma coleta e tratamento massivos de dados que provocam a possibilidade de modulação e manipulação do comportamento dos indivíduos, uma vez que existem tantos dados daquele indivíduo à disposição que seus próximos passos se tornam previsíveis e moduláveis, numa clara ofensa ao direito de liberdade; principalmente à liberdade de agir, de opinião e de pensamento).

Daí é possível a modulação de hábitos de consumo, as pessoas são destinadas para compras que não fariam caso não tivessem seus dados coletados, porém o amplo rol de dados permite o direcionamento de propagandas cada vez mais específicas para aquele sujeito e, portanto,

cada vez mais certas; a modulação de comportamentos afetivos, quando compartilhados dados com aplicativos de relacionamento, aplicativos de conselhos amorosos, *sites* de horóscopo e afins; e, até mesmo, a modulação das percepções econômicas, sociais e políticas, quando é possível o direcionamento de informações, *sites* e conteúdos tendenciosos a depender dos locais acessados pelos usuários da internet e o rastreamento desses acessos.

Por último, outro desafio à tutela dos direitos à privacidade e à intimidade é a vigilância constante dos indivíduos, e, repetindo, uma vigilância que, na maioria das vezes, o indivíduo não tem consciência que está acontecendo.

Aspectos da vida privada e íntima do indivíduo são constantemente acessados sem a sua autorização, é o caso, por exemplo, do Google Street View, que opera realizando “*incursões em territórios privados não protegidos até que alguma resistência seja encontrada*”. (ZUBOFF, 2018, p. 30-35, grifo nosso)

Ou seja, a Google não pede autorização para vigiar todo e qualquer ambiente, incluindo espaços privados como residências e ambientes de trabalho. Para a empresa, vale a pena realizar a coleta indiscriminada desses dados até que alguém se manifeste contrariamente, o que muitas vezes não ocorre, já que os indivíduos não têm ciência da vigilância.

Do mesmo modo, ocorre também a varredura de *e-mails*, a captura de dados de geolocalização, de comunicações de voz e de reconhecimentos faciais não autorizadas. (ZUBOFF, 2018, p. 34-35)

É essa vigilância exacerbada que maximiza os lucros de quem tem acesso aos dados – principalmente das *big techs*, como Google, Facebook, Microsoft, Apple e Amazon –, num contexto em que a transparência e a vigilância do comportamento, totais, permitem uma exploração comercial máxima dos indivíduos: o ciclo se completa, quanto mais se vigia, mais dados se têm sobre um indivíduo, mais se sabe sobre ele, e mais se consegue vender, modular e prever seus comportamentos.

Essa vigilância ainda pode gerar ofensas injustas à vida do indivíduo, como é o caso da suspeita existente acerca do monitoramento das compras de remédios dos sujeitos em farmácias e o compartilhamento desses dados com planos de saúde que podem utilizar de tais informações para aumentar o valor do plano do usuário ou até mesmo rescindir o contrato ao verificar a compra repetida de certo remédio que indique uma comorbidade ou doença prévia não informada, por exemplo.

Portanto, estão demonstradas algumas das ofensas atuais impostas pelo monitoramento digital aos direitos de liberdade, privacidade e intimidade.

Tentativa de tutela efetiva dos direitos fundamentais através da Lei Geral de Proteção de Dados

Os problemas apresentados no item anterior exigem uma preocupação com a tutela efetiva dos direitos fundamentais tratados.

Uma tentativa de tutela efetiva é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, o novo regramento sobre proteção, coleta e tratamento de dados pessoais vigente no Brasil. A lei versa amplamente sobre a matéria: traz o conceito de dados pessoais e diversos outros conceitos importantes, como dado pessoal sensível, titular de dados, agentes de tratamento, entre outros, lista as bases legais que autorizam o tratamento (o consentimento do titular é apenas uma delas), traz os princípios gerais e fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais – entre eles estão a proteção à liberdade, privacidade e intimidade –, trata de direitos básicos do titular dos dados (como confirmação da existência de tratamento, acesso, anonimização e correção de dados, exclusão dos dados e explicação sobre uso), entre outras regulações. (BRASIL, 2018)

Nesse sentido, a LGPD reforça a proteção aos direitos de liberdade, privacidade e intimidade:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. [...]

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei. (BRASIL, 2018)

A legislação entrou em vigor em agosto de 2020, tendo ainda algumas disposições que só entraram em vigor a partir de 2021, ou seja, é medida recente e que deverá ter seu desempenho acompanhado ao longo dos próximos anos.

A LGPD trouxe uma importante visão sobre os dados: ela busca o controle dos dados pessoais pelo titular (pessoa natural) e não pelos agentes de tratamento.

Os agentes de tratamentos são divididos entre controladores e operadores: aqueles (pessoas físicas ou jurídicas) que coletam os dados e tomam as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (controlador) ou aqueles que realizam o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (operador), conforme o artigo 5º da lei. (BRASIL, 2018)

Assim, a lei traz os direitos do titular dos dados, que possibilitam seu controle sobre os dados pessoais, e meios para efetivação desses direitos: caso o titular não tenha seus direitos atendidos pelo agente de tratamento, ele poderá realizar uma denúncia no Ministério Público, uma reclamação no Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) ou realizar o ajuizamento de uma ação judicial para a defesa de seus interesses e, a depender do caso, para a reparação a danos materiais ou morais eventualmente causados.

Nesse sentido, diante da vigência da LGPD, uma decisão recente condenou a famosa construtora brasileira à indenização por dano moral e à obrigação de fazer de não compartilhamento de dados, uma vez que a empresa forneceu dados de cliente para outras empresas estranhas à relação contratual sem qualquer autorização, o que além de violar a LGPD, violou também os direitos de privacidade e intimidade. (TJ SP, 2020)

Outro caminho para a tutela de direitos, há muito tempo ventilado, seria a criação de um órgão público (DANTAS, 2019), inclusive capaz de monitorar e fiscalizar práticas de invasão da liberdade, privacidade e intimidade (incluindo pelas vias virtuais).

Nessa perspectiva, em seu capítulo IX, a lei também cria e disciplina a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, competente para zelar pela proteção dos dados pessoais, bem como para fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado pelos controladores e operadores em descumprimento à legislação, entre outras funções. (BRASIL, 2018)

As sanções aplicáveis são as mais diversas, indo desde advertências a multas de até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), conforme artigo 52. (BRASIL, 2018)

A lei, então, faz um esforço no sentido de construção de uma centralidade administrativa com especialização temática na área, evitando tentativas de fragmentação do poder fiscalizatório do Estado no que tange à aplicação de penalidades previstas na LGPD. (ALVES, 2019)

Todas as regulações da nova lei são bem-vindas e contribuem positivamente na tutela da privacidade, liberdade e intimidade. Contudo, o cenário de monitoramento digital constante apresentado neste trabalho impõe uma dificuldade prática a essa tutela.

Em outras palavras, o titular de dados consegue, de maneira mais viável, controlar e identificar seus dados tratados por empresas menores (por exemplo, dados fornecidos para *sites* de compras ou para aplicativos específicos), contudo, esse controle dificilmente será exercido

diante de *big techs* (já tratadas aqui, como Google e Facebook), já que nem mesmo é de conhecimento do público em geral quais dados são coletados e como se dá essa coleta.

A fiscalização das *big techs* pela ANPD esbarra no mesmo problema. Além disso, os ganhos que tais agentes possuem com o acúmulo de dados no sistema do Capitalismo de Vigilância são ganhos astronômicos, de maneira que as sanções apresentadas pela LGPD não constituem um verdadeiro óbice às práticas de coleta, extração e análise de dados.

Considerações Finais

Diante do trabalho desenvolvido, algumas considerações finais serão realizadas:

- a. A realidade do monitoramento digital, de fato, apresenta ofensas aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e intimidade;
- b. Existem tentativas de tutela efetiva a esses direitos e a nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, inspirada na legislação europeia sobre o tema, apresenta mecanismos que se demonstram úteis para o controle dos dados pelo titular e para a fiscalização do tratamento de dados pela ANPD;
- c. Em relação ao monitoramento, coleta e vigilância indiscriminada praticada pelas *big techs*, é importante que o tema seja cada vez mais trazido ao conhecimento do público em geral, para que este tenha entendimento do que acontece com seus dados pessoais na realidade, como são coletados e para quais fins esses dados são utilizados. Dessa forma, o público poderá repensar a quantidade de dados que lança na internet, os cadastros realizados nas diversas plataformas e até mesmo optar pelo uso de *softwares* e programas que garantam maior segurança aos seus dados;

- d. O debate e a busca de soluções para os problemas apresentados passam por discussões atuais sobre assuntos que – pela limitação do presente trabalho – não foram aqui tratados, como a discussão sobre os limites das bases legais que autorizam o tratamento de dados conforme a LGPD e a importância da proteção de dados vista pelos agentes de tratamento desde a concepção (*by design*) e por padrão (*by default*); (VIEIRA, 2019)
- e. Os desafios em relação ao tema do presente trabalho são muitos e devem ser objeto de constante debate jurídico, político e social para a busca da tutela efetiva dos direitos de liberdade, privacidade e intimidade, considerando que, com os avanços da tecnologia e o aumento do número de usuários da internet, esses desafios tendem a se multiplicar.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALVES, Fabrício da Mota. Capítulo VIII Da Fiscalização. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019. p. 361-398.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Senado, 2018
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Máximo existencial como direito fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

- DONEDA, Danilo. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Atlas, 2014.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RODRÍGUEZ, Pablo Esteban. Espetáculo do dividual: tecnologias do eu e vigilância distribuída nas redes sociais. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas (org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. Tradução Heloísa Cardoso Mourão. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 181-198
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp 22.337/RS*. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Julgado em: 20 de março de 1995.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Processo 1080233-94.2019.8.26.0100*. Juíza de direito Tonia Yuka Koroku. DJE: 30 de setembro de 2020.
- VARIAN, Hal Ronald. Beyond big data. *Business Economics*, v. 49, n. 1, p. 27-31, 2014.
- VIEIRA, Elba Lúcia de Carvalho. A proteção de dados desde a concepção (by design) e por padrão (by default). In: MALDONADO, Viviane Nóbrega (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 361-398.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez.1890.
- ZANATTA, Rafael. Proteção de Dados Pessoais como Regulação de Risco: uma nova moldura teórica. In: I ENCONTRO DA REDE DE PESQUISA EM GOVERNANÇA DA INTERNET, 14 novembro de 2017, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro, 2017, p. 175-193.
- ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas (org.). Tradução Heloísa Cardoso Mourão. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68.

A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO COMO AFRONTA AO DIREITO AO TRABALHO DIGNO

Flávvyva Wanessa Abreu Marques

Introdução

O direito ao trabalho é um importante direito social, reconhecido, por sua vez, como direito fundamental pela própria Constituição Federal, tendo como lastro o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito ao exercício de um trabalho digno não se perfaz com a mera colocação do trabalhador no competitivo mercado de trabalho; vai além, para garantir que esse trabalho seja realizado em condições que possibilitem a sua realização pessoal e profissional, concebendo o indivíduo que labora, primeiramente, como ser humano e sujeito de direitos, qualidade anterior a sua condição de trabalhador.

Destarte, serão analisadas se as condições adversas precarizantes de labor, manifestadas em muitos segmentos da sociedade, malferem o direito do indivíduo ao trabalho digno, não limitando tal análise ao mero exame de afronta a seus direitos básicos (percebimento de menores salários, exclusão de certas garantias normativas, preservação de normas de saúde, higiene e segurança, dentre outros). É oportuno apreciar se o direito do trabalhador de bem usufruir dos direitos relativos ao repouso como bem lhe aprouver (férias, intervalos, dentre outros) é respeitado. De mais a mais, serão apreciadas, ainda, as implicações da precarização laboral na (des)construção da identidade do indivíduo que labora.

Articula-se um debate teórico, no primeiro momento, sobre o disciplinamento constitucional e doutrinário acerca do direito do trabalho como importante direito social e, por decorrência, direito fundamental; na segunda parte, sobre a relevância do trabalho digno na construção da identidade individual e coletiva do trabalhador; na terceira seção, investiga-se sobre a manifestação da precarização do labor em diversas situações, avaliando as condições em que este trabalho é desenvolvido, a fim de se verificar a (in)compatibilidade com a ideia de direito ao trabalho digno; propondo, por fim, alternativa para a leitura e a interpretação da legislação infraconstitucional que chancela formas de precarização.

Trabalho: um fundamental direito social

Contrapondo-se aos direitos civis e políticos de primeira dimensão, que ostentam a marca do individualismo e que correspondem aos denominados direitos às liberdades públicas, em que o Estado não possui ingerência nas relações privadas, surgem os direitos sociais, econômicos e culturais, denominados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior, é somente no século XX que o Estado liberal, o qual dispensava, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida do homem, perde o seu primado. Segundo o autor, “O homem, livre por natureza, mas sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar a proteção do Estado, de quem passou a depender, para desenvolver as suas virtualidades”. (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 548-549) Surge, assim, o Estado do Bem-Estar e da Justiça Social, intervindo na sociedade e na economia para que os direitos sociais e econômicos sejam indistinta e genericamente assegurados.

Nas lições de Luciano Martinez, os direitos individuais são meramente entendidos como prestação de natureza negativa, que

consistiam e consistem em abstenções do Estado e dos particulares em relação à fruição da liberdade em suas diversas manifestações e de outros direitos relativos ao indivíduo, materializando a justiça comutativa, assim entendida aquela que dá a cada um o que é seu segundo o título de sua propriedade e o limite de sua responsabilidade. Em posição diametralmente oposta encontram-se os direitos sociais, que se concretizam através da prestação positiva por parte do Estado, ao intermediar e regular o acesso àqueles cidadãos menos favorecidos, com vistas a corrigir situações de eventual desigualdade social, materializando, por sua vez, a justiça distributiva, que visa dividir os recursos comuns e que, para tanto, impõe fundamentação qualificada para tratar de modo desigual os desiguais. (MARTINEZ, 2020, p. 55)

Caracterizados por essa divisão de recursos comuns, os direitos sociais, corporificados, precipuamente, sob a forma de prestações positivas, as quais visam suprir as necessidades dos indivíduos, estão alinhados com a ideia de cooperação social reportada por John Rawls. (2000)

Rawls sustenta que a sociedade é um empreendimento cooperativo que visa vantagens mútuas, sendo marcada por conflitos e identidade de interesses, possibilitando, esta última, que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros isoladamente, considerando os seus próprios esforços. (RAWLS, 2000, p. 04) Enfatiza a necessidade de, ao dividir as vantagens e selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas, ser exigido um conjunto de princípios da justiça social, que regulam não apenas a distribuição apropriada de recursos, mas, ainda, definem os encargos de cooperação social. Assim, segundo o autor, “uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça”. (RAWLS, 2000, p. 05)

Esse “empreendimento cooperativo” possui perfeito imbricamento, repita-se, com os direitos sociais, tendo em vista que, frente aos

desequilíbrios e desigualdades sociais, notadamente após as grandes guerras ocorridas, havia a premente necessidade e exigência de intervenção estatal na solução de tais impasses, a qual gravitava em torno de uma melhor distribuição dos recursos através de prestações sociais.

Distinguindo ainda os direitos de prestação negativa do Estado Liberal dos direitos de prestação positiva do Estado Social, oportuno trazer à baila o pensamento de Robert Alexy, o qual, se reportando à clássica teoria dos quatro *status* de Jellinek, registrou, primeiramente, que o *status* seria uma forma de relação entre cidadão e o Estado, devendo ser uma situação que se distingue de um direito, tendo como conteúdo o “ser” e não o “ter” jurídico da pessoa. E dentre esses quatro *status* reportados por Alexy, ressaem em importância para a discussão em deslinde dois deles, que foram assim caracterizados por este autor: o negativo ou *libertatis*, em que o indivíduo possui direitos de defesa, direitos a ações negativas em face do Estado, a respeito da esfera individual de liberdade, sendo ações irrelevantes para o Estado; e o positivo ou *civitatis*, em que o indivíduo possui a garantia de pretensões positivas, ou seja, tem direito a algo em face do Estado e competência em relação a seu cumprimento. (ALEXY, 2008, p. 255-269)

Na mesma direção aponta Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 516), quando conceitua que o *status positivus* ou *civitatis* franqueia ao indivíduo o direito de exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de suas necessidades, tratando-se de uma situação positiva da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos.

Assumem, destarte, os direitos sociais o *status positivus* ou *civitatis*, entendidos através de sua dimensão positiva, concretizada por prestações e intervenções concretas por parte do Estado precipuamente, revelando-se insuficiente, pois, apenas a garantia de liberdade frente ao Estado, característica da dimensão anterior. Era preciso que este assumisse uma posição ativa, denotada por uma ingerência e participação decisiva nas relações privadas.

Segundo Robert Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito são exercidos pelo indivíduo em face do Estado, caracterizando-se por ser algo que esse indivíduo poderia também obter de particulares se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado. Exemplifica com os direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação. Acrescenta que há aqueles que são expressamente garantidos (direitos sociais) e outros direitos a prestações atribuídos, encontrados em uma série de constituições estaduais, sendo de tipos diversificados e garantidos por meio de interpretação, malgrado ambos possuam a mesma estrutura, conteúdo e problemas. (ALEXY, 2008, p. 499)

Malgrado a diversidade de tipos dos direitos sociais reportada por Alexy, o certo é que a ordem constitucional não comporta nenhuma interpretação que exclua da categoria dos direitos fundamentais quaisquer dos direitos sociais, tamanha a sua importância, constituindo a efetividade das prestações positivas do Estado, ao lado dos direitos individuais, condição necessária para que se garanta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, digno de nota é o pensamento de Ricardo Maurício, segundo o qual não é possível sustentar a interpretação constitucional de que os direitos sociais a prestações positivas do Estado estão excluídos da categoria dos direitos fundamentais, não apresentando eficácia plena e imediata aplicáveis, já que somente dando efetividade a estes é que a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, inclusive individuais, se concretizam plenamente. (SOARES, 2010, posição 2911-2914 [e-book])

Acrescenta ainda o autor, ao tratar dos direitos fundamentais sociais, que estes “[...] catalisam um projeto de emancipação e de afirmação da dignidade do ser humano, oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações socioeconômicas, sem a qual não se realiza o direito justo”. (SOARES, 2010, posição 2922 [e-book])

Trazendo a ideia de que a Constituição Federal reconhece expressamente os direitos fundamentais sociais, registra Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 692) que, de forma inquestionável, “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos sociais, de sorte que, independentemente da previsão expressa destes direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento”.

Delimitadas as características dos direitos sociais, os quais compõem o rol dos direitos de segunda dimensão, é oportuno registrar que o direito ao trabalho foi o primeiro direito social a emergir, estando expressamente previsto no art. 6º da Constituição Republicana, juntamente com outros importantes direitos, tais como o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

Na mesma direção aponta o art. 170 da Constituição Federal, que dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, deixando, assim, assentada a ideia de que o trabalho humano está correlacionado, estreitamente, com a dignidade humana. Adite-se ainda, que também a ordem social tem como base o primado do trabalho, objetivando o bem-estar e a justiça social, à luz do que vaticina o art. 193 desta mesma Carta Constitucional.

Será justamente esse expressivo direito ao trabalho que será melhor analisado na seção seguinte, destacando-se a sua importância para a construção da subjetividade do indivíduo, seja no tocante à sua identidade individual, seja no que concerne à sua identidade coletiva.

A relevância do trabalho digno

O trabalho tem uma dimensão imprescindível não somente em termos de realização pessoal do indivíduo trabalhador (ideias de valorização

peçoal, pertencimento, utilidade para a coletividade, dentre outras), mas, ainda, para o progresso da humanidade e para a sustentação das relações em sociedade, não estando, pois, restrito à produção de bens materiais.

Apontando para as várias facetas e prismas de análise do valor trabalho, Pedro Nicolli (2016, p. 33) afirma que:

É valor individual, na afirmação de si; valor religioso, na continuidade da obra divina; valor econômico, como grandeza básica do mundo das trocas materiais; valor ético, na mediação das relações sociais; valor transindividual nos processos coletivos de identidade, emancipação e luta.

Gabriel de Oliveira Ramos e Renata Dutra (2014, p. 354), sobre esse aspecto, explicam que a afirmação alcançada pelo indivíduo por meio do trabalho é de viés individual, atribuindo significado à sua existência, mas também coletivo, no sentido de construção de um sentimento de pertencimento à coletividade e do estabelecimento de vínculo de solidariedade que permitam o reconhecimento.

O trabalho, além de transformar a realidade circundante, impactando diretamente na sociedade através da produção de bens que satisfazem as necessidades do coletivo; permite ainda, com destaque, a própria transformação do sujeito trabalhador, que tem a sua identidade construída e moldada por tal significativa relação social.

Elucidativo, nesse viés, o pensamento de Ricardo Antunes, que, enfatizando o trabalho humano-social como elemento central da sociabilidade humana, aponta para essa dupla transformação referida, ou seja, “[...] o ser social que trabalha atua sobre a natureza; desenvolve as potências nelas existentes, ao mesmo tempo que ele mesmo se auto-transforma”. (ANTUNES, 2020, p. 116)

Na mesma perspectiva, oportuna a concepção de trabalho abordada por Maria Cecília Máximo Teodoro (2018, p. 31):

O trabalho é o mecanismo mediante o qual o homem torna-se produtivo, pelo qual ele se forma e se transforma, sendo também a porta de abertura para o outro, pois enquanto ser social, é através do trabalho que ele se insere socialmente. Assim, o trabalho faz despontar o ser social, enquanto condição de sobrevivência digna, de formação, desenvolvimento e sociabilidade humana.

A expressão corriqueira “*O trabalho dignifica o homem*” denota o papel social do trabalho, cumprindo um propósito que não pode ser limitado ao percebimento de um valor em pecúnia para a sobrevivência do indivíduo e/ou da sua família. Vai além, permite-lhe a sociabilidade humana, o imbricamento com outras pessoas (solidariedade), a identidade baseada no trabalho (memória social), dentre outros benefícios.

O valor social do trabalho e da livre iniciativa é fundamento expressamente estampado na Constituição da República Federativa do Brasil, a qual constitui em Estado Democrático de Direito, ladeando e convivendo com outros importantes fundamentos republicanos, dos quais se encontram a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

Destaca Renata Dutra, o reconhecimento simultâneo dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como demonstração da constitucionalização do Direito do Trabalho e da consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais, notadamente o direito do trabalho. Chama, ainda, atenção para o fato de que a Constituição, ao propor uma nova relação entre a sociedade civil e a sociedade política, colocando como ideias centrais a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, abre nova perspectiva para o trabalho e, conseqüentemente, novas dimensões da cidadania no trabalho. (DUTRA, 2017, p. 80)

Gabriela Neves Delgado (2015, p. 69) registra que o processo de constitucionalização e posterior consolidação do direito fundamental ao trabalho acompanhou, de forma lenta e gradativa, a evolução

histórica do País, considerados seus avanços e retrocessos, extraindo-se da análise dos textos constitucionais revelados pela história brasileira essa progressiva conquista do direito fundamental do trabalho.

Com efeito, verifica-se que o direito ao trabalho não pode ser entendido dissociado do seu processo de constitucionalização, ou seja, dos vieses e matizes constitucionais que o lastreiam. E, nessa perspectiva, de logo se deixa assentada a ideia de que, para a concretização do seu valor social, não se está a referir a qualquer tipo de trabalho que afaste o trabalhador do percentual daqueles indivíduos que engrossam os números de desempregados ou marginalizados de algum sistema protetivo. Defende-se, ao revés, a realização de um trabalho digno, o qual realize e priorize a dimensão maior e primeira do trabalhador, qual seja, a de ser humano.

A dignidade está em perfeito entrelaçamento com a ideia de pessoa humana, razão pela qual a Constituição Federal, ao expressamente prevê-la como fundamento da República, tratou de nominá-la como dignidade da pessoa humana, nos termos do que vaticina o seu art. 1º, III.

O trabalho, destarte, deve ser sempre cotejado com o valor da dignidade humana, sendo, dessa forma, vetor importante na formação da identidade social do trabalhador. Essa correlação fora, de forma elucidativa, descrita por Gabriela Neves Delgado (2006, p. 70), quando registrou que, sendo um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana, de modo a defender que a Constituição Federal, ao aludir ao direito ao trabalho, já traz embutida, de forma implícita, a ideia de que o trabalho por ela valorizado é o trabalho digno. Justifica tal conclusão por dois aspectos: primeiro, devido ao nexo lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e a dignidade da pessoa humana, fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito; e, segundo, devido ao fato de o trabalho exercido em condições dignas ser instrumento hábil a construir a identidade social do trabalhador.

Esse remodelamento da subjetividade do indivíduo pelo trabalho realizado foi descrito por Christophe Dejours quando, chamando atenção para a psicodinâmica do trabalho, defende a hipótese segundo a qual o trabalho não é redutível a uma atividade de produção no mundo objetivo, colocando, também, à prova a subjetividade, podendo esta sair acrescentada, ampliada, enaltecida ou, ao revés, diminuída, minorada, mortificada. O ato de trabalhar constitui para a subjetividade, nos elucidativos dizeres do autor, “... uma provação que a transforma. Trabalhar não é somente produzir; é, também, transformar a si mesmo e, no melhor dos casos, é uma ocasião oferecida à subjetividade para se testar, até mesmo para se realizar”. (DEJOURS, 2004, p. 30)

Desse modo, cumpre registrar que a identidade social é construída quando o trabalhador é percebido como membro e integrante indispensável de determinado segmento, instituição ou corporação; e quando firma laços de integração, companheirismo e solidariedade com os demais trabalhadores. Passa, destarte, a adquirir valores que moldam o seu comportamento e pensamento, que, por sua vez, refletem no labor desenvolvido e, fora dele, no âmbito privado. Sendo um trabalho digno e valorizado, essa subjetividade será construída positivamente; mas, em se tratando de um trabalho em que a dignidade do trabalhador é desqualificada e ultrajada, por ser visto como mera mercadoria, essa subjetividade acaba corrompida pelos influxos e contornos do capital.

Esse viés negativo visualizado nas relações laborais precárias é que será objeto de apreciação adiante.

Precarização das relações laborais como burla do direito ao trabalho digno

Como se deixou registrado em linhas transatas, o Estado, com a derrocada do liberalismo, passa a intervir nas relações privadas, surgindo os direitos sociais, econômicos e culturais que, como bem pontuado

por Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 550), são chamados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.

O questionamento que exsurge é se essa intervenção do Estado, notadamente nas relações laborais, está alinhada com esse propósito de redução das desigualdades sociais e econômicas, ou seja, se cumpre o papel de distribuição de direitos e oportunidades aos trabalhadores de forma equânime e justa.

Tal questionamento é de relevada importância, tendo em vista que a distribuição desigual aludida compromete a própria concretização do mínimo existencial e, por consequência, a própria consubstanciação da dignidade da pessoa humana, tornando precárias as relações de labor daqueles trabalhadores em situação de invisibilidade, fragilidade, impotência e exploração.

Afora isso, o desenvolvimento de um labor precário ainda coloca o trabalhador num nítido estado de sujeição e anomia, em que, muitas vezes, o impede de reivindicar seus direitos e de lutar por melhores e justas condições de trabalho. Tal situação de passividade e ausência de reação é reforçada pelo medo de perder o emprego e ser colocado numa situação ainda mais desqualificante, a de desemprego.

Trata-se do fenômeno adaptativo, nos dizeres de Amartya Sen, em que o cálculo utilitarista baseado na felicidade ou satisfação dos desejos pode ser profundamente injusto com aqueles que normalmente passam por privações e que são menos favorecidos, exemplificando com os sofridos trabalhadores em regimes industriais exploradores, os quais tendem a se ajustar às circunstâncias, sobretudo para tornar a vida suportável em situações adversas, constituindo uma espécie de “adaptação” a uma situação desesperadora. Sustenta, assim, que, desoladamente necessitadas, as pessoas podem carecer da coragem para desejar qualquer mudança radical e, normalmente, tendem a ajustar seus desejos e expectativas ao pouco que veem como viável,

tirando prazer das “pequenas misericórdias”, constituindo, assim, uma maneira de viver em paz com as adversidades. (SEN, 2011, p. 317)

Assim, além da situação de exclusão, provocada por privações materiais, suportada por muitos trabalhadores submetidos à situação de precariedade, há grave comprometimento de sua autodeterminação para fazer escolhas e de sua coragem para buscar e efetivar mudanças, restando-lhe um estágio de acomodação e desânimo e um estado de sujeição e acatamento em que, por vezes, se encontram, frente aos desmandos do capital. Essa situação revela, às escâncaras, o malfe-
rimento da dignidade humana do sujeito trabalhador.

Nesse particular, elucidativa é a reflexão feita por Renata Dutra, quando pontua que ao Estado Democrático de Direito é trazido o pilar da dignidade da pessoa humana, tornando esse Estado como instrumento para o respeito e a promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas, e complementa que:

E, nesse sentido, os direitos sociais, econômicos e culturais consistem em requisito, porquanto a situação de pobreza que inviabiliza a inclusão social e traduz-se num déficit efetivo de autodeterminação, comprometedor do mínimo existencial e da autoestima dos indivíduos, revela-se incompatível com a concretização da dignidade da pessoa humana. (DUTRA, 2014, p. 231)

Nesse viés, orientado pelo vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, não se pode pensar, nem mesmo conceber, qualquer tipo de relação social, notadamente a laboral, em que as partes já estão genuinamente desiguadas, daí o caráter tuitivo do direito do trabalho, sem a compreensão de promoção do bem de todos, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, IV. Por certo, esse bem comum é incompatível com o atendimento e o favorecimento de apenas uma parcela da sociedade que detém os meios de produção e lucra com a sujeição do trabalhador, visto este apenas como instrumento necessário para o impulsionamento do

lucro e do capital. Tal concepção, por óbvio, inverteria por completo a lógica protetiva em que se sustenta o direito laboral.

Alinhada com tal pensamento, Gabriela Neves Delgado (2015, p. 180) afirma que, no desempenho das relações sociais, onde se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, do que resulta a conclusão de que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio.

O trabalho precário surge, nesse contexto, como avesso a esse propósito de autodeterminação do sujeito e, conseqüentemente, de manutenção da dignidade humana, atendendo aos anseios capitalistas de geração de riqueza a qualquer custo, já que a disponibilização da força de trabalho se dá, única e exclusivamente, para o alcance dos objetivos de terceiros, notadamente capitalistas.

Guy Standing (2020, p. 37) aponta para a variedade do precariado, estando este longe de ser um grupo homogêneo, destacando, ao tratar do ser precarizado, o fato de estar sujeito, ordinariamente, “[...] a pressões e experiências que levam a uma existência precarizada, de viver no presente, sem uma identidade segura ou um senso de desenvolvimento alcançado por meio do trabalho e do estilo de vida”. Exemplifica que essa variedade de pessoas envolve os migrantes, os adolescentes que dormem no *cibercafé* enquanto sobrevivem de empregos transitórios, a mãe solteira que se preocupa de onde virá o dinheiro para os alimentos da próxima semana, o homem de sessenta anos que aceita empregos eventuais para ajudar a pagar as despesas médicas, o trabalhador temporário, os trabalhadores de meio período, os trabalhadores de centrais de atendimento e até os estagiários. Inobstante tal variedade, todos estão ligados pelo mesmo sentimento de que seu “trabalho é útil (para viver), oportunista (pegar o que vier) e precário (inseguro)”. (STANDING, 2020, p. 32-35)

Acrescenta o autor que o precariado consiste em pessoas que são desprovidas de formas de garantias relacionadas ao trabalho: garantia de mercado do trabalho (oportunidades adequadas de renda-salário);

garantia de vínculo de emprego (proteção contra dispensa arbitrária); segurança no emprego (manutenção de um nicho no emprego, oportunidade de mobilidade “ascendente”); segurança no trabalho (proteção contra acidentes e doenças); garantia de reprodução de habilidade (oportunidade de adquirir habilidades); segurança de renda (garantia de renda adequada e estável); e garantia de representação (garantia de voz coletiva no mercado de trabalho). (STANDING, 2020, p. 28)

Nesse sentido, desprovido o precariado dessas garantias a que se aludiu alhures, é fácil perceber que as relações precárias de labor acabam por comprometer, além da identidade individual já referida, a formação de uma identidade coletiva por aquele que labora. A falta de segurança no emprego, com as constantes mudanças ocorridas e a alta rotatividade de mão de obra verificada, notadamente por se tratar, na maioria, de empregos transitórios, sem oportunidades de construção de carreiras, não permite a solidificação de práticas estáveis, a construção da ideia de pertencimento a uma instituição e a socialização com os demais trabalhadores, esvaziando a ideia de solidariedade.

Nas relações precárias não há uma preocupação com a dignidade do trabalhador, intrínseca à sua condição primeira de ser humano; sendo este visto, diversamente, como um instrumento a serviço de um objetivo alheio, notadamente econômico, ditado por aqueles que detêm o poder.

Ricardo Maurício Soares (2010, posição 2704 [e-book]) destaca que a dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, estando relacionado tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, de modo que se veda qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade.

A coisificação do ser humano trabalhador, visto o trabalho como uma mera mercadoria, vai de encontro, inclusive, à Declaração de Filadélfia de 1944, anexo da Constituição da Organização Internacional

do Trabalho (OIT), que enfatiza a ideia de valorização do sujeito que trabalha, devendo ser fonte de dignidade, uma de suas quatro ideias principais. Tal ideia dista da concepção de um labor produzido em prol, exclusivamente, de geração de riqueza para os detentores dos meios de produção ou de mera garantia de sobrevivência daqueles que o prestam.

Deve estar o trabalho a serviço ainda do bem-estar individual do trabalhador e, por consequência, de toda coletividade; bem, assim, da satisfação de outros aspectos da vida, não se restringindo, pois, à mera sobrevivência. O trabalho não é apenas um meio de subsistência; mas, sim, de formação da subjetividade, de apropriação de valores, de composição da identidade coletiva e dos laços de solidariedade, de realização de projetos de vida pessoal e profissional, ou seja, de construção da integralidade do ser humano, em prol de sua felicidade. A invisibilidade de todos esses âmbitos de realização proporcionados pelo labor, com a consequente adoção de um viés puramente econômico de subsistência, ou o aprisionamento do trabalhador aos interesses patronais, é uma redução indesejada e até perversa, já que causa sentimentos de frustração, decepção, desengajamento, impotência, ansiedade, dentre outros; além de privar-lhe de um bem maior, a liberdade para gerir a sua própria vida.

Nesse sentido, Amartya Sen (2011, p. 310-311) vai nos dizer que a capacidade de ser feliz é também um aspecto fundamental da liberdade, de modo que as razões para a valorização de nossos objetivos nos ajudam a explicar por que podemos nos sentir razoavelmente felizes em alcançar o que buscamos, e frustrados quando não temos êxito, tendo a felicidade um mérito indicativo por estar relacionada com nossos sucessos e fracassos na vida.

Retomando as declarações de direitos, por sua significância no debate em análise, destaca-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, que reúne todas as espécies de direitos, incluindo os direitos sociais, sem os quais não é

possível a realização integral do sujeito e não se materializa a dignidade da pessoa humana. Em seu preâmbulo, enfatiza-se que o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo se pauta no reconhecimento da dignidade inerente a todos os indivíduos e no reconhecimento de seus direitos iguais. E dentre os seus trinta artigos, sobreleva em importância para o quanto aqui se defende o artigo 23^o, que assegura, em apertada síntese, o direito reconhecido a todo ser humano ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; direito a igual remuneração por igual trabalho; além do direito a uma remuneração justa que lhe assegure, assim como a sua família, existência compatível com a dignidade humana, sendo acrescentados outros meios de proteção.

Da leitura do supramencionado dispositivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de logo se observa, corroborando o quanto aqui já defendido, que o direito ao trabalho não está restrito ao direito ao exercício de um trabalho, visando apenas à proteção contra o desemprego. Traz embutido um conteúdo ético, enfatizando o valor social do trabalho, já que este tem que ser aporte para uma existência compatível com a dignidade humana.

De mais a mais, o direito fundamental ao trabalho digno, devendo ser concretizado em condições dignas e favoráveis, perpassa ainda pelo seu viés negativo, o qual consiste no direito de não o exercer, preservando o tempo livre do trabalhador, objetivando o não comprometimento de sua saúde e segurança, bem como dos projetos de vida e da vida de relações. É o direito de desligar-se física e mentalmente para que possa bem usufruir do convívio com a família e com os amigos, além de bem gozar de atividades de lazer e socialização.

Esse viés negativo está em perfeita coadunância com o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2015), que, ao tratar dos direitos de segunda dimensão, destaca a sua abrangência, enfatizando não se restringirem aos direitos de cunho prestacional, abarcando ainda as denominadas “liberdades sociais”. Exemplifica-as com os direitos fundamentais

dos trabalhadores ao gozo de férias e repouso semanal remunerado. Registra, ainda, que podem ser considerados tais direitos de segunda dimensão como uma densificação do princípio da justiça social, compensando as desigualdades suportadas notadamente pelas classes menos favorecidas, nas quais se inclui a operária.

Nesse sentido, a preservação do trabalho digno correlaciona-se intimamente com o direito do trabalhador de gozar do tempo livre, tais como as férias e os repouso, ou seja, de desligar-se do trabalho, direito este nominado pelo jurista Jorge Luiz Souto Maior de direito à desconexão. Segundo o autor, esse direito guarda íntima conexão com a preservação da saúde da sociedade e constitui-se, portanto, não apenas um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família. (SOUTO MAIOR, 2003)

O aprisionamento físico ou mental do trabalhador aos interesses do empregador, que o impede de gozar do seu tempo livre como lhe aprouver, vai de encontro à garantia constitucional de um trabalho digno, que, por sua vez, está atrelada à ideia de liberdade. Trata-se de uma liberdade que não apenas quer proteger o trabalhador das correntes que o aprisionavam fisicamente, como ocorreu com os escravos por mais de trezentos longos e sofridos anos; mas, e principalmente, quer protegê-lo das restrições forçadas que são impostas pelo empregador, muitas vezes de forma sorrateira e sutil, aprisionando-o mentalmente.

Oportuno trazer à baila o pensamento de Amartya Sen quando aponta pelo menos duas razões diferentes para o valor da liberdade: a primeira, no sentido de nos ser oportunizado buscar nossos objetivos, o que valorizamos, como gostaríamos de viver; e a segunda, no sentido de atribuir importância ao próprio processo de escolha, nos possibilitando ter a certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros. (SEN, 2011, p. 267)

Tal ideia de liberdade relaciona-se com o direito à desconexão, o qual, de fato, oportuniza que o trabalhador busque e realize seus próprios objetivos (projetos de vida), bem assim se direcione para a

concretização daquilo que valoriza e da forma como entende prazeroso viver (vida de relações). Como bem destacou Amartya Sen, esse processo decisório somente possui sentido quando ocorre de maneira livre, refutando-se, assim, qualquer espécie de imposição que expresse apenas, e tão somente, os desígnios e propósitos de outrem.

É preciso que o labor faça sentido para aquele que o presta, e tal somente é possível quando ocorre a valorização do trabalhador, o que perpassa pelo respeito a sua dignidade humana. Tal compreensão exige o comprometimento de toda sociedade, incluindo o Estado, na busca da implementação de medidas de efetivação do valor social do trabalho, o qual desponta da própria constituição, tratando-se de um processo gradual; porém, premente.

Nessa perspectiva, afirma Amartya Sen que ninguém defendeu mais forte e elaboradamente do que John Rawls a necessidade do comportamento “razoável” para o bom funcionamento de uma sociedade, apontando que este último estava ciente da dificuldade em supor qualquer tipo de emergência espontânea do comportamento razoável universal por parte de todos os membros de uma sociedade. Sinaliza que podemos reconhecer que a busca da justiça é uma questão de formação gradual de padrões de comportamentos, não sendo fruto de um salto imediato a aceitação dos princípios da justiça por todos os membros de uma sociedade. (SEN, 2011, p. 99) Chama o autor atenção para a ideia dos imperativos globais, no sentido de que, qualquer pessoa, em qualquer lugar no mundo, independentemente de nacionalidade, local de domicílio, cor, classe, casta ou comunidade, deve ter o direito de ver respeitados pelos outros os seus direitos básicos. (SEN, 2011, p. 390)

Alude Ronald Dworkin à tese da antropologia moral, entendendo ser inteiramente racional pensar que os princípios que os membros de uma comunidade consideram persuasivos são determinados pelas metas coletivas por ela estabelecidas, sendo o bem-estar coletivo promovido pela crença de que cada indivíduo deve ter uma consideração

mínima pelos direitos dos outros, de modo que, toda vez que uma nova ordenação dos direitos servir melhor ao bem-estar coletivo deles, deve-se esperar que as convicções morais dessa comunidade sejam conformadas a essa nova realidade. (DWORKIN, 2002, p. 147-148)

Nessa perspectiva, cumpre pontuar que o Estado exerce papel decisivo na garantia do direito ao trabalho digno, tendo em vista que, por ser um direito fundamental, deve ser assegurado a todos os indivíduos, de forma indistinta, sendo relevante ainda a sua eficácia irradiante, de modo a nortear, inclusive, a legislação infraconstitucional. Não se pode olvidar que o Estado se manifesta através dos seus poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que, juntos, manifestam o poder político, que é uno e indivisível. Segundo Dirley da Cunha Júnior, “não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado”. (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 490)

Cumpre registrar, neste particular, que todas as funções que compõem esse poder político, manifestadas pelos distintos órgãos estatais aludidos, devem estar alinhadas e direcionadas em prol desse objetivo maior de garantia do direito a um trabalho digno, o qual se correlaciona, por sua vez, com a ideia de justiça e de bem comum. Segundo Dworkin, cumpre papel crucial a instituição dos direitos, representando para as minorias uma promessa feita pela maioria de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. E, mais adiante, conclui que “Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério”. (DWORKIN, 2002, p. 314)

E, nesse sentido, o que se percebe é que o direito a um trabalho digno nem sempre é levado a sério, pelo que se defende nesta reflexão que toda legislação infraconstitucional trabalhista, que chancele ou, no mínimo, reforce a precarização, deve ser lida em combinação com os vetores e diretrizes constitucionais.

A título ilustrativo, citem-se as alterações promovidas pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), dentre as quais a norma legal

que legitima a terceirização irrestrita (Art. 4º-A da Lei n. 6019/74). Chancelou-se a possibilidade de que esta ocorra em qualquer etapa produtiva, contribuindo para aumentar ainda mais as condições precárias a que se sujeitam alguns trabalhadores, além de permitir que convivam num mesmo ambiente laborativo trabalhadores realizando as mesmas tarefas (empregados diretos da tomadora de serviços e empregados terceirizados), mas suportando distintos salários, diferenciadas formas de tratamento, divergentes benefícios normativos, sem falar nos inconciliáveis sentimentos de pertencimento à instituição, de engajamento e de solidariedade, que restam bastante fragilizados, já que, quanto a estes últimos, os terceirizados, a rotatividade e a mudança de tomadores são uma constante realidade.

Raphael Miziara e Iuri Pinheiro registram os efeitos nefastos dessa alteração legislativa quando, fazendo referência a este dispositivo, afirmam que:

Com efeito, o dispositivo citado é enfático ao considerar a prestação de serviços a terceiros como sendo a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade compatível com a sua execução.

Não se trata aqui, da chamada terceirização estruturante, mas, sim, da terceirização dita predatória, da qual decorrem todas as consequências deletérias de direitos sociais inerentes a esse precarizante modo de produção. (MIZIARA; PINHEIRO, 2017, p. 68, grifo nosso)

Observe-se que essa condição precária a que aludiu os autores é tão perceptível que o art. 4º-C da Lei n. 6019/74, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, pretendeu assegurar aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A da Lei n. 6019/74, quais sejam, os terceirizados, alguns direitos já ofertados

aos empregados da tomadora, tais como a igualdade de alimentação, de transporte, atendimento médico e ambulatorial e treinamento adequado. Entretanto, ressaltou o legislador reformista, que tal igualdade de direitos se verifica “*quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora...*” (BRASIL, 2017, grifos nossos). Com isso, se alberga ainda mais a perversa condição precária do terceirizado, já que, mesmo realizando as atividades precípua da tomadora, atividades estas igualmente realizadas pelos empregados diretamente por esta contratados, e estando, indistintamente, imbuído no alcance da atividade finalística da tomadora, deve contentar-se, quando lhe forem ofertados, com alimentação, transporte, atendimento médico e treinamento não tão favoráveis quanto aos ofertados a seu colega, simplesmente por estarem separados por muros ou paredes vizinhas.

Tal desalinhamento de oportunidades e condições no tocante a indivíduos trabalhadores que realizam uma mesma atividade constitui nítida afronta ao princípio da igualdade, além de malferir a verdadeira ideia de justiça, que se relaciona com o bem comum de toda a humanidade.

Essa ideia de justiça somente se materializa quando a atenção é direcionada às desumanidades, às atrocidades, aos desequilíbrios, às perversidades, aos problemas sociais e às desigualdades que assolam o mundo inteiro, e não apenas aos nossos vizinhos espacialmente localizados.

Amartya Sen, neste particular, reforçando a ideia de justiça, atrelando-a à necessidade de se tomar conhecimento de nossas extensas conexões em todo o mundo e chamando a atenção para a necessidade de se ultrapassar o confinamento posicional de nossas preocupações com a “vizinhança” próxima, em prol de uma preocupação com toda a humanidade, esclarece que “É à ‘largueza das visões dos homens’ que a busca da imparcialidade aberta recorre. E é a crescente ‘força de suas mútuas conexões’ que faz com que ‘as fronteiras da justiça ainda cresçam mais’”. (SEN, 2011, p. 205)

Combinando tal pensamento com o labor precarizado, não é justificável uma preocupação do legislador reformista com apenas os “vizinhos” (leia-se trabalhadores) situados num mesmo ambiente laboral espacialmente localizado, tal como se exemplificou com as alterações ocorridas na terceirização. As formas de proteção à dignidade do trabalhador, bem assim o combate às formas de tratamento desiguais, que apenas reforçam a situação de precariedade de alguns trabalhadores que estão em posições fragilizadas, devem ser veementemente garantidas, sendo estes vetores de patamar constitucional.

Propõe-se, assim, na presente reflexão, que a legislação infraconstitucional trabalhista seja sempre cotejada com as normas constitucionais que reforçam a valorização do trabalho humano e o primado do trabalho, objetivando sempre assegurar ao indivíduo trabalhador uma existência digna, bem assim a realização da justiça e do bem comum.

Conclusão

O homem, através do trabalho, por seu importante valor social, transforma o meio ambiente e é por este transformado. O seu comportamento, as suas concepções, os seus valores, tudo isso acaba sendo moldado pela ambiência laboral, de modo que, sendo a realização de um trabalho digno, tal construção da subjetividade se dá de forma positiva.

Além da construção de identidade individual, o trabalho, por seu elemento de agregação entre os seres humanos, atua de forma decisiva na formação da identidade coletiva, atribuindo significado às relações de solidariedade e companheirismo, de pertencimento à instituição e de reconhecimento social.

O direito ao trabalho, como importante direito social e, por consequência, direito fundamental, deve ser exercido em condições que assegurem uma existência digna ao trabalhador, o que perpassa pelo

exercício de um labor que garanta não apenas a sua subsistência, mas ainda, sobressaindo em importância, que lhe assegure realização pessoal e profissional e que lhe garanta os direitos fundamentais indisponíveis. Tal proceder está em estrita conexão, também, com o respeito à autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de desconectar-se do trabalho e de usufruir livremente de seus tempos livres, evadindo-se de toda forma de labor precarizante, o qual, além de malferir a dignidade do trabalhador enquanto ser humano, constitui uma nítida forma de aprisionamento físico e psíquico aos interesses estritamente capitalistas de outrem.

Reafirma-se, assim, a premissa alhures defendida no sentido de que o Estado e a sociedade, conjuntamente, devem estar imbuídos em prol desse objetivo maior de garantia do direito a um trabalho digno. Frise-se que qualquer legislação infraconstitucional trabalhista, que albergue ou reproduza processos laborais precarizantes, deve ser lida em combinação com os vetores e diretrizes constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, daí decorrendo a significância do direito fundamental ao trabalho digno.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. atual. até 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DECLARAÇÃO de Filadélfia, de 10 de dezembro de 1944. *International Labour Organization*, Genève, 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em 27 out. 2020.

DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. *Prod.*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 27-34, dez. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65132004000300004. Acesso em: 6 nov. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. O trabalho enquanto suporte de valor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas*, Belo Horizonte, n. 49, p. 63-80, 2006. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/7/6>. Acesso em: 10 nov. 2020.

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

DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder Judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017. Orientadora: Gabriela Neves Delgado

DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho em call centers na Região Metropolitana de Salvador*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017. Orientadora: Gabriela Neves Delgado.

MARTINEZ, Luciano Martinez. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIZIARA, Raphael; PINHEIRO, Iuri. *A regulamentação da terceirização e o novo regime do trabalho temporário*. São Paulo: LTr, 2017.

NICOLLI, Pedro Augusto Gravatá. *Fundamentos do direito internacional social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

RAMOS, Gabriel de Oliveira; DUTRA, Renata Queiroz. Tendências Desmobilizadoras Oriundas da Terceirização e da Precarização Trabalhistas: reflexos na atuação sindical. In: DELGADO, Gabriela. PEREIRA, Ricardo (org.). *Trabalho, Constituição e Cidadania*. São Paulo: LTr, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 23, set. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out. 2020.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: BREVE ANÁLISE DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO DEFINIDAS NA EC 103/2019

Helenilson Santos Bispo

Introdução

O artigo 193 da Constituição Federal define que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais. Também define que o Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, monitoramento, controle e avaliação dessas políticas. Na ordem social assim delineada, relevante papel é reservado à seguridade social, que, nos termos do artigo 194, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A previdência social brasileira vem sofrendo recorrentes reformas, a partir de alterações constitucionais mais ou menos abrangentes e profundas, com repercussão na legislação infraconstitucional correspondente. As Emendas Constitucionais (EC) n° 20, de 1998, e n° 41, de 2003 – complementada pela EC n° 47, de 2005 – trouxeram

alterações significativas para o sistema previdenciário brasileiro. Enquanto a EC 20/1998 afetou mais significativamente o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), a EC 41/2003 e a EC 47/2005 trouxeram alterações relevantes para os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos civis.

Recentemente, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 6, de 2019, promulgada em 12 de novembro de 2019,¹ como Emenda Constitucional n° 103. Esta última reforma, objeto de análise deste artigo, introduz significativas alterações no regramento do sistema previdenciário brasileiro, redefinindo regras para obtenção dos benefícios prestacionais previstos e restringindo direitos de segurados do Regime Geral de Previdência Social e do Regime Próprio dos servidores públicos federais – com promessa de extensão aos Regimes Próprios de Estados e Municípios, através da PEC n° 133, de 2019, mais conhecida como “PEC paralela”.²

Além dos esperados efeitos relativos à economia de recursos do sistema, através da elevação da arrecadação e da restrição da concessão de benefícios previdenciários, vislumbra-se, com a entrada em vigor das novas regras aprovadas, comprometimento da segurança jurídica, tendo em vista as novas regras de transição estabelecidas, o aumento do tempo de contribuição exigido para aposentadoria e a diminuição do valor dos benefícios concedidos a partir da reforma.

O presente estudo tem por objetivo geral descrever, de modo contextualizado, a previdência social no Brasil, situando-a no debate atual (nacional e internacional) e contextualizando o cenário de recorrentes modificações normativas ocorridas desde a promulgação da Constituição de 1988. Como objetivo específico, pretende-se desenvolver breve análise acerca das regras de transição estabelecidas

.....
1 Publicada no DOU de 13 de novembro de 2019.

2 Já aprovada no Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados em 28/11/2019, onde tramita.

na EC 103/2019, à luz do princípio da proibição de retrocesso social, alicerçado na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana, corolários do Estado Democrático (e Social) de Direito.

Previdência social: natureza jurídica, síntese evolutiva e debate atual

Sergio Pinto Martins (2002) observa que o termo “previdência” vem do latim *pre videre*, ver com antecipação os riscos sociais na tentativa da sua composição. Nesse contexto, previdência social é espécie do gênero seguridade social – composta por um conjunto de princípios, normas e instituições – destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família, quando da ocorrência de determinadas contingências previstas em lei.

Wladimir Novaes Martinez (1985) destaca que a solidariedade social se constitui no princípio fundamental da previdência social, pois no seguro social a solidariedade é básica, distinguindo-se dos princípios básicos e dos técnicos, afluindo como diretriz superior. Assim, diz-se que ausente a solidariedade será impossível organizar a previdência social. Nesse contexto, define-se a previdência social como a técnica de proteção social para propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes. O indivíduo beneficiar-se-á desses meios de subsistência quando não puder obtê-los – ou quando não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente – através do trabalho, seja por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte.

Dirley da Cunha Júnior (2020) assinala que a previdência social é conquista consagrada com o advento das Constituições sociais

e consolidada a partir da implantação do Estado social, manifestando-se como direito fundamental social que assegura aos seus beneficiários, mediante pagamento de determinada contribuição, os meios indispensáveis de manutenção, através de determinados benefícios previdenciários.

Observando o histórico da previdência social, constata-se que os sistemas previdenciários, no âmbito internacional, caracterizam-se semelhantemente, tendo como origem um seguro social destinado a algumas categorias de trabalhadores urbanos, que, de forma gradativa, expande-se até atingir a virtual totalidade da população economicamente ativa. Em sintonia, também observa-se que a oferta de benefícios aos segurados experimentou, ao longo dos anos, significativo incremento, sobretudo no que se refere à variedade e às condições de concessão, de acordo com os riscos sociais, dotados de natural dinâmica, em função das alterações da estrutura das populações e do surgimento de novas demandas sociais, ou simplesmente a substituição dessas demandas por outras, próprias de uma nova realidade social ou econômica.

O sistema previdenciário brasileiro evoluiu à semelhança dos países precursores,³ tendo chegado ao modelo atual, também utilizado no cenário internacional, qual seja, um sistema subdividido em três regimes básicos: um regime geral e compulsório; um regime complementar e facultativo; e diversos regimes próprios para os servidores públicos, no caso brasileiro, da União, dos Estados, do Distrito Federal e de parte dos Municípios.

A EC 103/2019 afeta o Regime Geral e o Regime Próprio de Previdência Social da União.⁴ Observa-se, tanto nesta como nas refor-

.....
3 Principalmente a Alemanha, a partir da consolidação do Estado Social, idealizado pelo chanceler Otto Von Bismarck, seguida de Áustria, Hungria, Suécia, Noruega e Dinamarca. Também se destaca a Inglaterra, onde o Plano Beveridge, de 1942, implementa o *Welfare State*, com a difusão do termo "seguridade social".

4 Tendo em vista a exclusão dos Regimes Próprios de Estados, Distrito Federal e Municípios durante o jogo político travado na tramitação da proposta na Câmara dos Deputados, sendo definida a sua inclusão na PEC nº 133, a chamada "PEC paralela".

mas anteriores, a expressa preocupação com a sustentabilidade do sistema e a desigual distribuição de renda no País.

O debate atual acerca da questão previdenciária, travado em meio às pautas de restrições financeiras e econômicas, tem ocasionado significativas reduções do nível de proteção social em muitos países. Ao mesmo tempo, novas contingências sociais surgem e algumas das já existentes ganha relevância ou, simplesmente, modificam-se. Os crescentes índices de desemprego e o aumento do número de trabalhadores eventuais ou subempregados fazem parte desse quadro, despertando preocupação nos governos nacionais.

Outra fonte de especial preocupação, do ponto de vista da sustentabilidade do sistema, está no aumento da longevidade da população, aliado à redução dos índices de natalidade, principalmente nos países mais desenvolvidos, fatores que implicam uma inversão da pirâmide etária. Esse ponto, em particular, torna-se decisivo para que se questione o regime financeiro de repartição, que tem por fundamento a solidariedade entre os indivíduos, marcado pelo pacto entre as gerações, o chamado “pacto intergeracional”.⁵ Não obstante tais questionamentos, Wagner Balera e Thiago Fernandes (2015) consideram que o regime de repartição é o regime financeiro apto a realizar a solidariedade securitária em seu grau mais elevado, visto que, por se caracterizar pelo pacto entre indivíduos e gerações, as contribuições dos que são aptos para o trabalho, dos que têm renda, são empregadas, de imediato, no amparo dos que não gozam de tal situação, em um dado momento.

Assim, o debate atual coloca em questão a escolha do modelo de financiamento mais adequado ao equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas de previdência, mesmo em detrimento das condições de cobertura oferecidas aos segurados. As experiências latino-americanas – inclusive a brasileira e a, sempre comentada, chilena – têm

.....
5 Termo bastante difundido no âmbito do Direito Ambiental, mas também aplicável ao Direito Previdenciário.

demonstrado essa disposição, ainda que os resultados alcançados venham apontando a limitação das medidas adotadas, sendo difícil mensurar adequadamente os seus efeitos sem o auxílio de pesquisas e estudos detalhados sobre o tema.

Basicamente os sistemas previdenciários atuais subdividem-se entre dois arranjos: a repartição e a capitalização. Também se observam diferentes combinações de modelos, a depender do país, indo desde regimes baseados unicamente na repartição simples, até modelos como o implantado no Chile, que se apoiam principalmente na capitalização individual administrada por instituições privadas.

Não se pode perder de vista, nesse contexto, que, no Brasil, a previdência social garante não somente a proteção social nas situações em que o trabalhador se torna incapacitado de auferir o próprio sustento e o de sua família, mas também a economia dos municípios, sobretudo pequenos e médios, sustentando o consumo, gerando renda e desenvolvimento, como comprovam Álvaro Sólón de França e demais autores. (2019)

Tem se tornado comum a discussão acerca do alcance dos direitos fundamentais, seja quanto à inclusão de direitos prestacionais, seja quanto à amplitude desses direitos, especialmente no que se refere às limitações orçamentárias do Estado, sobretudo no âmbito das economias de mercado pautadas no Estado liberal. Nesse debate situa-se a previdência social, que, conforme visto, consubstancia-se como tradicional mecanismo de proteção diante das adversidades da vida, cobrindo e resguardando os seus beneficiários, incluindo segurados e dependentes, dos riscos sociais, conforme rol previsto em lei.

A previdência social, no direito positivo brasileiro, como já foi dito, é fixada como componente da seguridade social, tendo em vista a previsão do artigo 194 da Constituição Federal de 1988. Da mesma forma, é tradicionalmente apontada como direito humano de segunda

geração,⁶ configurando garantia positiva típica do Estado social. Cumpre destacar, ainda, que a previdência social é direito social fixado no artigo 6º da Constituição Federal, inserido no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Nesse contexto, conclui-se ser uma necessidade admitir a previdência social como direito fundamental, posto que o seguro social é meio necessário e eficaz de garantia da vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas. Indo além, pode-se dizer, segundo Fabio Zambitte Ibrahim (2010), que a previdência social, na sua dimensão objetiva, seria uma garantia institucional, pois supera a solidão individualista da concepção clássica dos direitos fundamentais, já que as diretrizes do aparelho previdenciário e sua própria existência são também resguardadas de alterações pelo legislador ordinário, em uma realidade mais abrangente e eficaz na valorização da pessoa humana.

Assim sendo, a previdência social, gozando do *status* de direito fundamental social, impõe-se como garantia institucional, devendo ser observadas não apenas as regras constitucionais e infraconstitucionais que a norteiam, mas também os princípios que lhe são próprios, como será visto adiante. Para tal mister, por óbvio, requer-se a indicação objetiva e a preservação das suas fontes de custeio, de modo a garantir ou, pelo menos, viabilizar o seu equilíbrio financeiro e atuarial, com vistas à sustentabilidade do próprio sistema. Imbrica-se nesta concepção a indispensável valorização da pessoa humana, sem a

.....
6 Fábio Zambitte Ibrahim (2010) alerta para a já conhecida inadequação dessa subdivisão dos direitos fundamentais ou humanos em gerações ou dimensões, não somente pela necessidade de convivência conjunta destes, mas, especialmente, pelo fato de os direitos de solidariedade partirem da premissa de um novo contrato social entre desiguais, visando à garantia de igual oportunidade para todos, enquanto os direitos clássicos relativos à liberdade formal são oriundos de um contrato social entre iguais. Ademais, no plano internacional, os chamados direitos de 2ª geração foram fixados em primeiro lugar, bastando lembrar a ação da OIT no sentido da implementação de direitos sociais desde 1919.

qual se configura ineficaz a apuração pura, simples e fria de números representativos de dados financeiros, estatísticos ou demográficos.

Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica como princípios norteadores da previdência social

De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 83-84), a delimitação linguística do princípio da dignidade da pessoa humana aponta para os seguintes elementos: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Na primeira acepção, o conteúdo de uma vida digna está associado à ideia de igualdade formal e abstrata de direitos. Sob essa ótica, a previsão da dignidade humana implica considerar o homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-lhe tratamento isonômico. O reconhecimento dessa primazia, que não se dirige somente a determinados indivíduos, deve alcançar toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas.

Com base na segunda acepção, o conceito de dignidade humana revela-se atrelado ao impedimento da degradação e coisificação da pessoa. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser também traduzida na impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico.

Por fim, na terceira acepção, vincula-se à noção de dignidade a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano, o que significa dizer que a dignidade humana só se efetiva com a preservação de condições materiais mínimas para a existência humana.

As três acepções, tomadas em conjunto ou isoladamente, interessam particularmente a este trabalho, tendo em vista que a previdência, conforme já analisado, constitui-se em direito social fundamental

expresso na Constituição Federal de 1988, fato que já lhe confere, por si só, primazia na análise de questões que lhe sejam potencialmente restritivas, como, por exemplo, as reformas do sistema previdenciário. Em outras palavras, não se pode afastar a dignidade humana da análise das contas da seguridade social ou, mais especificamente, da previdência social, valorizando apenas o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, sobretudo quando os dados disponibilizados são obscuros e comumente tratados de modo enviesado, na busca de conclusões já previamente decididas em função de escolhas políticas ou ideológicas.

As diversas concepções neoconstitucionalistas convergem para o entendimento de que o direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e a aplicação de princípios jurídicos, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (SOARES, 2010)

Dirley da Cunha Júnior (2020) pontua que a Constituição brasileira de 1988 alçou o homem à condição de fim, sendo o Estado o meio necessário a garantir a felicidade humana e o bem-estar de todos. Por isso mesmo, a Constituição, no artigo 3º de seu texto, fixa como objetivo fundamental do Estado, entre outros, construir uma sociedade justa, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, elegendo os direitos fundamentais como o centro do sistema político e jurídico, a partir da perspectiva de que a dignidade da pessoa humana é fundamento nuclear da organização estatal.

Em harmonia com esse pensamento, Napoleão Nunes Maia Filho e Maria Fernanda Pinheiro Wirth (2019), ao tratar da interpretação judicial do Direito Previdenciário, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, observam que não se apreende este ramo do direito a não ser promovendo a integração entre as regras positivas (leis escritas), os princípios gerais e os valores fundamentais. Segundo o entendimento dos autores, não há exagero em afirmar que o Direito Previdenciário deve a sua compreensão muito mais aos valores fundamentais e aos

princípios jurídicos do que às regras positivadas, e isso ocorre porque a tradição jurídica positivista, tanto no fazer as leis, como no aplicá-las, sempre teve pouca preocupação com a “humanidade das pessoas”. Concluem que o ser humano, com as suas fragilidades e os seus infortúnios, com a sua esperança e a sua busca de segurança, é a razão e o motivo do pensamento jusprevidenciário.

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida no lugar onde as pessoas sejam constantemente atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2019)

Reforça-se, assim, o entendimento de que a análise fria e isolada dos números não pode prevalecer na apreciação da situação de um sistema previdenciário que se pretenda minimamente inclusivo e solidário. Não se concebe, tanto na construção do arcabouço normativo quanto na aplicação da lei, que o elemento humano seja relegado a um distante segundo plano, em detrimento do orçamento público, cuja composição pauta-se primordialmente nas escolhas políticas e nos fatores reais do poder.⁷

Uma sociedade que faz essa opção tende ao insucesso do ponto de vista social e econômico, no que tange à distribuição das riquezas circulantes. No caso do Brasil, como já apontado, a coesão social e a própria subsistência de comunidades mais pobres dependem substancialmente da distribuição de recursos que é promovida pela previdência social. A política de assistência social, por seu aspecto basilar e restritivo, apenas garante uma renda mínima, normalmente incapaz de proporcionar o atendimento do mínimo existencial. Daí a importância

.....
7 Adota-se aqui a concepção de Ferdinand Lassalle, segundo a qual os fatores reais do poder regem uma determinada sociedade, sendo, nas palavras do autor, “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser como elas são”. (LASSALLE, 2001, p. 10-11)

da previdência social, enquanto conjunto de ações e serviços públicos constituído e concebido como seguro social. Justamente por se tratar de um seguro social, pressupõe-se a observância da devida (e esperada) segurança jurídica.

Odete Medauar (2008, p. 227-231) traz a noção de que, em essência, segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. Expressa a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente, sobretudo, do sistema jurídico. A segurança jurídica, destarte, tem potencial para proporcionar estabilidade da ordem jurídica e previsibilidade da ação estatal.

Ingo Sarlet (2005), ao tratar dos contornos do direito fundamental à segurança jurídica no Estado Democrático de Direito e na Constituição Federal, salienta que, no caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no caput do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. O autor observa que muito embora em nenhum momento tenha o Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o art. 5º, XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5º, XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (art. 5º, XLV a XLVIII), das restrições à extradição (art. 5º, LI

e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).

Com justa razão, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, atribuindo-lhe *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante desse Estado. (SARLET, 2019, p. 452)

Paulo Modesto (2019a, p. 01) chama a atenção para a questão da segurança jurídica no campo previdenciário:

Segurança jurídica é gênero de primeira necessidade. Mas mendigamos por ela – e suas derivações – há muitos anos. Entre os que mais carecem de segurança jurídica estão os segurados da previdência. Em princípio, trata-se de paradoxo: segurado é supostamente alguém garantido, que é obrigado ou adota a cautela de renunciar a parte de seu patrimônio no presente em favor de benefício futuro, programado para ser recebido em tempo definido.

Gilmar Mendes, no voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.104/DF⁸, considera que a alteração de regras de transição, aliada à elevação da idade para aposentadoria, transforma-se numa “corrida de obstáculo com obstáculo móvel”, em afronta à segurança jurídica. Reflexão crítica que merece espaço ao se analisar a (in)segurança jurídica no âmbito previdenciário.

De fato, as recorrentes e sucessivas alterações das regras previdenciárias (tempo de contribuição, idade mínima para aposentadoria, majoração de alíquotas de contribuição, fórmulas de cálculo dos benefícios prestacionais etc.) vilipendiam a segurança jurídica, trazendo

8 Questionava-se a validade constitucional do art. 2º e da expressão “8º” do art. 10, da EC 41/2003, relativos a alterações no cálculo do benefício de aposentadoria e nas regras de transição para servidores públicos, com base na tese do direito adquirido. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 24 out. 2020.

instabilidade e incerteza aos beneficiários do sistema (segurados e dependentes), nos diversos regimes. Afinal, é cediço que a previsibilidade e a esperança de dias mais tranquilos são características inerentes à previdência social enquanto política pública concebida sob a forma de seguro social. As constantes e sucessivas modificações do regimento para a concessão dos benefícios previdenciários, no entanto, ocasionam, indubitavelmente, natural preocupação dos indivíduos vinculados ao sistema com relação ao seu futuro e de sua família, além de trazer prejuízos, no plano geral, à proteção da coletividade, com reflexos sobre a própria coesão social.

No encaminhamento da última proposta de emenda à Constituição, aprovada em 2019, o Governo Federal divulgou e defendeu números que foram criticados e questionados por meio de diversos estudos abalizados acerca do tema. Além dos números em si, questionava-se a origem dos dados e a transparência das informações. O Governo (tal como os anteriores que se dispuseram a reformar a previdência) não logrou êxito em demonstrar a contento a veracidade e a solidez dos números, tratando de acercar-se de campanha publicitária que contou com o indisfarçável apoio dos principais meios de comunicação de massa. Resultado: a reforma foi aprovada sem que o devido debate – honesto e equilibrado – fosse travado.

Nessa conjuntura, vale trazer à baila o pensamento de Edvaldo Brito (1993), segundo o qual a Teoria da Constituição é um conjunto axiomatizado de ideias gerais acerca das relações de poder em uma sociedade, sendo a Constituição um repositório das aspirações da sociedade civil. Com efeito, deve-se permitir à sociedade civil a participação no amplo e irrestrito debate acerca das regras constitucionais previdenciárias que se pretende modificar, necessariamente coadunadas com os princípios e valores que as regem, com espeque na consolidação do Estado Democrático (e Social) de Direito, em cujo seio políticas públicas relevantes como a previdência social merecem lugar de incontestável destaque.

O princípio da proibição de retrocesso social

Antes de tratar do princípio aqui enunciado, que servirá de base para a análise pretendida neste estudo, há que se distinguir regras de princípios.

De acordo com Robert Alexy (2015), para a teoria dos direitos fundamentais, é de suma importância a distinção entre regras e princípios, sendo tal distinção a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Segundo o autor, sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui, então, um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos de proteção, organização e procedimento, bem como às prestações em sentido estrito. Partindo do pressuposto de que ambos são normas jurídicas, Alexy define que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes são normas a ordenar que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (mandados de otimização). As regras, por sua vez, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas: “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. (ALEXY, 2015, p. 91)

Em entendimento precedente, Ronald Dworkin (2017) considera que regras são padrões expressamente previstos (regra e exceções), aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada” (válida ou inválida). Os princípios, por outro lado, são padrões que devem ser observados, não porque promovam ou assegurem uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. O autor ressalta que os

princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai julgar o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um deles.

Nota-se, portanto, que os princípios permeiam o ordenamento jurídico e, em caso de eventual conflito, devem ser ponderados, de modo a que se aplique o que seja mais adequado ao caso concreto. Diferentemente, as regras, que também compõem o conjunto de normas jurídicas, são preceitos mandamentais, que, em tese, não comportam sopesamento, sendo aplicadas em cada caso a partir da verificação da sua validade.

Isto posto, cumpre examinar o que vem a ser o princípio em epígrafe.

De acordo com Rafael do Nascimento (2017), a proibição de retrocesso social, doutrinariamente, aparece estampada sob diversas denominações. Em certos países, a exemplo da Bélgica, fala-se do princípio do *stand still*, que traduz a ideia de imobilidade. Na França, utiliza-se a qualificação de efeito *cliquet* (trava) ou regra do *cliquet-retour* (trava anti-retorno). No direito anglo-saxão, encontra-se a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*. No Brasil e em Portugal, fala-se, ainda, da “não reversibilidade dos direitos fundamentais” e da “vedação do retrocesso social”. No presente estudo, utiliza-se a denominação “proibição de retrocesso social”, por ser mais usual no Brasil.⁹

Há a premissa de que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica, como ressalta Ingo Sarlet (2019, p. 452). Segundo o autor, cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo

.....
9 Através do uso de tal expressão, pretende-se representar a ideia de impossibilidade, em determinadas situações, de regressão ou eliminação do *status quo* estabelecido sobre o direito fundamental, mais especificamente, no caso deste estudo, sobre o direito fundamental à previdência social.

geral, não atingem situações anteriores. Assim, de acordo com o autor, por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. Basta lembrar da hipótese da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Conclui o autor:

Em suma, a questão central que se coloca nesse contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte – por exemplo, no artigo 3º da Constituição de 1988 – no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferimos esta terminologia) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional. (SARLET, 2019, p. 455)

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 338) elucida que o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social, ideia também designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isso, diz-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Dessa forma, assevera Canotilho, o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.:

segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural. Essa proibição, consoante o autor, justificará a sanção de inconstitucionalidade relativa a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”.

Nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a finalidade dos direitos humanos é a de “favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida”, como ressalta Michel Prieur (2012). Daí, resultam para os Estados obrigações positivas no campo dos direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012), é possível afirmar que a humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, conformando a ideia de um “patrimônio político-jurídico” consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para quem do qual não se deve retroceder. Em termos gerais, essa é a ideia consubstanciada na assim designada garantia (princípio) constitucional da proibição de retrocesso.

Nesse contexto, Rafael do Nascimento (2017) enfatiza que a proibição de retrocesso social assume a roupagem de princípio constitucional fundamental implícito, que deve ser reconhecido tanto no Estado de Direito – no âmbito da proteção da confiança e da segurança jurídica – quanto no Estado Social – garantindo graus mínimos de segurança social já alcançados –, pois corolário da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais, assim como da dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet (2019, p. 457-458), com base nas premissas que sugere, acerca da fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso em direitos sociais, conclui que ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte completo) do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes e apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam

constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que abrangem, de modo especial, intensidade da proteção outorgada por estes aos sistemas de seguridade social, de tal sorte que também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado. O autor observa que tal enfoque – necessariamente diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando se dá conta que a Constituição brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato de que as promessas da modernidade no Brasil sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, “não passa de um simulacro”, torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável. Nesse sentido, a análise das modificações que tem passado o sistema previdenciário pátrio é um convite a essa discussão, dada a sua relevância e constante ebulição, sendo imprescindível o seu exame.

Pode-se concluir, portanto, em consonância com a tese defendida por Christiano Taveira e Thaís Marçal (2013), que a eficácia dos direitos fundamentais apresenta íntima relação com o conceito da proibição de retrocesso social, sendo a sua observância imprescindível para garantir que a dignidade da pessoa humana seja concretizada de maneira crescente e gradativa, não se admitindo como trivial a sua retração.

À luz do marco teórico até aqui exposto, parte-se para o exame do objeto de análise da pesquisa: as regras de transição estabelecidas na reforma da previdência implementada pela EC 103/2019. Antes, porém, há que se pontuar as principais alterações trazidas pelas reformas anteriores (EC 20/1998, EC 41/2003 e EC 47/2005), de modo que seja alcançada a necessária compreensão do contexto evolutivo em que se dará a análise final pretendida.

As principais mudanças no sistema previdenciário brasileiro – de 1998 a 2005

Em 1995, o Governo Federal encaminhou ao Legislativo a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 33-C, promulgada pelo Congresso Nacional em 15 de dezembro de 1998, como Emenda Constitucional (EC) nº 20, publicada no Diário Oficial da União de 16 de dezembro de 1998.

Resumidamente, os principais pontos aprovados foram os seguintes: a) estabeleceu-se como teto dos benefícios o valor de 10 (dez) salários-mínimos da época, ou R\$ 1.200,00; b) definiu-se, tanto para os RPPS quanto para o RGPS, que os regimes serão de caráter contributivo e devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial; c) estabeleceu-se, para ambos os regimes, que a concessão de aposentadorias especiais deve ocorrer apenas para os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física ou para as atividades desenvolvidas, em sala de aula, pelo professor do ensino fundamental; d) determinou-se que o servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, é segurado obrigatório do RGPS, não podendo estar vinculado a Regimes Próprios instituídos e mantidos pelos entes da Federação; e) União, Estados, Distrito Federal e Municípios passaram a contar com a possibilidade de fixarem um teto para aposentadorias e pensões concedidas pelos seus respectivos RPPS, em valor idêntico ao que ficou definido para o RGPS, ou seja, R\$ 1.200,00.¹⁰

Um ponto a ser destacado é o chamado “fator previdenciário”, introduzido por um dispositivo infraconstitucional posterior à aprovação da EC 20/1998, a Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.

.....

10 Para isso, porém, tornou-se necessário que o ente federativo instituisse regime de previdência complementar para os seus servidores, nos termos de lei complementar. As Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 29 de maio de 2001, regulamentam as disposições contidas na EC 20/1998 com relação à organização do Regime de Previdência Complementar por parte dos entes federados.

Trata-se de uma fórmula complexa que inclui variáveis como: idade, expectativa de sobrevida (dada pelo IBGE), tempo de contribuição do segurado ao se aposentar e alíquota de contribuição.¹¹ Esse fator, aplicável somente ao RGPS, passou a ser utilizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)¹² no cálculo do valor das aposentadorias por idade (facultativamente) e por tempo de contribuição (obrigatoriamente), sendo aplicado sobre a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição.

Através da implantação do citado fator, conseguiu-se desestimular os pedidos de aposentadorias precoces, que passaram a ter os seus valores reduzidos a partir da aplicação da fórmula. Foram resgatados, assim, os efeitos que se esperava com a adoção de idade mínima para aposentadoria, requisito presente na PEC nº 33-C, mas que acabou rejeitado pelo Congresso Nacional.

O segundo processo de reforma constitucional do sistema previdenciário brasileiro no pós 1988 teve início em 29 de abril de 2003, quando o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional a PEC nº 40. Há que se observar o curto espaço de tempo decorrido entre o início do mandato do então presidente (1º de janeiro de 2003) e a data de envio do projeto para o Legislativo, o que denota que a discussão prévia com a sociedade, prometida pelo Governo, restou prejudicada.

Decorridos pouco menos de oito meses do seu envio ao Legislativo, um prazo exíguo se comparado ao que foi dispensado à discussão da PEC nº 33-C, a PEC nº 40 foi promulgada pelo Congresso Nacional, em 19 de dezembro de 2003, na forma da

.....
11 O fator previdenciário é dado pela fórmula: $f = Tc \times a / Es \times [1 + (Id + Tc \times a) / 100]$, onde: f = fator previdenciário; Es = expectativa de sobrevida quando da aposentadoria; Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria; Id = idade no momento da aposentadoria; a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

12 O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) foi criado em 27 de junho de 1990, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Compete ao INSS a operacionalização do reconhecimento dos direitos dos segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Emenda Constitucional nº 41, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro do mesmo ano.

No texto aprovado, o RGPS praticamente não foi afetado, sendo referido apenas na definição de dois pontos básicos: I – previsão de que futura lei ordinária dispusesse sobre “sistema especial de inclusão previdenciária” para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios equivalentes a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição; II – elevação do limite máximo do valor dos benefícios, dos anteriores R\$ 1.869,34 para R\$ 2.400,00.¹³ Como as regras de cálculo e os percentuais de contribuição permaneceram inalterados, tal medida significou o simples aumento imediato da arrecadação, pois a contribuição dos segurados passou a incidir sobre um novo teto remuneratório.

Por outro lado, em relação aos RPPS, o texto aprovado introduziu diversas e importantes medidas, relativas aos servidores públicos, dentre elas destacam-se: a) autorização para que União, Estados, DF e Municípios instituíssem, mediante lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para os seus servidores;¹⁴ b) cobrança de 11% de contribuição sobre os

.....

13 Conforme visto, por ocasião da aprovação da EC 20/1998, o limite máximo (teto) dos benefícios do RGPS era de R\$ 1.200,00, o que equivalia a dez salários-mínimos da época. De 1º de junho de 2003 a 30 de dezembro de 2003, esse teto já estava em R\$ 1.869,34, o equivalente a menos de oito salários-mínimos da época. Permanecia, portanto, a tendência histórica de desvalorização do teto dos benefícios previdenciários em relação ao valor do salário-mínimo. A EC 41/2003 fixou o novo teto em R\$ 2.400,00, correspondente a dez vezes o salário-mínimo vigente na data de sua promulgação (19/12/2003). Apesar de aparentemente corrigir o problema, a nova Emenda não garantiu a manutenção do poder aquisitivo dos benefícios, pois definiu que o novo limite não seria reajustado de acordo com o salário-mínimo, mas, sim, com base em atos normativos emanados do Poder Executivo, ou seja, na prática a medida adotada assemelha-se àquela utilizada na Emenda nº 20, de 1998. Prova disso é que, a partir de 1º de maio de 2004, o citado limite máximo foi atualizado para R\$ 2.508,72, por força da Portaria MPS nº 479, ou seja, cerca de 9,6 vezes o valor do salário-mínimo naquela data, que era de R\$ 260,00.

14 Definiu-se que os fundos de pensão devem ser públicos, fechados (restritos aos servidores públicos) e de contribuição definida.

proventos de aposentadorias e pensões, observando-se que, para os servidores inativos e os pensionistas em gozo de benefícios em 31 de dezembro de 2003, a contribuição passou a incidir sobre a parcela que excedesse a 60% do limite máximo dos benefícios do RGPS (R\$ 1.505,23), na União, e sobre a parcela que excedesse a 50% desse limite (R\$ 1.254,36), nos Estados, Distrito Federal e Municípios (para os benefícios concedidos após a referida data, a contribuição, em todos os entes da Federação, passou a incidir sobre a parcela que superasse o limite máximo dos benefícios do RGPS, ou seja, R\$ 2.508,72);¹⁵ c) as pensões por morte, antes integrais, passaram a ter valor igual ao limite máximo dos benefícios do RGPS, acrescido de 70% da parcela excedente tal limite, nos termos da lei;¹⁶ d) fim

.....

15 Em votação concluída em 18 de agosto de 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, ao apreciar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 3105 e 3128, que a referida contribuição somente incidirá sobre a parcela que exceder o limite máximo dos benefícios do RGPS, ou seja, R\$ 2.508,72. Essa medida abrange os benefícios vigentes à época e os futuros, aplicando-se, indistintamente, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O placar final do julgamento quanto à constitucionalidade da cobrança foi de sete votos a favor e quatro contrários à tributação. Já em relação à elevação do teto de isenção, a decisão foi unânime. Por sete votos a quatro, o STF considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no artigo 4º da EC 41/2003. Votaram pela cobrança Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Já a relatora, Ellen Gracie, e Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram contra a cobrança. Os ministros que decidiram pela constitucionalidade da cobrança seguiram o voto do ministro Cezar Peluso, que fez ressalva quanto à instituição de alíquotas diferentes (incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da EC 41/2003) para a contribuição de servidores dos Estados, Municípios e Distrito Federal (50%) e de servidores União (60%). Para ele, o tratamento diferenciado é inconstitucional por ferir o princípio da igualdade. O resultado prático da decisão do Supremo foi que, para todos os inativos e pensionistas, sejam eles federais ou estaduais, a contribuição previdenciária deve incidir somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no artigo 5º da EC 41/2003. Fonte: página do STF na Internet (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=63276>. Acesso em 20 out. 2020).

16 A Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, trata da matéria, e define que o dispositivo previsto na EC 41/2003 seja aplicado às pensões por morte concedidas aos dependentes dos servidores públicos, ativos ou inativos, falecidos a partir da data de publicação da lei (21 de junho de 2004). Disposições válidas para todos os servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

da paridade entre as aposentadorias e pensões do serviço público em relação às revisões remuneratórias e às gratificações concedidas para os servidores ativos das respectivas categorias funcionais, ou seja, os reajustes e gratificações concedidos ao pessoal em atividade deixam de ser repassados automaticamente aos aposentados e pensionistas. Ficaram garantidos, apenas, reajustes periódicos para os benefícios, conforme critérios a serem definidos em lei; e) fixação de alíquota mínima cobrada dos servidores para os RPPS dos Estados, do DF e dos Municípios idêntica à cobrada pela União (11% sobre a remuneração total do servidor); f) para ter direito à aposentadoria integral, passou-se a exigir que o servidor tivesse alcançado 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher, exigidos 20 anos no serviço público, 10 anos na carreira e cinco no cargo em que se desse a aposentadoria; g) a base de cálculo das aposentadorias e pensões dos servidores deixou de ser o valor da última remuneração e passou a ser a média das remunerações percebidas no serviço público e em eventual atividade privada.¹⁷

Ainda em 2003, teve início a tramitação da PEC 77/2003. A chamada “PEC paralela”¹⁸ tramitou por quase dois anos, sendo promulgada como EC nº 47, de 5 de julho de 2005. Em seu texto, há a flexibilização de alguns pontos da EC 41/2003, sobretudo no que diz respeito às regras de transição aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público até 16 de dezembro de 1998, data de publicação da EC 20/1998.

A EC 47/2005 altera os artigos 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal. De acordo com o texto aprovado (art. 3º), ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo artigo 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos artigos 2º e

.....
17 Essa medida significou a quebra do princípio da integralidade, que até então regia a concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão no serviço público.

18 Paralela porque teve boa parte do seu processo legislativo correndo simultaneamente ao da PEC 40/2003, que, conforme visto, resultou na EC 41/2003.

6º da EC 41/2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998, poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I – 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher; II – 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria; III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

A Emenda Constitucional 103/2019

Aprovada em segundo turno no Senado Federal no último dia 23 de outubro de 2019, a PEC nº 6, de 2019, converteu-se na EC nº 103, que foi promulgada pelo Congresso Nacional em 12 de novembro de 2019, sendo publicada no *Diário Oficial da União* de 13 de novembro de 2019.

Sob a justificativa de conferir sustentabilidade e equilíbrio financeiro ao sistema, fundado na necessidade de correção de desigualdades e injustiças, o Governo Federal, apoiado pelas lideranças majoritárias do Congresso Nacional, construiu um discurso de defesa da reforma, que passou a chamar de “Nova Previdência”. O discurso encontrou eco nos meios de comunicação de massa, que, em regra, promoveram debates de voz única, nos quais prevalecia apenas um lado da questão que se pretendia discutir. O resultado foi a aprovação relativamente tranquila da proposta, pautada num discurso quase panfletário.

Entre os ajustes pontuais ocorridos no curso da tramitação da matéria no Congresso Nacional, destaca-se a retirada dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) de Estados e Municípios, matéria que foi remetida para uma nova “PEC Paralela”, a Proposta de

Emenda à Constituição nº 133, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados.

O insofrito debate que se travou, que abordava apenas poucos aspectos específicos da reforma, como a idade mínima para a aposentadoria e a situação dos militares (não atingidos pela reforma), obscureceu a análise sobre pontos importantes, como o novo cálculo das aposentadorias e pensões, as regras de transição e a significativa elevação das contribuições dos segurados situados na classe média, principalmente servidores públicos vinculados ao RPPS da União, e, por extensão, aos vinculados aos RPPS dos Estados e Municípios, via PEC paralela.

Outro aspecto abordado apenas secundariamente diz respeito ao justificado interesse do sistema financeiro na reforma proposta. Segundo matéria publicada no jornal *O Estado de S. Paulo* (NASCIMENTO, 2019), em meio às discussões sobre a reforma da Previdência, as novas contribuições em previdência privada somaram, em agosto de 2019, R\$ 11,5 bilhões, valor 23,4% maior do que o mesmo período de 2018. Ainda segundo a matéria, baseada em dados da Federação Nacional de Previdência Privada (FenaPrevi), que representa 57 seguradoras e entidades abertas de previdência complementar, o número de clientes chegou a 13,3 milhões, representando um crescimento de 2,2% em relação a agosto de 2018.

Já se vislumbra, assim, um dos efeitos esperados da reforma (e das anteriores, por extensão): o maior aporte de recursos dos segurados em planos de previdência privada. Não parece desprezioso, portanto, o apoio quase irrestrito do setor financeiro às reformas que se sucedem desde 1998.

No geral, a EC 103/2019 acabou com a aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição. E relativamente à aposentadoria por idade, fixou a idade mínima em 65 anos, se homem (manteve o que era antes), e 62 anos, se mulher (antes a idade exigida era 60 anos), observando o tempo mínimo de contribuição (art. 201, § 7º, I, CF). (CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 704)

De acordo com o artigo 19 da EC 103/2019, até que a lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social, após a data de entrada em vigor da Emenda, será aposentado aos 62 anos de idade, se mulher, e 65 anos de idade, se homem, com 15 anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20 anos de tempo de contribuição, se homem.

Outra importante mudança trazida pela EC 103/2019 diz respeito às contribuições dos segurados vinculados ao RPPS da União (art. 11) e ao RGPS (art. 28).

O artigo 11 da EC 103/2019 dispõe que até que entre em vigor lei que altere a alíquota da contribuição previdenciária de que tratam os artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 10.887,¹⁹ de 18 de junho de 2004, esta será de 14% (quatorze por cento), podendo, conforme disposto no parágrafo primeiro do mesmo artigo 11 da Emenda, ser reduzida ou majorada, considerando o valor da base de contribuição ou do benefício recebido, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I - até um salário-mínimo, redução de 6,5%;
- II - acima de um salário-mínimo até R\$ 2.000,00, redução de 5%;
- III - de R\$ 2.000,01 até R\$ 3.000,00, redução de 2%;
- IV - de R\$ 3.000,01 até R\$ 5.839,45, sem redução ou acréscimo;
- V - de R\$ 5.839,46 até R\$ 10.000,00, acréscimo de 0,5%;
- VI - de R\$ 10.000,01 até R\$ 20.000,00, acréscimo de 2,5%;
- VII - de R\$ 20.000,01 até R\$ 39.000,00, acréscimo de 5%; e
- VIII - acima de R\$ 39.000,00, acréscimo de 8%. (§ 1º do art. 11 da EC 103/2019)

.....
19 A Lei nº 10.887, de 2004, dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências.

Logo, na prática, as alíquotas de contribuição dos servidores públicos vinculados ao RPPS da União passaram a variar de 7,5% a 22%, conforme a tabela gradativa aprovada. Vale observar que tais alíquotas são aplicadas cumulativamente, isto é, cada percentual é aplicado sobre a faixa salarial indicada. Assim, por exemplo, considerando os valores atualizados pela Portaria Interministerial MTP/ME nº 12, de 17 de janeiro de 2022,²⁰ um servidor com remuneração uma remuneração de R\$ 10.000,00 sofrerá desconto de: 7,5% sobre a faixa de até um salário-mínimo (R\$ 1.212,00); 9% sobre a faixa de R\$ 1.212,01 a R\$ 3.641,03; 12% sobre a faixa entre R\$ 2.427,36 e R\$ 3.641,03; 14% sobre a faixa entre R\$ 3.641,04 e R\$ 7.087,22; e 14,5% na faixa entre R\$ 7.087,23 e R\$ 10.000,00.

O artigo 28 da EC 103/2019, por sua vez, dispõe que até que lei altere as alíquotas da contribuição de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, devidas pelo segurado empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso, estas serão de:

- I - até um salário-mínimo, 7,5%;
 - II - acima de um salário-mínimo até R\$ 2.000,00, 9%;
 - III - de R\$ 2.000,01 até R\$ 3.000,00, 12%; e
 - IV - de R\$ 3.000,01 até o limite do salário de contribuição, 14%.
- (art. 28 da EC 103/2019)

Tal como no caso dos servidores públicos da União (art. 11), as alíquotas previstas no artigo 28 também são aplicadas de forma progressiva sobre o salário de contribuição do segurado, incidindo cada alíquota sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites.²¹

.....

20 A Portaria Interministerial MTP/ME nº 12, de 17 de janeiro de 2022, dispõe sobre o reajuste dos valores previstos nos incisos II a VIII do § 1º do art. 11 da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que trata da aplicação das alíquotas da contribuição previdenciária prevista nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

21 Nos termos do § 2º do art. 28, os valores previstos no artigo serão reajustados, a partir da data de entrada em vigor da EC 103/2019, na mesma data e com o mesmo índice em

Informados o contexto da aprovação e as principais alterações definidas na EC 103/2019, parte-se para a análise, com base na fundamentação teórica adotada, das regras de transição por ela estabelecidas, cuja compreensão importa para a consecução dos objetivos deste estudo.

Breve análise das regras de transição definidas na EC 103/2019, à luz do princípio da proibição de retrocesso social

As diversas regras de transição estabelecidas pela EC 103/2019 podem ser subdivididas em quatro regras para os segurados do RGPS, uma regra para os servidores vinculados ao RPPS da União e uma regra válida para os dois regimes.

I – Regras aplicáveis a segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

Regra geral: Os trabalhadores urbanos se aposentarão a partir dos 62 anos de idade, mulheres, e 65 anos, homens. As mulheres terão 15 anos mínimos de contribuição. Os homens que já contribuem para o RGPS também terão 15 anos de contribuição, mas os que ainda não se encontravam filiados ao RGPS terão de contribuir por pelo menos 20 anos para conseguir se aposentar.

que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ressalvados aqueles vinculados ao salário-mínimo, aos quais se aplica a legislação específica. A Portaria Interministerial MTP/ME nº 12, de 17 de janeiro de 2022, atualizou os valores das faixas de incidência para: até R\$ 1.212,00 (7,5%); de R\$ 1.212,01 até R\$ 2.427,35 (9%); de R\$ 2.427,36 até R\$ 3.641,03 (12%); e de R\$ 3.641,04 até R\$ 7.087,22 (14%).

Regras de transição:

1. Sistema de pontuação

Numa extensão da regra 86/96, a soma do tempo de contribuição e da idade passa a ser a regra de acesso. Homens com pelo menos 35 anos de contribuição e mulheres com pelo menos 30 anos de contribuição podem se aposentar, respectivamente, a partir dos 61 anos e 56 anos em 2019, por terem conquistado 86 pontos (mulheres) e 96 pontos (homens).

A pontuação mínima sobe para 87/97, em 2020, 88/98, em 2021, sucessivamente, adicionando um ponto a cada ano, até atingir 105 pontos para os homens, em 2028, e 100 pontos para as mulheres, em 2033. As mulheres, portanto, terão transição mais suave que os homens nesta regra.

Professores: a soma do tempo de contribuição com a idade se inicia, em 2019, com 81 pontos para mulheres e 91 pontos para homens, até chegar a 95 pontos para as professoras, em 2033, e 100 pontos para os professores, em 2028. Essa redução de cinco anos, no entanto, só é válida para os que comprovarem ter trabalhado exclusivamente nas funções de magistério na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio.

2. Redução da idade mínima

Favorece quem contribuiu por muitos anos, mas ainda não alcançou a idade mínima. Homens com pelo menos 35 anos de contribuição e mulheres com pelo menos 30 anos de contribuição podem se aposentar, respectivamente, aos 61 anos e 56 anos, em 2019. A idade mínima sobe seis meses a cada ano, até atingir 62 anos (mulheres), em 2031, e 65 anos (homens), em 2027.

Professores: a idade mínima começa em 2019, com 51 anos, para mulheres, e 56 anos, para homens, aumentando seis meses por ano, até chegar a 60 anos para os dois gêneros. Também aqui a redução só

vale para quem comprovar ter trabalhado exclusivamente nas funções de magistério na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio.

3. Redução do tempo de contribuição

Homens com 65 anos de idade e mulheres com 60 anos de idade, em 2019, precisavam ter contribuído por 15 anos para terem direito à aposentadoria. Em 2020, a idade mínima para homens continua em 65 anos, mas, para mulheres, aumenta seis meses por ano, até alcançar 62 anos de idade, em 2023.²²

4. Pedágio de 50%

Quem estava a dois anos de cumprir o tempo de contribuição mínimo para aposentadoria pelas regras anteriores – 30 anos (mulher) e 35 (homem) – poderá optar pela aposentadoria sem idade mínima se cumprir “pedágio de 50%” sobre o tempo restante, ou seja, terá de adicionar a metade do tempo de contribuição que faltava para se aposentar na data de entrada em vigor das novas regras (13/11/2019). O valor do benefício será calculado por meio da aplicação do fator

.....

22 Em tese, essa regra de transição beneficia os trabalhadores mais pobres, que atualmente representam o maior contingente dos que se aposentam por idade, realidade que reflete o fato da permanência dessas pessoas por mais tempo na informalidade, sem contribuir para o INSS. Por essa regra de transição, o tempo mínimo de contribuição para as mulheres permanece em 15 anos, mas, para os homens, os 15 anos mínimos de contribuição somente valem para os que já se encontravam filiados ao RGPS na data de publicação da Emenda (13/11/2019). Os demais segurados (homens) terão de contribuir por pelo menos 20 anos. O homem que se aposentar após 15 anos de contribuição receberá o mesmo valor do benefício dos que se aposentarem entre 16 e 20 anos de contribuição. A aposentadoria só aumentará para os que contribuírem por 21 anos ou mais. Na prática, o texto aprovado com o tempo mínimo de 15 anos para homens só beneficia aqueles que já contribuíam para o INSS. A PEC 133/2019 (PEC paralela), iniciada no Senado Federal e atualmente em tramitação na Câmara, contém dispositivo (art. 2º) que prevê a redução para 15 anos do tempo mínimo de contribuição, para homens e mulheres, restabelecendo a exigência anterior à EC 103/2019.

previdenciário, que deixará de ser aplicado para os demais beneficiários.

Exemplos: mulher com 29 anos de contribuição (a um ano da aposentadoria pelas regras anteriores) poderá se aposentar, aplicado o fator previdenciário, se contribuir por mais seis meses, totalizando um ano e meio de contribuição; homem com 33 anos de contribuição (a dois anos da aposentadoria pelas regras anteriores) poderá se aposentar, com o fator previdenciário, se contribuir por mais um ano, totalizando três anos de contribuição.

II – Regras aplicáveis a servidores públicos federais (RPPS da União)

Regra geral: Idade mínima de 65 anos para homens e 62 anos para mulheres, com tempo mínimo de contribuição de 25 anos para ambos os sexos, 10 anos de serviço público e cinco anos no cargo.

Regra de transição:

Sistema de pontuação

Variação da regra 86/96 para que os servidores que ingressaram até 31 de dezembro de 2003 recebam aposentadoria integral (último salário da ativa). Servidores com 35 anos de contribuição (homem), 30 anos de contribuição (mulher), 20 anos de serviço público e cinco anos no cargo passam a obedecer a uma pontuação formada pela soma da idade e do tempo de contribuição.

A tabela começa em 86 pontos (mulher) e 96 pontos (homem), em 2019, subindo um ponto por ano até atingir 105 pontos (homem), em 2028, e 100 pontos (mulher), em 2033. A regra de transição só se aplica a homens com 61 anos de idade, de 2019 a 2021, e 62 anos de idade, a partir de 2022, e mulheres com 56 anos, de 2019 a 2021, e 57 anos de idade, a partir de 2022.

III – Regra de transição aplicável a segurados do RGPS e do RPPS da União

Regra de transição:

Pedágio de 100%

Inserida pela Câmara dos Deputados e aprovada pelo Senado Federal, a regra estabelece que o trabalhador poderá optar pela aposentadoria abaixo da idade mínima se cumprir pedágio de 100% sobre o tempo que faltava para se aposentar, pelas regras então vigentes.²³

Exemplos: servidora com 29 anos de contribuição (a um ano da aposentadoria pelas regras anteriores) poderá se aposentar com o último salário da ativa se contribuir por mais dois anos, totalizando três anos de contribuição; homem com 33 anos de contribuição (a dois anos da aposentadoria pelas regras atuais) poderá se aposentar, aplicado o fator previdenciário, se contribuir por mais dois anos, totalizando quatro anos de contribuição.

Professores: A Câmara dos Deputados reduziu a idade mínima para 55 anos (homens) e 52 anos (mulheres) para quem cumprir o pedágio de 100%, medida que contou também com a aprovação pelo Senado.²⁴

Policiais e agentes de segurança que servem à União: a Câmara dos Deputados reduziu a idade mínima para 53 anos (homens) e 52 anos (mulheres) para o agente ou policial que cumprir o pedágio de 100%, medida que foi também aprovada pelo Senado Federal. A vantagem vale para policiais federais, policiais rodoviários federais, policiais

.....
23 Pode ser vantajosa para trabalhadores que se encontravam a poucos anos de se aposentarem, principalmente servidores públicos federais que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003, que não tinham nenhum pedágio na proposta original encaminhada pelo Governo Federal, e poderão usar a regra para garantir a aposentadoria integral.

24 Essa nova regra, na prática, torna ineficaz as demais regras de transição para os professores. O benefício vale para professores federais, da iniciativa privada e dos municípios sem regime próprio de previdência, pois, conforme visto, servidores públicos (incluindo professores) de estados e municípios com regime próprio de previdência não foram incluídos na reforma aprovada.

legislativos, agentes penitenciários federais e policiais civis do Distrito Federal, entre outros.

Analisando as diversas regras estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, acima comentadas, pode-se concluir pela ocorrência de violação ao princípio da proibição de retrocesso social, pois as regras de transição anteriores, estabelecidas pelas reformas precedentes (EC 20/1998, EC 41/2003 e EC 47/2005), foram substituídas por novas regras mais gravosas aos segurados, tanto no que se refere à elevação do tempo de contribuição quanto ao aumento da idade mínima para aposentadoria. Sem falar em outros dois pontos não analisados neste estudo, referentes à majoração das contribuições dos segurados e à modificação da forma de cálculo do valor do benefício de pensão por morte, que resultará em valores inferiores aos antes concedidos aos dependentes.

Como bem ressalta Paulo Modesto (2019), as normas de transição são o último reduto da segurança jurídica: são normas que estabelecem disciplina específica, concreta e excepcional, tendente ao esgotamento; visam conciliar segurança e mudança e, por lógica inerente, não devem estar sujeitas à mutabilidade própria das normas permanentes.

Assim, a revogação, pura e simples, de regras anteriormente postas atenta contra a segurança jurídica, implicando, numa alusão futebolística (bem comum no Brasil), mudança da regra do jogo com a bola rolando, ou, como dito, alhures, impor ao segurado do sistema a participação em uma verdadeira corrida de obstáculos com obstáculo móvel, ou seja, quando se pensa que está perto de alcançar o objetivo, a linha de chegada, eis que a realidade se desvanece, adiando os planos (de vida) do pretendente. Resta saber até que ponto isso pode ocorrer. Poderia ser modificado indefinidamente, ao sabor de novas reformas? Espera-se que não; teme-se, porém, que sim, a julgar pelas recorrentes mudanças que tem passado o sempre questionado sistema previdenciário brasileiro, em seus diversos regimes de cobertura.

Conclusão

No presente estudo, evidencia-se que as regras de transição definidas na Emenda Constitucional nº 103, de 2019, afrontam o princípio da proibição de retrocesso social, pois implicam mudança nas condições de concessão e cálculo dos benefícios previdenciários previstos, com elevação da idade e do tempo de contribuição para aposentadoria.

Não se defende aqui que o sistema previdenciário deva ser imune a mudanças, muitas vezes necessárias para o reequilíbrio das contas, readequação à realidade socioeconômica – novos riscos sociais, modificações na pirâmide etária etc. – e correção de injustiças distributivas. Defende-se, sim, que qualquer reforma do sistema deve ser precedida por amplo debate, de maneira democrática e paritária, com transparência, confrontação de dados (consistentes) e plena participação da sociedade civil, levando-se em conta a primazia da isonomia e da solidariedade no financiamento do sistema. Não foi o que se viu nas recentes experiências de reforma.

Nesse contexto, a proibição de retrocesso, permeada pela segurança jurídica e pela dignidade da pessoa humana, deve prevalecer, em prol do Estado Democrático e Social de Direito que se pretende alcançar.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D'Ávila. *Fundamentos da seguridade social*. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.104. Requerente Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp. Requerido Congresso Nacional. Relator(a) Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105. Requerente Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp. Requerido Congresso Nacional. Relator(a) Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.128. Requerente Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR. Requerido Congresso Nacional. Relator(a) Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 99.350, de 27 de junho de 1990. Cria o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) define sua estrutura básica e o Quadro Distributivo de Cargos e Funções do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores de suas Unidades Centrais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99350.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.76, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei complementar n. 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência

complementar, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei complementar n. 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 77, de 8 de outubro de 2003. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/62771>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Portaria MPS n. 479, de 7 de maio de 2004. Estabelece os valores dos salários-de-contribuição, do salário-família e do limite máximo do salário-de-benefício, bem como reajusta os valores dos benefícios de prestação continuada e das multas por infração ao Regulamento da Previdência Social e fixa o limite de execução de demandas judiciais. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/legislacao/196706/portaria-mps-479-2004/>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.887.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Portaria Interministerial MTP/ME n. 12, de 17 de janeiro de 2022. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS e dos valores previstos nos incisos II a VIII do § 1º do art. 11 da Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019, que trata da aplicação das alíquotas da contribuição previdenciária prevista nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mtp/me-n-12-de-17-de-janeiro-de-2022-375006998>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FRANÇA, Álvaro Sólon de et. al. *A previdência social e a economia dos municípios*. 7. ed. Brasília, DF: ANFIP, 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. *Impetus*, [S. l.], 11 ago. 2010. Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/92/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>. Acesso em: 18 ago. 2019.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. *Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciarista*. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo: LTr; Ed. Previdenciária, 1985.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, v. 1, n. 8, p. 227-231, jan./jul. 2008.

MODESTO, Paulo. A reforma da Previdência e a espera de Godot (parte 1). *Consultor Jurídico*, 2 maio 2019a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-02/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>. Acesso em: 10 out. 2019.

MODESTO, Paulo. A reforma da Previdência e a espera de Godot (parte 2). *Consultor Jurídico*, 9 maio 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-09/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>. Acesso em: 10 out. 2019.

NASCIMENTO, Rafael do. *As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do estado de bem-estar social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NASCIMENTO, Talita. Reforma eleva contribuições para a previdência privada. *O Estado de S. Paulo*, 28 out. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-eleva-contribicoes-para-a-previdencia-privada,70003066025>. Acesso em: 29 out. 2019.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: BRASIL *et al. Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. p. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. 2010. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: BRASIL *et al. Princípio da*

proibição de retrocesso ambiental. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. p. 122-206. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Edições JusPodivm, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 161-186, set./dez. 2013.

O JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O PANPRINCIPIOLÓGISMO

Rodolfo Pamplona Filho
João Hora Neto

*“[...] e as virtudes devem ser como os orçamentos:
melhor é o saldo que o deficit.”*

Machado de Assis

Introdução

Neste estudo, que tem como enfoque central a noção de boa-fé objetiva, propõe-se analisar como as premissas do direito civil constitucional – natureza normativa da Constituição, unidade e complexidade do ordenamento jurídico e interpretação com fins aplicativos – vêm sendo aplicadas na praxe judicial, isto é, se conforme um juízo de discricionariedade ou mediante um juízo de arbitrariedade.

De início, a partir de uma análise crítica da metodologia do direito civil constitucional, pretende-se examinar como a boa-fé objetiva (mandamento de conduta) representa um princípio civilístico relevante – um macroprincípio – traduzido numa cláusula geral detentora de trílice função, ou seja, a função interpretativa (art. 113 CC), a

função criadora de deveres anexos (art. 422 CC) e a função corretora (art. 187 CC).

Também será debatido se o Direito pátrio acolhe os postulados da Escola do Direito Livre, trazendo à colação a precisa diferenciação entre princípios e regras, além de alertar sobre a banalização ou ‘carnavalização’ do conhecido princípio da dignidade da pessoa humana, à vista da sua recorrente aplicação imprecisa, vaga e até ideológica.

Dessarte, objetiva-se discutir sobre o liame entre os princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, entendido este como implícito na Constituição Federal, conforme as regras de competência (juiz natural, por exemplo), os institutos do direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, afora a regra da irretroatividade das leis.

Na contemporaneidade, inserta numa sociedade massificada, complexa e globalizada, pretende-se argumentar sobre o estado de insegurança jurídica derivado de interesses assimétricos, produzidos por grupos sociais díspares, a gerar uma crescente judicialização dos conflitos, também agravada pela profusão de leis capaz de produzir uma jurisprudência oscilante e decisionista.

Demais disso, o estudo busca anotar que, dentre os princípios contratuais atuais, a boa-fé objetiva é o princípio de maior sedimentação doutrinária, fundado em uma tríplice função, bem como almeja ressaltar sobre sua vinculação constitucional, atrelada a valores constitucionais (dignidade humana, igualdade, solidariedade, moralidade, segurança jurídica), fato que, a princípio, lhe confere uma vocação expansionista além do direito contratual, ou seja, a atingir os demais ramos do direito privado e também o direito público.

Não obstante reconheça uma certa banalização na aplicação do princípio da boa-fé objetiva, assim como vem ocorrendo com a dignidade da pessoa humana, propõe-se a enaltecer a necessidade de sua adequada compreensão, conforme as premissas do direito civil constitucional, mediante a adoção de um juízo discricionário e não

um juízo arbitrário, para fins de efetivar a sua vocação expansionista, aliada à segurança jurídica.

Por último, o estudo objetiva explicitar a incidência da boa-fé objetiva além do direito contratual em si, isto é, também com incidência para outros ramos do direito privado (família, sucessões, empresarial, do trabalho e do consumidor), e, por conseguinte, traz a lume alguns julgados que evidenciam a sua efetivação fundada em um juízo discricionário racional e motivado, distante, assim, de um juízo de arbitrariedade – meramente decisionista, sentimental ou panprincipiológico.

O direito civil e a legalidade constitucional

In primis, impõe-se elucidar o conceito do que seja direito civil constitucional diante da profusão de entendimentos, principalmente decorrente da sua grande difusão e popularidade, ao ponto mesmo de ter se tornado um modismo jurídico – não obstante, em larga escala, fora dos parâmetros legais. Para elucidá-lo, convém ressaltar alguns conceitos recorrentes na doutrina, deveras explicativos.

Na dicção de Pietro Perlingieri (1999, p. 10), cuida-se o direito civil constitucional da “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República”.

Em igual sintonia, Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p. 36) registra que “A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”.

Também acerca da expressão constitucionalização do direito civil, em face da superação da clássica dicotomia direito público/direito privado, diversos institutos civilísticos ingressaram na Constituição Federal, de sorte que, “Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional”. (AMARAL, 2000, p. 151)

Ou, ainda, segundo lição de Anderson Schreiber (2016, p. 02), trata-se de uma metodologia que busca superar “a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir de diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico”.

Basicamente, pois, o direito civil constitucional significa a releitura permanente do Código Civil à luz da Constituição Federal, e não o inverso.

No Brasil, a expressão direito civil constitucional é creditada a dois civilistas pioneiros, que difundiram, ainda na década de 1990, a doutrina civil pautada na legalidade constitucional, iluminada pelas lições do jurista Pietro Perlingieri, mediante a publicação de dois textos até hoje referenciados, a saber, *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil* (TEPEDINO, 2001) e *A caminho de um direito civil constitucional* (MORAES, 1993).

No mundo acadêmico pátrio, existem duas escolas que desenvolvem há anos a doutrina civil constitucional, são elas: a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR), estando essa metodologia difundida às largas na doutrina, bem como aplicada pelos tribunais do país, em que pese a sua aplicação ocorra, em larga escala, ao arripio de suas premissas teóricas básicas.

Ademais, registre-se, foi o processo de redemocratização política que possibilitou o advento da Carta Magna de 1988, e essa, por seu turno, incorporou diversos institutos civilísticos, gestando o fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil, mormente porque o Código Civil de 1916, ainda vigente à época, se achava distante dos anseios da sociedade brasileira hodierna, com diversos artigos de lei completamente desatualizados.

Assim, desde então (1988), a aplicação do direito civil à luz da Constituição Federal é uma metodologia imperiosa e permanente, fundada em três princípios constitucionais estruturantes, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º,

caput, CF); cuja adoção se impõe, outrossim, em razão dos novos marcos na historicidade do direito, decorrentes das “profundas mudanças epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea”. (WOLKMER, 2003, p. 20)

Em suma, a metodologia do direito civil constitucional é, de há muito, uma realidade incontestada, ainda que submetida a uma constante vigilância, não apenas para análise de suas consequências práticas, mas também para possíveis críticas, conforme vaticina Luiz Edson Fachin. (2000, p. 314)

Premissas do direito civil constitucional

Na contemporaneidade, a metodologia civil constitucional tem sido aplicada em larga escala e de forma pouco técnica, transformando-se até num modismo jurídico ou numa espécie de panaceia empregável a tudo e para tudo.

Como toda metodologia, o direito civil constitucional garante premissas teóricas precisas, para bem delimitar seus contornos, e, por conseguinte, evitar sua aplicação a esmo e à solta, ensejando confusão com outra(s) metodologia(s) jurídica(s). Necessário, pois, fixar os seus parâmetros.

Para tanto, Pietro Perlingieri (2008, p. 589-593) sustenta que três são os pressupostos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo sobre as codificações, a saber: a) a natureza normativa da Constituição; b) a unidade e complexidade do ordenamento jurídico; c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos.

Acerca do primeiro – a natureza normativa da Constituição – significa dizer que a normativa constitucional se aplica direta e/ou indiretamente às relações privadas. Melhor explicando: tal premissa

representa uma visão bem distinta daquela empregada pela doutrina civilística clássica, isto é, a de que a Carta Magna tinha um conteúdo programático, dirigida apenas ao legislador incumbido de produzir a lei ordinária para, através dessa, fazer valer a norma constitucional.

Assim, segundo tal visão tradicional, mesmo em caso de lacunas legais (art. 4º LINDB), a norma constitucional somente se aplicaria em caso último, por meio da invocação dos princípios gerais de direito que, por certo, jamais se confundem com os princípios constitucionais, até porque estes se situam no ápice do ordenamento jurídico e, por isso mesmo, nunca podem ter um mero papel subsidiário ou periférico. (SCHREIBER, 2016, p. 10)

Não há dúvida de que a aplicação do texto constitucional, como último expediente para colmatação legal, confundindo-o com um princípio geral do direito, resulta numa interpretação equivocada e, quiçá, teratológica.

Para melhor aclarar, é notória a distinção entre tais princípios, haja vista que, enquanto os princípios gerais são diretrizes para a colmatação de lacunas legais e são fontes subsidiárias do direito, segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 215), também são “postulados de direito natural, verdades jurídicas universais, perenes e imutáveis, representando o que há de constante no direito, constituindo, por isso, o fundamento do direito positivo”.

Os princípios constitucionais, diferentemente, derivam da força normativa da Constituição, posto que “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (HESSE, 1991, p. 15) e que essa força normativa só é alcançada com a realização dessa pretensão de eficácia, a chamada “vontade da Constituição” (HESSE, 1991, p. 19), a fim de que a Constituição não se torne tão apenas uma “folha de papel”, conforme vaticínio de Ferdinand Lassale. (2015, p. 61)

Em relação ao segundo pressuposto – a unidade e complexidade do ordenamento jurídico – impõe-se consignar que o sistema jurídico

é único e unitário, embora permeado por diversas fontes e múltiplas normas; normas essas até especializadas.

A despeito da avalanche de microssistemas jurídicos – leis especiais/extravagantes – que passaram a regular o direito civil especial, vale ressaltar que o direito civil constitucional se opõe a essa fragmentação, uma vez que busca a reunificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo que a lei especial deve ser interpretada e aplicada não em conformidade com a sua lógica própria, mas, sim, em conformidade com os valores supremos da Constituição, à vontade da Constituição, na dicção de Konrad Hesse. (1991, p. 24-27)

A unidade do ordenamento jurídico não é comprometida por sua complexidade, pois a Constituição funciona como o centro unificador do sistema e as leis especiais, em igual sintonia, também são irradiadas/atingidas por sua principiologia. E para bem explicar esse pressuposto, Pietro Perlingieri (1999, p. 7-8) assim elucida: “A unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade encontra o seu momento unificador no ordenamento que concorre a produzir.”

O terceiro pressuposto – interpretação com fins aplicativos – revela que, diferentemente da dogmática da Escola da Exegese, em que o juiz era a boca da lei (*bouche da la loi*), o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete ao texto estrito da lei, pois lhe confere um poder discricionário e criativo vinculado à realização dos valores constitucionais.

Por conseguinte, cabe ao exegeta realizar a interpretação em sintonia com a unidade sistemática do ordenamento, iluminada pelos valores constitucionais e não atrelado aos interesses pessoais ou de grupos, posto que “as observações do preâmbulo da Carta são o norte da ação do intérprete e que as regras de direitos fundamentais são de vigência e de aplicação imediatas, por força de texto expresso.” (BITTAR, 2003, p. 43)

Dessarte, em sede de hermenêutica, o positivismo legalista deve ser rechaçado, haja vista que “o direito não está vinculado à letra da lei, mas à norma” (TERRA, 2016, p. 55), com a ressalva de que o intérprete deve exercer seu legítimo juízo de discricionariedade, mas sem descambar para o arbítrio, sua ideologia ou sentimento pessoal.

Todavia, importa frisar que o juízo de discricionariedade, frise-se, legítimo, jamais pode se confundir com o juízo de arbitrariedade ou irracional, uma vez que este implica numa decisão *contra legem* ou *praeter legem*, resultando, ao cabo, numa decisão teratológica ou desmotivada.

Assim, no contexto da metodologia do direito civil constitucional, o juízo de discricionariedade deve ser exercido no âmbito da legalidade constitucional, para fins de conciliar a conveniente flexibilidade metodológica com a necessária previsibilidade e segurança. (KONDER, 2016, p. 42)

Releitura crítica da metodologia do direito civil constitucional

O Direito, produto cultural da humanidade, em essência, visa a segurança jurídica em prol da promoção do ser humano.

Frise-se que “O Direito é ciência de raciocínio; curvando-se ante a razão, não perante o prestígio profissional de quem quer que seja” (MAXIMILIANO, 1981, p. 272), posto que o argumento de autoridade (*ab auctoritate*), que prestigiava os autores, deve ser relativizado em busca da autoridade de argumento.

Apaixonar-se não é argumentar, eis um aforismo.

Como alhures abordado, a metodologia do direito civil constitucional tem premissas teóricas fundamentais, que devem ser observadas com rigor, sob pena da banalização ou frouxidão dessa metodologia. (PERLINGIERI, 2008, p. 592-597)

Na experiência pátria, corriqueiramente, vê-se a aplicação equivocada do direito civil constitucional, quer seja porque o conflito posto é decidido de forma simplista, com base apenas em único artigo de lei, derivado de mera norma infralegal (portaria, provimento, resolução, nota técnica etc.) ou de um microsistema jurídico (lei especial), olvidando-se, por conseguinte, da premissa de que a unidade do ordenamento jurídico não exclui a pluralidade e heterogeneidade das fontes.

Dessarte, com igual frequência, vê-se a aplicação desmesurada – ao arrepio do método – de cláusulas gerais para solucionar conflitos com base na ideologia pessoal e até arbitrária do julgador, na esteira da chamada jurisprudência sentimental referida por Carlos Maximiliano (1981, p. 83-86), o que provoca a confusão sobre o significado do juízo discricionário e do juízo arbitrário.

Nessa seara, por exemplo, basta lembrar o uso recorrente da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como fundamento legal para uma miríade de casos, como se fosse uma panaceia jurídica, além do uso oportunista e pouco técnico das cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do abuso de direito, da atividade de risco, dentre outras.

Na práxis judicial, igualmente, observa-se o uso inadequado da cláusula geral da boa-fé objetiva, mormente porque a locução boa-fé é de difícil conceituação, por se tratar de um sintagma, uma expressão semanticamente vaga ou aberta e/ou em razão da jurisprudência sentimental, tão em moda, mas de notória colisão com a metodologia do direito civil constitucional.

Uma releitura crítica se faz necessária, a partir da prevalência de uma interpretação deontológica (jurisprudência dos valores) sobre uma interpretação teleológica da (jurisprudência dos conceitos), produto da Escola Pandectística que sustentava uma aplicação neutra e formal do Direito.

Nesse toar, digno de nota é que a Escola das Pandectas, responsável pela elaboração de alguns conceitos jurídicos e princípios

necessários a toda a ciência jurídica, se caracterizava pela abstração e desprezava o exame de outros dados culturais que pudessem influir no direito, uma vez que o direito deveria ser apenas a sistematização de conceitos. A Escola das Pandectas primava, em suma, pelo chamado agnosticismo cultural, regido por um método que se desdobrava em três fases: abstração, construção e sistematização. (GOMES, 1981, p. 244-247)

Contudo, a partir da primeira metade do século XX, inicia-se uma reação à jurisprudência dos conceitos, própria da Escola das Pandectas, caracterizada pelo formalismo, a fim de aproximar mais a lei da realidade social, tornando o direito mais operacional, pragmatista e instrumental, surgindo, assim, a jurisprudência de valores, a qual defende o direito como um sistema de valores que, por serem essenciais, também devem ser considerados na formulação da norma jurídica, pois o direito deve ser compreendido como um sistema de princípios, com a adoção de cláusulas gerais. (GOMES, 1981, p. 248-249)

Modernamente, a despeito da prevalência da jurisprudência dos valores, impõe-se a observância de balizas metodológicas, a fim de evitar o ideologismo judicial, haja vista que, no mundo dos fatos, constata-se uma assintonia acerca da adequada mentalidade civil constitucional.

Ademais, deve-se atentar para que o intérprete/julgador não fique adstrito apenas ao texto da lei, mas, sim, ao ordenamento com um todo, mediante ponderada e razoável argumentação jurídica para a solução do caso concreto, sem resvalar, contudo, para o arbítrio judicial, para o subjetivismo extremado, para o chamado “pan-principiologismo” ou para a “cultura do decisionismo”, conforme lúcida explanação de Daniel Sarmiento (2006, p. 199):

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu

dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer tudo o que quiser.

Nesse sentido, resta meridiano e escorreito que se deve evitar o excesso de ideologia, máxime a ideologia pessoal do juiz ou intérprete, de sorte que cabe ao juiz suprir as lacunas do ordenamento jurídico, com base em cláusulas gerais, para aperfeiçoar a lei, mas não pode “ignorar o direito positivo, para criar regras judiciais diversas ou contrárias às dispostas pelo legislador. Não cabe, em suma, à Justiça, transformar-se em fonte primária da norma jurídica, colocando-se acima do Poder Legislativo”. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 144)

Induvidosa a legitimidade do juízo discricionário; todavia, o seu exercício deve respeitar o princípio da legalidade, não estando esse adstrito apenas à letra fria da lei, mas, sim, à norma inserida no ordenamento unitário e plural.

A justiça do caso concreto é a justiça na legalidade constitucional, isto é, fundada na equidade, sendo essa uma das acepções da razoabilidade, que significa um postulado ou uma metanorma, na lição de Humberto Ávila. (2019a, p. 163-226)

Impõe-se, assim, uma releitura crítica do direito civil constitucional, cabendo ao civilista moderno fazer a adequada simbiose (equilíbrio) entre o legalismo estrito e o subjetivismo jurídico (SCHREIBER, 2016, p. 22), não permitindo que a metodologia do direito civil constitucional desbande para a ausência de método, sob a falácia da informalidade e liberdade extrema do julgador, ao arrepio até do direito posto, gerando notória insegurança jurídica.

Boa fé objetiva como princípio

A doutrina constitucional vivencia hoje “a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*” (ÁVILA, 2019a, p. 43), fazendo-se necessária a correta distinção entre princípios e regras, que são espécies de normas jurídicas.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão pela qual a diferenciação se impõe.

Diz-se que o princípio é uma norma com grau de generalidade relativamente alto, que se refere a valores estruturantes, ou seja, reporta-se a bases ou pilares do ordenamento jurídico, não colide com outro princípio, ficando sujeito à ponderação (concorrência) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto.

O princípio garante um conteúdo axiológico e é conceituado como mandamento de otimização (ALEXY, 2017, p. 90), entendida a expressão mandamento em sentido amplo para incluir as permissões e proibições.

A regra, por sua vez, é uma norma que não possui conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra sempre é satisfeita ou não satisfeita, pois institui um dever definitivo, independente das possibilidades fáticas e normativas, além do que, em caso de conflito entre regras, uma delas deve ser afastada ou considerada inválida. Para a aplicação da regra, usa-se o modelo subsuntivo, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, de sorte que a aplicação da regra se opera na modalidade tudo ou nada.

A boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, o qual deita raízes na *bona fides* do direito romano que “trazia em seu bojo uma expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros

da sociedade romana, expectativa esta que se reportava aos ideais da *fides*, noção ética e moral.” (RUBINSTEIN, 2010, p. 21)

No direito canônico, a boa-fé é tratada como ausência de pecado.

A boa-fé objetiva foi prevista no Código Civil Alemão (BGB, § 242), tendo a jurisprudência alemã, a partir da Primeira Guerra Mundial, atribuído às partes deveres gerais de informação, de sigilo, de colaboração, impondo parâmetros (*standards*) de conduta contratual.

No Brasil, a boa-fé objetiva foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º), como princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não logrou êxito, à vista do liberalismo exacerbado vigente à época, tão apenas vinculado ao dogma da vontade.

Por seu turno, o Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, apenas previu a boa-fé sob a acepção subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/íntimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, a sua justificada convicção de ter um comportamento conforme o direito, tendo sido notadamente prevista no Direito das Coisas (arts. 490, 510, 514 e 516). Em outras palavras, a boa-fé subjetiva é compreendida como estado psicológico, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de lesar direitos ou interesses alheios.

A outro giro, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, ou seja, uma regra de conduta, também denominada “mandamento de conduta” que “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.” (COUTO E SILVA, 2018, p. 33) Trata-se de um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse modelo objetivo, no sentido da honestidade, lealdade e probidade, devendo ser examinado, no caso concreto, o *status* pessoal e cultural dos envolvidos.

Hodiernamente, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal a prever a boa-fé objetiva (art. 4º, III e art. 51, IV) e o Código Civil de 2002 a regulou expressamente nos arts. 113, 187 e 422,

sendo considerado um princípio social do contrato e até, segundo alguns, um “macroprincípio que absorveria os demais princípios do direito civil, especialmente no âmbito das obrigações civis.” (LÔBO, 2019, p. 19)

A cláusula geral da boa-fé objetiva

À luz da doutrina majoritária, a exemplo de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico veiculado mediante a técnica legislativa conhecida como cláusula geral, sendo essa uma norma que garante enunciado permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, ou seja, uma linguagem que expressa um conteúdo jurídico impreciso, vário, múltiplo, permitindo ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe valer-se de conceitos metajurídicos. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 145)

Melhor dizendo, o princípio da boa-fé objetiva é materializado via cláusula geral, a qual pode ser compreendida como uma técnica de elaboração legislativa que se afasta do casuísmo descritivo e antecipado da hipótese fática, mediante a adoção de termos semânticos abertos e plúrimos, permitindo a criação da norma para o caso específico.

A cláusula geral, técnica legislativa que viabiliza a boa-fé objetiva, é um poderoso instrumento à disposição do julgador e que, por permitir a abertura do sistema jurídico civil, autoriza a concretização da ordem pública constitucional, com a aplicação da norma para o caso concreto. (CUNHA, 2007, p. 279)

A boa-fé objetiva, também denominada mandamento de conduta, é aplicável antes, durante e após o contrato, incidindo assim nas condutas *in contrahendo* e *post factum finitum*, na perspectiva de que, modernamente, a obrigação não deve ser entendida apenas como uma relação jurídica estática/linear entre credor e devedor, como

assim era tida na dogmática clássica, e, sim, como um processo, um sistema total e dinâmico, plural e solidário.

O *habitat* natural da boa-fé objetiva é o direito civil, especialmente o direito contratual/obrigacional, no sentido de que ambos os contratantes (credor e devedor) devem agir com respeito aos deveres anexos de lealdade, probidade, cooperação, a fim de acautelar as legítimas expectativas de ambos para o fim colimado no contrato.

Malgrado isso, a sua aplicação vem se expandindo às largas, ou seja, vem desbordando não só para outras searas jurídicas privadas (direito do consumidor e direito empresarial, por exemplo), mas também para outros ramos do direito público, não só em razão da sua tríplice função (PAMPLONA FILHO, 2019, p. 41), – a saber, função interpretativa e de colmatação (art. 113 CC), função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção (art. 422 CC) e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos (art. 187 CC) – mas também em face do esmaecimento da dicotomia entre direito público e direito privado (*summa divisio*).

Nesse diapasão, pois, a boa-fé objetiva, também conhecida como mandamento de lealdade, vem sendo aplicada em diversos ramos do direito público, tais como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual, o direito internacional, o direito tributário/financeiro, o direito previdenciário, o direito ambiental e, quiçá, em sede de responsabilidade civil da administração pública por omissão específica, havendo, contudo, escassez de estudos doutrinários a respeito dessa expansão.

No direito administrativo, por exemplo, o princípio da moralidade pública (art. 37 *caput*, CF) tem total vinculação com o princípio da boa-fé objetiva (GIACOMUZZI, 2013, p. 227-318), revelando, assim, que o Estado – um ente abstrato criado e dirigido por Homens – também deve agir segundo regras de honestidade e lealdade com os seus administrados, uma vez que todo sujeito de direito deve se conduzir conforme a boa-fé objetiva, independentemente de ser pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público.

Em suma, se o século XX foi tido como a “Era dos Direitos”, o século XXI pode ser compreendido como a “Era da Efetivação dos Direitos”, haja vista que, na sociedade pós-industrial em que se vive, a vítima, quer seja inserida numa relação jurídica privada ou pública, não pode ficar irressarcida e desamparada, ou seja, esquecida no lugar-comum de que estava no lugar errado e na hora errada. Em verdade, todos, indistintamente, devem obedecer ao mandamento de lealdade (boa-fé objetiva), também de implícita matriz constitucional, quer como valor da solidariedade (art. 3º, I, CF), quer como princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF).

A boa-fé objetiva tem, portanto, notória força normativa, isto é, a chamada força do direito, na lição de Pierre Bourdieu (1989, p. 209-254), razão pela qual sua vocação expansionista é uma realidade incontestada, desde que devidamente lastreada na adequada aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

A aplicação do Direito e a escola do direito livre

O Direito existe para resolver o conflito humano, sendo um produto cultural da humanidade e não uma abstração celestial, como assim conclui o genial sergipano Tobias Barreto (2012, p. 49-55): “O Direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade.”

Inquestionável que a aplicação do Direito requer, por primeiro, uma atividade hermenêutica, objetivando enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada.

“A essência do direito é a realização prática.” (IHERING, 2017, p. 45)

Primeiro interpreta-se a norma e, depois, aplica-se o Direito, que então transforma-se em uma realidade eficiente, no interesse coletivo e no individual. (MAXIMILIANO, 1981, p. 6)

O direito pátrio segue o sistema do *civil law*, o que significa dizer que o magistrado não formula ou cria o Direito, mas apenas interpreta-o, ainda que não interprete a norma de forma cega ou escravizante, posto que o Direito não se esgota na lei.

A Hermenêutica, teoria científica da arte de interpretar, visa a determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Malgrado isso, o direito brasileiro não admite a Escola da Livre Indagação ou Escola do Direito Livre, o que é salutar e conveniente, mormente num país continental como o nosso, posto que, do contrário, geraria enorme insegurança jurídica, além de que, tenderia a desbordar para uma nefasta ditadura judiciária, não menos nociva que a do Executivo.

Inobstante registre a doutrina a existência de facetas ou conseqüências da Escola do Direito Livre, como é o caso, por exemplo, do chamado direito alternativo ou uso alternativo do direito, doutrina e jurisprudência dominantes não admitem o puro arbítrio do juiz na arte de interpretar, para negar a lei posta e criar a sua própria norma.

Em geral, cabe ao juiz tão apenas dilatar, completar e compreender a norma, mas jamais alterar, corrigir ou substituir, e muito menos negar a norma, decidindo *contra legem*.

Ademais, o direito pátrio não aceita a chamada jurisprudência sentimental, segundo a qual o juiz “mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas a sua jurisdição.” (MAXIMILIANO, 1981, p. 83)

Dito de outra forma, a jurisprudência sentimental é aquela fundada em sentimentalismos, achismos, subjetivismos, ideologismos, o que faz gerar insegurança jurídica e arbitrariedade, afora dar azo ao argumento de autoridade em detrimento da autoridade de argumento.

De conseguinte, resta indubitável que as premissas do direito civil constitucional, que alicerçam esta pesquisa, de modo algum se

confundem com o ideário da Escola do Direito Livre ou com a jurisprudência sentimental.

Boa-fé objetiva e o panprincipiologismo

Consoante exposto, a metodologia do direito civil-constitucional tem premissas claras, a saber: natureza normativa da Constituição, unidade e complexidade do ordenamento jurídico e uma teoria da interpretação de fins aplicativos.

Por certo, a observância rigorosa de tais premissas resulta numa adequada metodologia capaz de efetivar o programa constitucional, com base em um juízo de discricionariedade, que não se confunde com o juízo de arbitrariedade.

Ocorre que, a partir da redemocratização do país, tal dubiedade – juízo discricionário x juízo arbitrário – tem sido praticada de forma recorrente e gravosa, com até matizes de perplexidade e teratologia, causando enorme insegurança jurídica.

Um primeiro ponto a destacar é que não se discute a vocação mutável do Direito, uma vez que reflete, historicamente, a própria vida humana. O que se questiona – e esse é o ponto fulcral – é a inconsistência e fragilidade dos julgados, tornando o Direito imprevisível, a produzir uma deambulante jurisprudência, também conhecida por decisionismo judicial.

Há uma miríade de cláusulas gerais previstas no ordenamento – umas, de matriz genuinamente constitucional (dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, moralidade pública, solidariedade, igualdade) e, outras, de natureza privatística *prima facie* (boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio contratual, abuso de direito, atividade de risco) – que têm sido usadas a esmo nos julgados, de maneira genérica e superficial, e até em caráter ornamental, uma vez que não pontuam, de forma amiúde, o liame com a casuística em si.

Constata-se até, em casos similares, de fundo só jurídico e não fático, que há decisões conflitantes, baseadas em supostas convicções pessoais ou princípios implícitos eleitos pelo julgador, proferidas numa mesma vara judicial ou órgão colegiado, o que se constitui no chamado panprincipiologismo.

As cláusulas gerais têm sido usadas como uma panaceia jurídica, eis um fato incontestado.

Impõe-se, pois, rebater tal postura simplista e perfunctória, que com frequência leva ao arbítrio ou à ditadura judiciária.

Assim, com tal desiderato, considerando a natureza principiológica da Constituição Federal, sabe-se que, à luz da teoria dos direitos fundamentais, há uma importante distinção entre princípios e regras, sendo ambas espécies do gênero norma jurídica.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão pela qual a diferenciação se impõe. (ÁVILA, 2019a, p. 44)

Um primeiro critério distintivo entre ambas e, talvez, o mais utilizado, é o parâmetro da generalidade, possuindo os princípios um grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. (ALEXY, 2017, p. 87)

Ademais, além de o princípio ser uma norma com grau de generalidade relativamente alto, também se refere a valores estruturantes, ou seja, se reporta a bases ou pilares do ordenamento jurídico, e que, em caso de colisão com outro princípio, fica sujeito à ponderação (concorrência) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto, com a ressalva de que ambos se mantêm válidos após a ponderação, ou seja, aplica-se a chamada “lei de colisão”, segundo a qual impõe-se o sopesamento dos interesses conflitantes. (ALEXY, 2017, p. 94-95)

Os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas, além do que guarnecem um conteúdo axiológico, sendo também nominados por “mandamentos de

otimização” (ALEXY, 2017, p. 90), entendida a expressão mandamento em sentido amplo para incluir as permissões e proibições, ou seja, diz respeito à máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade. (ALEXY, 2017, p. 116-117)

Em igual sintonia, “os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos” (ÁVILA, 2019a, p. 46), pois são sempre razões *prima facie*, haja vista, em sendo “mandamentos de otimização”, se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Dessarte, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância – de sorte que, na colisão entre princípios, o julgamento do caso deve levar em conta a força relativa de cada um, não mediante uma mensuração exata ou apriorística, mas, sim, atrelada ao peso e à importância daquele aplicável à casuística. (DWORKIN, 2020, p. 42-43)

A regra, por sua vez, é uma norma não detentora de conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra sempre é satisfeita ou não satisfeita, pois institui um dever definitivo, independente das possibilidades fáticas e normativas, além do que, em caso de conflito entre regras, uma delas deve ser afastada ou considerada inválida, pois o conflito entre elas se resolve com a aplicação da cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma delas.

Para a aplicação da regra, não se aplica o método da ponderação, mas se usa o modelo “subsuntivo”, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, de sorte que a aplicação da regra se opera na modalidade “tudo ou nada”, pois opera como um mandamento definitivo, se não houver cláusula de exclusão, haja vista que garante deveres definitivos, não podendo existir graduações.

Essencialmente, enquanto os princípios colidem, as regras se conflitam, pois estas “são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2020, p. 39), uma vez que, considerando os fatos postos, a regra aplicável é válida e o resultado (julgamento) deve ser aceito, ou, ao contrário, é inválida e, nesta hipótese, nada contribui para a decisão.

Malgrado essa distinção, por sinal bem assentada na doutrina e na jurisprudência, persiste no país uma sanha judicial decisionista, ao ponto, por exemplo, de aplicar-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um fundamento da República (art. 1º III CF), e apontado, pela doutrina, como valor supremo da democracia – de forma imprecisa, meramente retórica e ornamental.

Melhor explicando, tome-se como exemplo o vocábulo “dignidade”, cuja etimologia deriva do termo *dignitas*, que significa valor intrínseco, prestígio, mérito ou nobreza, resultando na compreensão de que o “ser humano é um fim em si mesmo, dotado de uma qualidade intrínseca que o torna insuscetível de converter-se em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos políticos e ideológicos.” (SOARES, 2010, p. 142)

Também a doutrina é uniforme ao dizer que a expressão dignidade, valor intrínseco do ser humano, isto é, inerente à personalidade humana, tem uma natureza ontológica e não contingente, de sorte que, embora a dignidade possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. Ninguém se despe da dignidade, ainda que seja um torturador ou um santo.

Ocorre que a indeterminação e a maleabilidade do seu conteúdo comportam interpretações díspares, invocada até por lados rivais numa mesma contenda, como, por exemplo, nos debates travados no Supremo Tribunal Federal acerca dos temas como células-tronco-embriônicas e interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Em igual senda, vê-se a invocação ao princípio por políticos liberais, favoráveis ao Estado mínimo, e por socialistas, defensores da apropriação coletiva dos meios de produção, além de religiosos que lutam

pela proteção da vida do nascituro e de feministas que pugnam pela ampla legalização do aborto.

Na doutrina, há severas críticas à vagueza/imprecisão do seu conteúdo, que, atrelada à genérica e superficial fundamentação das decisões judiciais, termina por resultar numa fórmula vazia, na medida em que, se o princípio serve para tudo, então não serve para nada, à vista da ambiguidade, indeterminação e o grau de decisionismo judicial.

Incontestes que há uma banalização, ou melhor, uma “carnavalização” do princípio da dignidade da pessoa humana, o que causa insegurança jurídica, “pois torna o resultado do processo judicial muito dependente dos gostos e preferências de cada magistrado, comprometendo a previsibilidade do Direito.” (SARMENTO, 2020, p. 18)

A despeito da vocação universalista do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se fomentar a compreensão exata do seu conteúdo, desdobrado em quatro componentes, a saber: a) o valor intrínseco da pessoa; b) a autonomia; c) o mínimo existencial; e d) o reconhecimento (SARMENTO, 2020, p. 93), a fim de que, mediante adequada metodologia, surjam decisões judiciais melhor fundamentadas, em conformidade com a laicidade estatal e as razões públicas prementes, distintas, pois, da sua vigente aplicação, imantada de narrativa imprecisa, maleável e panprincipiológica, vez que arraigada em princípios não normativos.

Mutatis mutandis, o princípio da boa-fé objetiva, ainda que em menor intensidade, também vem sendo aplicado de forma imprecisa, ao arrepio das premissas do direito civil constitucional.

Boa fé objetiva, praxe judicial e a segurança jurídica

Teologicamente, o Direito visa à promoção do ser humano e à segurança jurídica, visto que “A segurança jurídica é um ideal normativo de

primeira grandeza em qualquer ordenamento jurídico, especialmente no ordenamento pátrio.” (ÁVILA, 2019b, p. 711)

A segurança jurídica é um princípio que, a despeito de não expresso, acha-se implícito e permeia todo o sistema jurídico a partir da Constituição Federal. É visualizável pela própria norma positivada, pelas regras de competência (juiz natural, por exemplo), pela proibição de retroatividade das leis, pelo princípio da decisão não-surpresa, pelas garantias do direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito, dentre outros institutos.

A despeito disso, na contemporaneidade, inserta numa sociedade complexa, plural, globalizada e massificada, vive-se um permanente estado de insegurança, decorrente de uma enorme diversidade de interesses, atinentes a diversos grupos em conflito, os quais buscam resguardar seus interesses/valores nas normas jurídicas.

À guisa de exemplo, basta citar os grupos das mulheres, dos imigrantes, dos étnicos, dos ambientalistas, dos consumidores, dos liberais, dos conservadores, dos industriais, dos trabalhadores, dos proprietários rurais, dos trabalhadores sem-terra, dentre outros, havendo assim, na modernidade, o chamado politeísmo de valores, posto que nem sempre tais interesses são coincidentes.

Re vera, como de resto os interesses sociais são assimétricos, o Estado Juiz é avocado para solucionar o conflito entre grupos, numa velocidade cada vez mais frequente, diante do fenômeno da judicialização em voga, muitas das vezes com base em pretensões fúteis e até estranhas ao mundo jurídico.

Presentemente, no país, judicializa-se qualquer assunto, como se o judiciário fosse o progenitor e o salvador da vida nacional.

De fato, observa-se que há uma judicialização crescente e cotidiana, já não mais fomentada pelos históricos usuários do sistema de justiça (bancos, telefônicas, seguradoras de saúde e o próprio Poder Público), mas, agora, também acrescida pela judicialização de políticas públicas, como é o caso, por exemplo, das demandas de saúde (judicialização da

saúde), no âmbito do chamado ativismo judicial, afora as demandas pertinentes aos entrelagos entre os poderes constituídos (legislativo x executivo).

Além dessa aguda litigiosidade, ínsita à sociedade moderna, vive-se também no país um caos legislativo gigantesco, traduzido por termos como “chuva de leis”, “histeria legislativa”, “furacão normativo”, “incontinência legislativa”, “aluvião de normas”, “orgia na produção de leis”, a revelar um nocivo estado de insegurança, na medida em que se cria a percepção de um direito efêmero e aleatório, capaz de produzir uma jurisprudência deambulante.

O estado de insegurança jurídica prejudica a vida dos cidadãos, uma vez que tem reflexos negativos sobre as instituições e sobre os investimentos internos e externos e prejudica as decisões de longo prazo, ou seja, fragiliza a previsibilidade, em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas. Ademais, a profusão de leis, muitas das quais de conteúdo aberto, gera uma jurisprudência oscilante, ao gosto do intérprete, na esteira do panprincipiologismo ou da jurisprudência sentimental.

O certo, contudo, é que todos têm direito à segurança jurídica. Efetivamente, enquanto princípio constitucional, a segurança jurídica é um elemento objetivo do ordenamento jurídico, sendo um meio de atingir o bem de todos e um modo de garantir a dignidade da pessoa humana. (ÁVILA, 2019b, p. 81)

É nesse contexto conflituoso, de notória insegurança jurídica, que se operacionaliza a contratualização moderna, com base em sua tríplice principiologia social, qual seja: função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

Acerca da boa-fé objetiva, diz-se que é um princípio que deita raízes na *bona fides* do direito romano, expressamente positivada no Código Civil alemão (BGB, § 242), cuja norma é aclamada como a consagração máxima da boa-fé objetiva, diante da profusa e sólida jurisprudência alemã, no sentido de confirmar a boa-fé objetiva como

uma regra de conduta leal e honesta a ser adotada pelas partes no comércio jurídico.

No Brasil, a boa-fé objetiva foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) como simples princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não logrou prestígio, não tendo sido positivada no Código Civil de 1916, que tão apenas regulou a sua aceção subjetiva.

Foi o Código de Defesa do Consumidor que a previu expressamente, seguido pelo Código Civil de 2002, sendo acolhida pela doutrina como um princípio, isto é, um mandado de lealdade, honestidade ou conduta, haja vista que compete às partes, indistintamente, a observância não apenas dos deveres atinentes à prestação principal, mas também os deveres dela decorrentes, ou seja, os deveres anexos, laterais ou secundários, considerando a obrigação como processo e não uma relação jurídica estática e linear.

Também conforme majoritária doutrina, a boa-fé objetiva é um princípio materializado mediante a técnica legislativa conhecida como cláusula geral, cujo enunciado normativo é permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, que expressa um conteúdo jurídico impreciso, vário, múltiplo, a permitir ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe valer-se de conceitos metajurídicos.

A técnica da cláusula geral é um contraponto às normas casuísticas, em face da abrangência e generalidade do seu enunciado normativo, cuja “vagueza semântica (tipicidade mínima) permite mobilidade externa ao sistema através da incorporação de novos princípios até então não pertencentes ao próprio código.” (EHRHARDT JR, 2014, p. 61)

Não há dúvida de que a cláusula geral confere mobilidade ao sistema jurídico, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos positivados, possibilitando ao juiz adaptar a norma à situação fática, em busca de uma solução adequada para o caso concreto, o que não significa dizer que o magistrado possa impor a sua própria ideologia, arbitrariamente. Acerca disso, informa a doutrina que “o emprego das

cláusulas gerais não pode ser distorcido para servir de justificativa ao decisionismo, vale dizer, ao abuso dos poderes decisórios do magistrado em direção a qualquer tipo de arbitrariedade.” (EHRHARDT JR, 2014, p. 68)

Melhor explicando, na praxe judicial pátria, observa-se que, dos três modernos princípios contratuais (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual), há uma distinta compreensão evolutiva entre eles, uma vez que enquanto a boa-fé objetiva detém uma base dogmática sedimentada, até porque herdada das experiências alemã e portuguesa, os princípios da função social do contrato e do equilíbrio contratual ainda carecem de uma delimitação conceitual minimamente precisa, conforme evidencia a respectiva jurisprudência, fluida e ornamental, além de demagógica e até arbitrária.

Relativamente à boa-fé objetiva, contudo, já há uma delimitação conceitual mais precisa e consolidada, com um elenco de deveres de conduta impostos pela boa-fé, os quais resultam em um “conjunto de situações-tipo, comportamentos inadmissíveis, condutas vedadas e outras noções aplicativas que procuram assegurar maior uniformidade no manejo da boa-fé objetiva, sem prejuízo do seu caráter necessariamente aberto, contribuindo, assim, para sua operacionalidade concreta.” (SCHREIBER, 2018, p. 27)

A operatividade da boa-fé objetiva é uma fato inconteste, não só em sede de direito obrigacional, como também expandida para outros ramos do direito, conforme se constata pela copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que, até o dia 10 de agosto de 2012, referiu-se ao verbete “boa-fé objetiva” em 206 acórdãos, assim discriminados: 26% deles tratam de relações obrigacionais que envolvem Direito Civil; 24% tratam de relações de Direito Público (sobretudo Administrativo e Tributário); 22% de situações de Direito Processual ou relativas a procedimento arbitral; 20% de Direito do Consumidor; e 8%, apenas, de Direito Empresarial. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 190-191)

A compreensão dogmática da boa-fé objetiva é uma realidade inquestionável, consoante se comprova pela farta jurisprudência já produzida, inclusive se comparada com os demais princípios contratuais.

De qualquer sorte, considerando que a boa-fé objetiva é um princípio que visa à máxima realização de um valor constitucional (dignidade da pessoa humana, igualdade material, solidariedade, segurança jurídica, moralidade pública, dentre outros), a doutrina já aponta um perigo na sua superutilização/banalização, por causa de decisões judiciais centradas na valoração individual do intérprete, por vezes atreladas à mera análise do artigo de lei ou a um microsistema jurídico, sem levar em conta a necessária interpretação unitária do ordenamento, que além de uno é complexo.

Assim como ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que em menor escala, a aplicação imprecisa, maleável e arbitrária da boa-fé objetiva desborda para o decisionismo judicial, de perfil panprincipiológico, a produzir uma jurisprudência sentimental, calcada em argumento de autoridade e não autoridade de argumento, ao arrepio da imprescindível argumentação jurídica que deve presidir toda decisão judicial, numa perspectiva racional, concreta e justa.

Impõe-se, pois, que a boa-fé objetiva seja aplicada segundo as premissas da legalidade civil-constitucional, por ser a única metodologia consentânea com a sua vocação expansionista, em prol da segurança jurídica atrelada a sua tripla função.

O juízo discricionário da boa-fé objetiva e o direito privado

A obrigação como processo ou como sistema de totalidade é uma concepção premente na modernidade, haja vista que se trata de uma relação jurídica complexa, dinâmica, plural, cooperativa e solidária.

O princípio da boa-fé objetiva, também denominado mandamento de lealdade, de honestidade, de conduta, deve ser compreendido como uma série de atividades exigidas de ambos os contraentes para a consecução do fim colimado, de forma que o cumprimento da obrigação ocorra de modo mais satisfatório para o credor e menos oneroso para o devedor.

Ressalte-se que a boa-fé objetiva, não obstante gestada no direito das obrigações, tem incidência em relação a outros ramos do direito privado, bem como para o direito público, à vista da jurisprudência já produzida no país, estando a sua vocação expansionista já sufragada no Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito”. (VADE MECUM, 2019, p. 2109)

Na modernidade, apesar do expansionismo da contratualização e, de conseguinte, da própria boa-fé objetiva, impõe-se que sua incidência seja lastreada nas estritas premissas do direito civil constitucional, as quais devem servir de farol para a adequada aplicação da sua tríplice função – hermenêutica (art. 113 CC), criadora de deveres anexos (art. 422 CC) e corretora (art. 187 CC) – em respeito à segurança jurídica e ao seu ínsito mandamento de lealdade.

Re vera, a sua força normativa constitucional é uma realidade indubitosa, posto que vinculada aos princípios da dignidade humana, igualdade, solidariedade, moralidade, segurança jurídica, dentre outros, restando patente que o alargamento da sua influência deve ocorrer de forma motivada e racional, mediante adequado juízo discricionário e não arraigada a um juízo de arbitrariedade – decisionista, panprincipiológico ou sentimental – permeado de argumento de autoridade e não autoridade de argumento.

E como exemplo da pertinência do juízo discricionário aplicável à boa-fé objetiva, perfeitamente fundado na legalidade civil

constitucional, traz-se à colação as seguintes situações já reconhecidas pelos tribunais pátrios (o direito concreto):

i) boa-fé objetiva e o direito de família: a aplicação da teoria do adimplemento substancial em sede de dívida alimentar, em caso de o devedor já haver pagado 95% da dívida, o que impede o decreto prisional civil, ficando o restante do débito sujeito a uma ação de cobrança autônoma. Tal situação evidencia o reconhecimento do subprincípio da boa-fé objetiva (adimplemento substancial), que é ínsito à sua terceira função (corretora/delimitadora do exercício de direitos subjetivos), pertinente ao exercício abusivo do direito (art. 187 CC);

ii) boa-fé objetiva e o direito das sucessões: em caso de indignidade sucessória (arts. 1.814/1.818 CC), no sentido de o rol de causas da indignidade (art. 1.814 I a II, CC) ser considerado como *numerus apertus*, diante do largo espectro de maldade da conduta humana, a comportar situações outras que revelem a atitude infame, cruel e torpe do herdeiro em face do falecido. Tal compreensão se funda na ética, que é um valor intrínseco à boa-fé objetiva, haja vista que há situações fáticas não previstas na lei que revelam a falta de lealdade, de gratidão, de afeto e de solidariedade do herdeiro, merecendo, assim, uma interpretação finalística e extensiva da norma.

Assim é que, casos como instigação ao suicídio, de latrocínio, de maus tratos ao falecido alienado mental ou de constrangimento do *de cuius* de testar, dentre outros, afrontam a boa-fé objetiva na sua função hermenêutica (art. 113 CC), para fins de prevalecer a teoria da vontade sobre a teoria da declaração (art. 112 CC), além da sua função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422 CC), relativa aos deveres de consideração ou conduta;

iii) boa-fé objetiva e o direito empresarial: em caso da assembleia geral de credores da recuperação judicial, na qual o credor, de forma abusiva/desmotivada/irrazoável, vota contrariamente ao plano de recuperação, não apenas em prol do seu interesse pelo crédito, mas

em desatenção ao princípio da preservação da empresa estatuído na Lei de Falência e Recuperação de Empresas (LFRE) (Lei 11.101/2005, art. 47).

Sem dúvida, tal cenário fático é observável na hipótese de um voto dado por uma empresa concorrente movido apenas pelo propósito de eliminar a empresa recuperanda do mercado, ou, ainda, quando o credor vota para obter vantagem particular ou para causar danos aos demais credores – situações essas que violam a boa-fé objetiva na sua terceira função (corretora/delimitadora do exercício de direitos subjetivos), pertinente ao exercício abusivo do direito (art. 187 CC);

iv) boa-fé objetiva e o direito do trabalho: em caso de o empregado ser discriminado (assédio moral) durante o contrato de trabalho ou após a sua cessação, se o empregador lhe fizer restrições que maculem à sua dignidade ou preste informações a terceiros acerca disso. De igual forma, exige-se que o empregado aja com lealdade e retidão, não sendo negligente ou indolente na sua jornada de trabalho, bem como que se abstenha de fazer concorrência desleal ou, ainda, que se abstenha de revelar segredos de fabricação ou de comercialização.

De fato, não obstante a assimetria da relação de emprego, diante da vulnerabilidade do empregado, a boa-fé objetiva se aplica a ambos (empregador e empregado), posto que os deveres de conduta são pertinentes à sua função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422 CC), e que, a despeito de não integrarem um rol taxativo, devem ser cumpridos por ambos, pois decorrem da cláusula geral da boa-fé objetiva, que é uma norma cogente, imperativa ou de ordem pública;

v) boa-fé objetiva e o direito do consumidor: em caso da relação jurídica de consumo, de larga ocorrência na contemporaneidade, haja vista que a contratação consumerista é a regra na sociedade pós-industrial (complexa, massificada, globalizada, virtual), ressalvados apenas os contratos civilístico e empresarial.

Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva (arts. 4º III e 51 IV, CDC) tem aplicação recorrente em diversos tipos contratuais modernos – todos contratos de consumo – como, por exemplo, as cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos; os contratos relacionais; os contratos cativos de longa duração; os contratos existenciais; os contratos eletrônicos; os contratos conexos ou redes contratuais, dentre outros.

Na jurisprudência, há recorrentes decisões consumeristas que merecem destaque:

i) A questão do superendividamento: à luz da doutrina, entende-se por superendividamento a impossibilidade global de o devedor, pessoa física/consumidor, leigo e de boa fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo.

In casu, considerando a falta de educação financeira familiar do consumidor médio, agravada pela desmedida oferta de crédito sem as devidas informações a cargo do fornecedor – falta do dever de informar – faz gerar o fenômeno do superendividamento, à vista da notória vulnerabilidade do consumidor médio, em regra um analfabeto funcional e digital;

ii) A questão do plano de saúde e o tempo de internação hospitalar: cuja cláusula contratual inserida nos contratos de planos de saúde é tida por abusiva, conforme Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”;

iii) A questão da proibição do comportamento contraditório: pertinente à teoria dos atos próprios, o que significa dizer que a parte não pode *venire contra factum proprium*, ou seja, que é proibido agir com comportamento contraditório, por ser isso um dever de cautela insito à boa-fé objetiva.;

iv) A questão que envolve o *tu quoque*: diz respeito à figura parcelar da boa-fé objetiva conhecida como *tu quoque*, explicada quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, depois, tenta tirar proveito

da situação, com o objetivo de se beneficiar, o que revela uma conduta desleal ou maliciosa. A proibição do *tu quoque* dá-se em proteção da confiança, isto é, em respeito à boa-fé objetiva, que é uma confiança qualificada e adjetivada;

v) A questão da boa-fé objetiva na fase pré-negocial: a despeito da redação incompleta e pouco clara do art. 422 do Código Civil, atualmente já há um entendimento unânime no sentido da admissão da responsabilidade pré-contratual, assim como da responsabilidade pós-contratual, conforme Enunciado n. 25 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “o art. 422 do CC não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

Como exemplo da culpa *in contrahendo*, registre-se o emblemático “caso dos tomates” julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 591.028.295, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, de janeiro de 1992, assim resumido: responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação;

vi) A questão da boa-fé objetiva na fase pós-contratual: também o fundamento legal da culpa *post pactum finitum* é a cláusula geral da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil e nos arts. 4º III e 51 IV do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que, mesmo após o cumprimento do contrato, continuam a persistir os “deveres de consideração”, que não derivam do contrato propriamente dito, mas, sim, da boa-fé objetiva, pertinente à sua função criadora de deveres anexos (art. 422 CC).

Para tanto, servem de exemplos as seguintes situações: a obrigação de o advogado conservar os documentos que lhe são confiados por

seu cliente, no curso da lide, bem como devolvê-los ao cliente, após o término dessa relação advocatícia; a obrigação de o fornecedor (fabricante ou importador) em ofertar componentes e peças de reposição durante a fabricação do produto, assim como após a sua cessação, por prazo razoável (art. 32 CDC).

Considerações finais

A presente pesquisa analisou a boa-fé objetiva sob a perspectiva do direito civil constitucional, entendendo que as premissas deste – natureza normativa da Constituição, unidade e complexidade do ordenamento jurídico e interpretação com fins aplicativos – devem ser observadas com rigor, sob pena de a cláusula geral da boa-fé objetiva ser banalizada ou superutilizada.

A partir da compreensão de que a boa-fé objetiva é um princípio contratual relevante – por sinal, dentre os demais, o mais consolidado na doutrina e na jurisprudência –, concluiu-se que sua aplicação vem se dando de forma imprecisa e vaga, tal qual vem ocorrendo, de há muito, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No contexto de uma sociedade massificada, globalizada e complexa, entendeu-se que seu uso destoante decorre dos conflitos advindos de interesses sociais assimétricos, também agravada pela profusão de leis vigentes no país, o que vem gerando um estado de insegurança jurídica comprovada por uma jurisprudência fluída, vaga e decisionista.

Também se concluiu que a boa-fé objetiva, que garante uma tríplice função – função interpretativa (art. 113 CC), função criadora de deveres anexos (art. 422 CC) e função corretora (art. 187 CC) – tem vinculação com os valores constitucionais (dignidade, segurança, igualdade, solidariedade, moralidade), fato que lhe confere uma vocação expansionista muito além do direito privado.

Conclui-se, ainda, que o princípio da boa-fé objetiva deve ser efetivado à luz da legalidade civil constitucional, em conformidade com um juízo de discricionariedade (motivado e racional) e não por um juízo de arbitrariedade (decisionista, sentimental ou panprincípio-lógico), permeado de achismos ou convicções ideológicas/religiosas do intérprete julgador.

Por fim, o estudo exemplificou, com julgados, a pertinente aplicação da boa-fé objetiva incidente sobre outros ramos do direito privado, evidenciando que sua vocação expansionista suplanta o direito contratual, na medida em que faz valer os valores constitucionais em sintonia com a segurança jurídica.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019a.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019b.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito-I*. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2018.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2020.
- EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.
- GIACOMUZZI, Guilherme José. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo: Pillares, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). In: MARTINS COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. *Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 21-32, 1993.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Boa fé e sua aplicação no direito privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUBINSTEIN, Flávio. *Boa fé objetiva no direito financeiro e tributário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.
- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil: temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VADE MECUM Saraiva Compacto. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEORIA DA JUSTIÇA E DIREITOS DOS ANIMAIS

Juliana Nascimento da Silva

Introdução

A justiça é uma questão de racionalidade. (SEN, 2012) Mas, segundo Amartya Sen, precisamos de uma motivação para buscá-la, que decorre de um sentimento de indignação e revolta perante a injustiça. É um sentimento de raiva que nos chama a atenção para a injustiça, o que nos move para removê-la. A justiça, segundo o autor, “exige que façamos um grande esforço para identificar as prioridades esmagadoras que devem ser enfrentadas com total urgência. Temos que perguntar o que deve nos manter acordados à noite”. (SEN, 2008, tradução nossa)

Movido por esse sentimento de injustiça, passa-se ao processo de argumentação, que tem que se dar em bases racionais – afinal, apaixonar-se não é argumentar (MAXIMILIANO, 1965, p. 220 apud GODOY, 2010, p. 27) – para buscar remover a injustiça. Apenas com a remoção da injustiça promove-se uma melhora na justiça.

Seguindo a linha defendida pelo autor, é preciso identificar, assim, o que nos provoca esse sentimento de indignação e nos move a querer promover a justiça no mundo. Amartya Sen identifica como melhor exemplo do século XVIII os escritos de Mary Wollstonecraft, feminista inglesa (1759-1797). O próprio autor é movido por um sentimento de injustiça com relação às disparidades sociais existentes na sociedade, especialmente na Índia. Este trabalho é movido por um sentimento

de injustiça contra o tratamento dado aos animais ao longo da história, além da percepção de que eles estão, de algum modo, alijados da justiça.

Nesse escopo, dividiu-se o trabalho em duas partes, além dessa introdução. Inicialmente, indaga-se acerca da ideia da justiça, ou seja, o que normalmente entendemos quando usamos essa palavra, além do direito de todos ao acesso à justiça. Busca-se analisar, ainda, as teses defendidas por duas grandes teorias formuladas acerca do sentido da justiça: a teoria da justiça como equidade, de John Rawls, e a teoria da justiça focada em realizações, de Amartya Sen, e o alcance de cada uma delas, particularmente quanto à questão da sua aplicabilidade aos animais.

Em seguida, busca-se analisar a posição do animal na sociedade ao longo da história e como isso influencia o tratamento que a ele é conferido. Inicialmente, traz-se um contexto histórico com alguns dos principais argumentos e desenvolvimentos teóricos contrários ao reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos e, após, argumentos favoráveis a esse reconhecimento.

Nas considerações finais, expostas na conclusão, pondera-se que, considerando o atual estágio de entendimento acerca dos animais não humanos, mormente quanto à já reconhecida consciência do animal, não subsiste qualquer justificativa para que os animais estejam alijados do alcance de qualquer teorização acerca da justiça e, mais ainda, do reconhecimento da possibilidade de buscar para si – ainda que não pelos próprios meios – a proteção da justiça.

Uma ideia de justiça

A noção de justiça está fortemente ligada ao adequado e ao legítimo. (CHAGAS, 2011, p. 396) Assim, se uma determinada situação beneficia a todos de forma igualitária, sem incorrer em discriminações arbitrárias, que não se voltem unicamente a compensar uma desigualdade de fato, pode-se dizer que a justiça foi feita.

Aristóteles entende que justiça é a disposição moral pela qual os homens se dispõem a fazer, agir e desejar o que é justo, enquanto a injustiça leva os homens a desejar o injusto, além de agir injustamente. (BALDIN, 2013, p. 131-132) Considera que o justo seria uma disposição, seja no geral, seja no particular, para a busca do bem comum, a felicidade em geral, a igualdade. (BALDIN, 2013, p. 132)

Quem tem direitos, tem o direito de assegurá-los perante o Poder Judiciário. (ATAÍDE JÚNIOR, 2020, p. 131) Trata-se da garantia constitucional do acesso à justiça, instituída no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988)

O direito de acesso à justiça é fundamental, e, portanto, deve ser universal, livre de preconceitos especistas, ou seja, “sem a parcialidade que privilegia interesses de membros de uma ou algumas espécies em detrimento de membros das demais, o acesso à justiça é a única maneira de proteger todos os demais interesses previstos”. (CHAGAS, 2011, p. 398)

A teoria da justiça como equidade, de Rawls

John Rawls defende que uma sociedade é bem ordenada quando regulada por uma concepção pública de justiça, ou seja, quando todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça. E mais, quando as instituições básicas satisfazem – e é do conhecimento de todos – os princípios de justiça. (RAWLS, 2000, p. 5) Para o autor, ainda que se defenda uma concepção de justiça diversa, é possível identificar uma concordância no sentido de que as instituições são justas quando não fazem distinções arbitrárias entre as pessoas ao atribuir direitos e deveres básicos, determinando um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes de vantagens de vida social. (RAWLS, 2000, p. 6)

A teoria da justiça, de Rawls, defende uma ideia aprimorada do contrato social defendido por Rousseau – além de outros autores

“contratualistas”, como Locke e Kant –, apresentando a ideia de “posição original”. Nessa posição hipotética, que corresponde ao estado de natureza da doutrina tradicional do contrato social (RAWLS, 2000, p. 14), um grupo de pessoas escolhe de uma vez por todas aquilo que, entre elas, deve-se considerar justo ou injusto. O que garante que a escolha seja equitativa – ao invés de tentativas de favorecimento pessoal – é o fato de que as pessoas, nessa posição original, encontram-se encobertas pelo “véu da ignorância”, ou seja, “não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar o princípio unicamente com base nas considerações gerais”. (RAWLS, 2000, p. 147)

Na posição original, Rawls conclui que as partes chegariam a um consenso sobre dois princípios de justiça, o princípio da igual liberdade e o princípio da diferença. Segundo o princípio da igual liberdade, “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”. (RAWLS, 2000, p. 64) Pelo princípio da diferença, “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. (RAWLS, 2000, p. 64) Para Rawls, esses princípios são aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa posição de igualdade. (RAWLS, 2000, p. 127)

Rawls entende, ainda, que mesmo entre esses dois princípios que seriam escolhidos pelas partes na posição original, existe uma ordem lexical devendo as reivindicações da liberdade serem satisfeitas primeiro. (RAWLS, 2000, p. 267) Há, assim, uma precedência da liberdade, a indicar que esta só poderá ser restringida em nome da própria liberdade. (RAWLS, 2000, p. 267)

Quanto ao alcance da sua teoria da justiça como equidade, John Rawls deixa claro que é voltada a defender os interesses de seres

humanos, não aplicada aos animais. Muito embora entenda que os animais têm capacidade de sentimentos de prazer e dor (RAWLS, 2000, p. 568), este reconhecimento deve gerar nos seres humanos sentimentos de compaixão e humanidade para com os animais, de modo que é errado tratá-los com crueldade. Mas não é o suficiente para exigir que concedamos aos animais direito à justiça. (RAWLS, 2000, p. 568)

Para justificar a não aplicabilidade dos princípios de justiça às nossas relações com os animais, Rawls indaga a que tipos de seres deve-se conceder as garantias da justiça. Baseado no princípio da igualdade, que exige que direitos básicos iguais sejam distribuídos a todas as pessoas, ele presume que os animais ficam excluídos dessa distribuição, porque apesar de – certamente, ele diz – eles terem alguma proteção, o seu *status* não é o mesmo que o dos seres humanos:

Por último, eu gostaria de lembrar aqui os limites da teoria da justiça. Não só muitos aspectos da moralidade são deixados de lado, mas também não se oferece nenhuma consideração acerca da conduta correta em relação aos animais e ao restante da natureza. Uma concepção de justiça é apenas uma parte de uma visão moral. Embora eu não tenha afirmado que a capacidade para um senso de justiça é condição necessária para termos direito à justiça, realmente parece que não se exige que concedamos justiça estrita a criaturas que não têm essa capacidade. (RAWLS, 2000, p. 560)

Rawls assim sugere que uma concepção correta de nossas relações com os animais e com a natureza dependeria de uma teoria da ordem natural e de nosso lugar dentro dessa teoria, afirmando que é uma das tarefas da metafísica elaborar uma visão do mundo adequada para esse propósito. (RAWLS, 2000, p. 569)

A teoria da justiça de Amartya Sen

Amartya Sen, por outro lado, traz um modelo de justiça que se mostra menos preocupado em definir o que seria uma sociedade perfeitamente justa, focando em um modelo que se volta a tentar resolver os problemas reais da sociedade. Sua teoria seria, assim, menos ambiciosa (CARVALHO; COSTA, 2012, p. 3), pois busca enfrentar questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, ao invés de buscar soluções para uma justiça perfeita. (SEN, 2011, p. 8)

O autor explica que o que move os seres humanos na busca da justiça não é a compreensão de o que o mundo seja privado de uma justiça completa, o que de qualquer modo poucas pessoas esperam, mas, sim, a compreensão de que há, à nossa volta, injustiças que são remediáveis. A justiça se volta para a busca de solução às injustiças que podem ser corrigidas. (SEN, 2011, p. 7)

Amartya Sen identifica que “há uma dicotomia substancial entre dois tipos diferentes de argumentação racional sobre a justiça que se reflete em dois grupos de importantes filósofos ligados ao pensamento radical do período iluminista” (SEN, 2011, p. 12-13), uma delas concentrada em buscar identificar arranjos sociais perfeitamente justos (que ele chama de institucionalismo transcendental, atribuída a teóricos “contratualistas”, dentre os quais Rousseau, Locke, Kant e Rawls) e outra focada em comparações entre as diferentes vidas que as pessoas podem levar, “influenciadas pelas instituições, mas também pelo comportamento real dessas pessoas, pelas interações sociais e outros determinantes significativos” (SEN, 2011, p. 12-13), adotada por filósofos como Adam Smith, Condorcet, Mary Wollstonecraft, Bentham, Marx e John Stuart Mill; esta última à qual ele se filia.

Apesar das dicotomias existentes entre ambas as teorias, Sen identifica alguns pontos de semelhança, dentre os quais a dependência da argumentação racional e o apelo ao debate público. (SEN, 2011, p. 13) Para defender um ponto de vista de modo a que ele tenha credibilidade,

é preciso falar ao interlocutor de uma forma que ele se disponha a ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados, daí porque um argumentador “apaixonado” pode encontrar dificuldades para ser levado a sério, ao contrário de um “plácido guardião da ordem e da justiça” (SEN, 2011, p. 16), alguém que apresenta seus argumentos com base em razões objetivas. (SEN, 2011, p. 51)

Para Sen, a frustração e a raiva podem contribuir para nos motivar, mas devemos nos valer de um exame racional, tanto para chegarmos a soluções eficazes quanto para sustentar as razões que servem de base para as reclamações, e o que pode ser feito para enfrentar os problemas subjacentes. (SEN, 2011, p. 318-319)

A fundamentação utilizada para se chegar ao diagnóstico do que seja uma injustiça é plural, ou seja, não se baseia em uma linha específica de censura (SEN, 2011, p. 25), mas, ao contrário, podemos ter um forte senso de injustiça baseado em argumentos diferentes. Assim, Sen defende a existência de uma mídia livre, enérgica e eficaz, que pode facilitar o processo de debate. Para o autor, “a mídia é importante não só para a democracia, mas para a busca da justiça em geral. Uma “justiça sem debate” pode revelar-se uma ideia opressiva”. (SEN, 2011, p. 276-277)

Ainda que haja uma preocupação atual com o papel muitas vezes sensacionalista da mídia, ou mesmo com a grande propagação de notícias falsas – já se ouviu falar em a “era das *fake news*” –, suscitar o debate através da divulgação de informações é deveras importante, a exemplo da atenção que a mídia deu e tem dado a recentes casos de maus tratos a animais, como o caso de Manchinha, cadela agredida até a morte por um segurança de uma rede de supermercados. Houve um grande clamor social por justiça e, ao final, tanto a empresa quanto o segurança foram responsabilizados: a empresa fez um acordo com o Ministério Público para pagar R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a um fundo para cuidados a animais, e o segurança deverá responder pela

anterior capitulação prevista no art. 32, da Lei de Crimes Ambientais. (CASO MANCHINHA..., 2019)

A notificação e o debate acerca desses casos foi tão importante que após “Manchinha” e o recente caso do Pitbull “Sanção”, que foi torturado e teve as patas cortadas, além de muitos outros, a Lei de Crimes Ambientais foi alterada para aumentar a pena nos casos de crimes de maus tratos cometidos contra cães e gatos.

Sen propõe, ainda, uma análise da igualdade e da justiça a partir de uma base informacional ampla, que considere também a relação entre os bens primários e os diferentes indivíduos, vale dizer, a dos funcionamentos e capacitações. O ponto essencial que o autor enfrenta é pertinente à ideia de justiça e sua relação com a desigualdade. Assim, consiste menos em investigar qual a forma ou concepção de igualdade buscada e mais em investigar o tipo exato de igualdade e, por isso, a questão essencial a ser analisada pelos estudiosos da igualdade não diz respeito a “por que a igualdade?”, mas “igualdade de quê?”. (IENSUE, 2016, p. 463) Essa indagação seria a questão realmente crítica da abordagem das capacidades.

Na abordagem das capacidades, a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa em fazer as coisas que ela tem razão para valorizar. (SEN, 2011, p. 197) O conceito está intimamente ligado ao aspecto da oportunidade de liberdade, visto como “abrangente”, ou seja, que leva em consideração o modo como a pessoa atinge seus objetivos, ao oposto de liberdade de culminação, que considera se a pessoa atingiu o objetivo, não importa se decorreu de um processo de escolha livre.

Muito embora Sen demonstre grande sensibilidade ao construir uma teoria da justiça voltada a solucionar problemas concretos, preocupando-se em que a justiça seja abrangente – no que corrige uma possível “falha” de uma teoria contratualista – e, ainda que demonstre preocupação com a proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável (SEN, 2011, p. 209), o autor não deixa claro qual a sua

posição acerca dos direitos animais, sequer para excluí-los expressamente do alcance da sua teoria, como fez Rawls.

Não se conclui que o autor seja contrário à ideia de que os animais devam ser respeitados, pois, ao revés, ele pondera que a proteção do meio ambiente e de espécies ameaçadas de extinção não deve ser feita porque – nem na medida em que – possa melhorar os padrões de vida humanos. (SEN, 2011, p. 211) Mas é possível concluir que ele não entende que os animais devam ter algum lugar de especial consideração, principalmente quando, ao celebrar a definição de desenvolvimento sustentável trazida no Relatório Brundtland, publicado em 1987, o definiu como “desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades” (SEN, 2011, p. 209). Sen defende que o meio ambiente não pode ser visto dissociado das vidas humanas, o que deixa clara a adoção da defesa do meio ambiente (incluindo aí os animais) em uma nítida perspectiva antropocêntrica.

Por que resistimos em reconhecer que os animais têm direitos?

Apesar da nítida preocupação de John Rawls em conceber um modelo de justiça perfeita, e de Amartya Sen em diminuir as injustiças existentes, melhorando a aplicação da justiça, indaga-se acerca da possibilidade de estender o alcance das suas teorias à proteção dos interesses dos animais. Rawls chega a mencionar os animais quando fala do alcance da sua teoria, mas apenas para deixar claro que esta não se aplica aos animais por eles não terem o mesmo *status* que os seres humanos. Mas que *status* é esse? E não colocar os animais no mesmo “*status*” que os seres humanos é, de fato, justificativa suficiente para não lhes conferir a proteção da justiça?

É possível identificar uma resistência de diversos teóricos, ao longo da história, em reconhecer que os animais têm direitos, dentre os quais o de se beneficiarem da justiça, entendida de forma ampla, tanto para buscar a sua proteção, quanto para a reparação de eventuais direitos violados.

Ao longo da história do desenvolvimento da humanidade, os animais não humanos têm sido tratados como meios para se alcançar um fim, como instrumentos para a melhoria de vida dos seres humanos. Assim é que eles foram – e têm sido – caçados, utilizados como ferramentas na agricultura, como meio de transporte, como cobaias em experimentos científicos (seja os primitivos, para descobrir o funcionamento interior do corpo, seja os mais recentes, na indústria farmacêutica, de cosméticos etc.), como oferendas para rituais “religiosos”, utilizados para a nossa “diversão” em circos, zoológicos ou as supostas manifestações culturais, a exemplo da vaquejada, farra do boi, touradas.

E ao longo da história, buscou-se justificar, seja por argumentos filosóficos, científicos e até mesmo religiosos, que o animal humano tinha razões para agir de tal modo para com os animais não humanos, por uma questão de superioridade, porque os animais não têm alma, não têm capacidade de pensar ou de sentir, uma vez que não podem se expressar através da fala (muito embora possam se expressar), ou porque Deus determinou que os homens dominassem todos os animais (RODRIGUES, 2010, p. 257), tendo criado o homem à sua imagem e semelhança

para que o homem sujeite, dome, domine, adestre ou domestique os animais nascidos antes dele, e assente sua autoridade sobre eles. Deus destina os animais a experimentar o poder do homem, para ver o poder do homem em ação, para ver o poder do homem à obra, para ver o homem tomar o poder sobre todos os outros viventes [...] (DERRIDA, 2002, p. 35-37)

Gautama Buda (cerca de 563 a. C.) apresenta a ideia de que existe entre nós, seres humanos, e os animais não humanos uma relação de superioridade. Buda defendia que se alguém tem o poder de fazer alguma coisa para melhorar a injustiça no mundo, haveria um forte argumento moral para que o fizesse. Nas relações entre os animais humanos e os não humanos não seria diferente, e a obrigação dos primeiros em relação aos segundos decorreria de uma assimetria de poder, na qual nós – os animais humanos – seríamos mais poderosos que os não humanos. (SEN, 2011, p. 177-178)

O próprio Jesus Cristo, símbolo cristão da bondade e do autossacrifício, não poupava a natureza (RODRIGUES, 2010, p. 259), como pode ser percebido de algumas passagens das escrituras. Para exemplificar, certa feita Jesus amaldiçoou uma figueira por não ter nela encontrado frutos para comer e, de outra vez, ao encontrar um homem possuído, retirou-lhe os demônios, fazendo-os entrar nas varas de porcos, que se jogaram ao mar, afogando-se.

Tampouco houve progresso na questão animal com a superação do medievalismo pela Idade Moderna, apesar dos avanços indiretos, como os decorrentes das descobertas astronômicas, “que nos empurravam para fora do centro do universo, certamente representariam, em teoria, um ataque ao mito da perfeição humana” (RODRIGUES, 2010, p. 259):

Longe de gerar um progresso na questão animal, o cientificismo humanista e dualista ali iniciado contribuiu para o embrutecimento de nossos modos para com os animais. No mesmo passo, o racionalismo produziu, em direito e política, uma doutrina de culto à razão humana como fator de legitimação do poder institucional. (RODRIGUES, 2010, p. 259)

René Descartes (1596-1650) passou a defender que os animais, por não terem alma, como os homens, não eram capazes de sensações conscientes e, portanto, não podiam sofrer. A base de sustentação da qual Descartes retirava a sua premissa de que os animais não possuem

alma – e que servia de justificativa para todas as suas demais conclusões
– residia no fato de os animais não possuírem a capacidade de falar:

E isto não prova somente que os animais têm menos razão que os homens, mas que não têm absolutamente nenhuma. Pois vê-se que basta muito pouca razão para saber falar; e visto que se observa desigualdade tanto entre os animais de uma mesma espécie quanto entre homens, e que uns são mais fáceis de adestrar que os outros, não é crível que um macaco ou um papagaio, mesmo um dos mais perfeitos de sua espécie, se igualasse nisso a uma criança das mais estúpidas ou, pelo menos, a uma criança de cérebro perturbado, se a alma deles não fosse de uma natureza completamente diferente da nossa. E não se deve confundir as palavras com os movimentos naturais, que expressam as paixões e podem ser imitados tanto pelas máquinas quanto pelos animais; nem pensar, como alguns autores antigos, que os animais falam, embora não entendamos sua linguagem. Pois, se fosse verdade, já que eles têm vários órgãos correspondentes aos nossos, poderiam fazer-se entender tanto por nós como por seus semelhantes. É também notório que, embora haja muitos animais que demonstram mais engenhosidade do que nós em algumas das suas ações, vê-se, contudo, que os mesmos não demonstram nenhuma em muitas outras; de modo que o que fazem melhor que nós não demonstra que tenham espírito; pois, desta forma tê-lo-iam mais do que qualquer um de nós, e agiriam com mais acerto em todas as outras coisas; mas, pelo contrário, prova que não o têm, é que é a natureza que neles opera de acordo com a disposição de seus órgãos [...] (DESCARTES, 2001, p. 65)

Para Descartes, os animais seriam “autômatos”, máquinas sem almas, e as suas reações seriam instintivas. Assim, quando um animal reagia a um procedimento de vivissecção, “aparentando” estar sentindo dor, para Descartes, aquela reação era meramente instintiva. Essa visão de Descartes, de que os animais fariam tudo por instinto e não teriam controle de suas condições, influenciou fortemente o

pensamento da época (TITAN, 2020, p. 80), tendo sido utilizada como justificativa para diversos experimentos “científicos”, a exemplo da mencionada vivissecção.

No plano da filosofia política, Immanuel Kant (1724-1804) defendia que “não temos deveres diretos com relação aos animais. Eles não possuem autoconsciência e existem meramente para um fim. Esse fim é o homem”. (RODRIGUES, 2010, p. 263) Kant teria chegado a essa conclusão ao observar que os homens são dotados de razão, sendo um fim em si mesmos. Por outro lado, os animais, despidos de razão, estariam na categoria de meios. (RODRIGUES, 2010, p. 263) Apesar disso, Kant defendia que os animais não deveriam ser tratados cruelmente – como Rawls, que entendia que os direitos dos homens não deveriam ser estendidos aos animais em razão do seu “*status*”, apesar de que deveríamos tratá-los com compaixão.

Essas observações não nos podem levar à conclusão precipitada de que o pensamento em detrimento dos animais era linear, e é possível pensar – com certo grau de segurança – que houve, em todos os momentos da história, vozes que se levantaram na sua defesa (a exemplo de Jeremy Bentham, ainda no século XVIII), assim como haviam aqueles que se levantaram pelo fim da escravidão, ou pela igualdade de direitos das mulheres, ainda que suas vozes tenham permanecido sem eco.

O “*status*” dos animais

Os animais têm sido relegados a um patamar inferior ao dos seres humanos durante muitos séculos, quase sempre usados como ferramentas para facilitar o atingimento dos interesses dos animais humanos. Historicamente, os animais são tidos como “coisas”, seja como direito de propriedade, seja como *res nullius*, a exemplo dos animais que vivem nas florestas ou nos mares, e que podem ter – em algum

momento – a sua propriedade reivindicada. Esse *status* dos animais foi¹ e continua sendo um empecilho não só para o reconhecimento de direitos, como para a efetivação da justiça em seu favor.

No Brasil, a proteção ao meio ambiente e aos animais foi elevada a Direito Fundamental pela Constituição de 1988, sendo considerado, conforme a clássica divisão proposta por Karel Vazak,² um direito fundamental de 3ª dimensão. Apesar de constitucionalizada, a proteção desses “bens”³ se dá de uma ótica antropocêntrica, pois devem ser defendidos e preservados para as presentes e futuras gerações. Nesse ponto, o Brasil encontra-se atrasado em relação a outros países da América do Sul, que passaram a adotar uma visão biocêntrica da proteção do meio ambiente, a exemplo do Equador, cuja Constituição, em seu art. 71, prevê expressamente que “A Natureza ou Pacha Mama, onde a vida se reproduz e acontece, tem o direito de ser respeitada [...]”⁴ (EQUADOR, 2008, tradução nossa), o que ajuda a reforçar a ideia dos animais e da natureza como sujeitos que devem ter os seus direitos defendidos contra o homem, que é, afinal, o seu maior predador.

Em que pese a visão antropocêntrica ainda prevalente, a forma como animais humanos e não humanos se relaciona vem sofrendo mudanças. Uma mudança gradual de posição do animal na sociedade tem-se operado nos últimos anos, mudando até mesmo a configuração das entidades familiares. Hoje já se tornou comum que protetores e defensores dos direitos animais não se refiram mais às pessoas que

.....
1 Conforme Rawls, que justifica que a sua teoria da justiça não pode se aplicar aos animais devido ao seu *status*.

2 A ideia das dimensões dos direitos fundamentais foi apresentada pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak (1929-2015), em texto publicado em 1977 e em palestra proferida em 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo: “Pelos Direitos Humanos da Terceira Geração: os Direitos de Solidariedade”.

3 A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 225, diz que o meio ambiente é um “bem de uso comum do povo”.

4 “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete [...]” (EQUADOR, 2008)

“detêm” animais como seus “donos”, mas, sim, “tutores” ou “guardiões”, que não mais se fale em “posse” ou “propriedade”, mas em “guarda” ou “tutela”.

Além disso, não é incomum ouvir alguém se referir a seu animal como seu filho ou irmão, e muitas pessoas optam hoje por não ter filhos humanos, “substituindo-os” pelos filhos não humanos. Essas informações são corroboradas por dados estatísticos, tendo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgado, no ano de 2015, dados que demonstram que o número de cães nos lares brasileiros superou o de crianças. De cada 100 famílias no país, 44 criam cachorros, enquanto apenas 36 têm crianças. (BARBOSA, 2015)

Essa conjuntura é ainda mais perceptível quando se observa o aumento no número de demandas ao Judiciário, inclusive aos Tribunais Superiores, envolvendo questões “animais”. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido reiteradamente provocado a regular efeitos jurídicos diversos advindos das relações cada vez mais próximas entre os animais e os seres humanos, o que pode ser visto em edição especial publicada em 30 de setembro de 2018, em seu sítio eletrônico, na qual o Tribunal compilou algumas de suas principais decisões. (STJ, 2018) Em uma delas, por exemplo, o STJ, em decisão inédita, considerou ser possível a regulamentação judicial de visitas a animal após a separação do casal, tendo considerado que “os bichos não podem ser considerados meras ‘coisas inanimadas’, pois merecem tratamento peculiar em virtude das relações afetivas estabelecidas pelos seres humanos com eles”. (STJ, 2018)

Ainda assim, os animais são vistos como coisas e, reitera-se, esse *status* influencia fortemente na proteção e no acesso à justiça. Para os animais que são membros de uma família, ainda que não lhes garanta o *status* de sujeitos de direitos, existe, ao menos, a proteção conferida pelo direito de propriedade. Mas quando o animal não tem um tutor, guardião ou dono específicos, ou mesmo alguém que se responsabilize por eles, a proteção contra injustiças se torna ainda mais difícil.

Existe, assim, uma resistência que perdura por séculos em reconhecer aos animais o lugar de sujeito de direitos, e que foi justificada das mais variadas formas, inclusive científica. A forte argumentação de Descartes, de que os animais seriam autômatos e cujas reações eram meramente instintivas, influenciou fortemente o pensamento da época, como visto (TITAN, 2020, p. 80), tendo as pessoas assumido que os animais não tinham qualquer grau de consciência, o que serviu, inclusive, para justificar a numerosa realização de vivisseções, experimento com animais amplamente realizado à época. (FAUSTO, 2018, p. 07)

Por outro lado, havia os filósofos que acreditavam que os animais tinham, sim, capacidade de sentir. Jeremy Bentham (1748-1832), um dos precursores sofre a defesa dos animais (TONON, 2013, p. 04), defendia que para decidir como tratar os animais, os seres humanos deveriam considerar não se são capazes de linguagem, mas se são capazes de sofrer. (TITAN, 2020, p. 80)

Jacques Derrida (1930-2004) acreditava que os filósofos negavam a capacidade dos animais propositalmente, embora não fosse capaz de entender o porquê dessa denegação. Para ele, houve muitos textos assinados por pessoas que, sem dúvida, observaram os animais, mas não foram observadas por eles ou, ainda que tenham sido vistas, nunca o levaram em consideração,

não puderam ou quiseram tirar nenhuma consequência sistemática do fato de que um animal pudesse, encarando-as, olhá-las, vestidas ou nuas, e, em uma palavra, sem palavras, *dirigir-se a elas*; absolutamente não tomaram em consideração o fato de que o que chamam de 'animal' pudesse *olhá-las e dirigir-se a elas* lá de baixo, com base em uma origem completamente outra. (DERRIDA, 2002, p. 32, grifo do autor)

Derrida (2002, p. 32-33) afirmava que essa categoria de filósofos é a mais abundante, ao menos em uma certa época – diga-se, de Descartes até hoje, passando por Kant, Heidegger, Lacan e Levinas –,

e que ainda não pode identificar um representante da outra categoria de discurso, dos que confessam tomar para si a destinação que o animal lhes endereça, “mas é bem aí que me encontro, eu, aqui agora, procurando” (DERRIDA, 2002, p. 34), ao se colocar expressamente na posição de defensor dos animais.

Martha Nussbaum,⁵ com apoio em Stuart Mill (1806-1873), observa que a natureza está longe de ser harmônica e moralmente normativa. Pelo contrário, a realidade natural pode ser muito cruel, inclusive para os animais que nela vivem. (NUSSBAUM, 2006, p. 165 apud RODRIGUES, 2010, p. 281) Tendo sido influenciada pelos ensinamentos de John Rawls, entende que sua teoria ainda é insatisfatória em termos de justiça social, pois aparentemente não contempla deficientes físicos, povos de outros países – no que Sen (2011, p. 117) demonstra uma constante preocupação em evitar o “paroquialismo” – e animais. Aliás, no caso dos animais, como visto, ele expressamente os exclui do âmbito de alcance da sua teoria.

Assim, Nussbaum pretende resolver esses problemas da teoria de Rawls a partir de uma releitura do “modelo das capacidades” proposto por Sen, buscando afastar a ideia de racionalidade e vantagens mútuas que estão na raiz do contrato social, sem desprezar diversos aspectos positivos da doutrina liberal de John Rawls. (RODRIGUES, 2010, p. 283-284) Uma teoria contratualista, como a defendida por Rawls, pressupõe, de algum modo, que pessoas capazes de dispor de direitos entrariam em um consenso para a melhoria da vida em sociedade. Sendo um contrato, é possível entender que as partes que fazem parte da “avença” devem preencher alguns requisitos, dentre os quais a capacidade e a vontade livre e desembaraçada.

Como forma de incremento à teoria de Rawls, Nussbaum afasta a ideia de contrato e aproveita a estrutura liberal e o conceito de

.....
5 Filósofa norte-americana contemporânea, influenciada pelo pensamento de Rawls e Amartya Sen.

dignidade, sendo este o conceito que conecta a sua concepção de justiça. (RODRIGUES, 2010, p. 284) Para Nussbaum, a dignidade não viria da racionalidade do seu portador, mas do feixe de capacidades essenciais e inerentes a uma vida. (RODRIGUES, 2010, p. 284)

Daí decorre que Nussbaum não se contenta com a defesa dos interesses dos animais baseada em um suposto senso de compaixão que os seres humanos poderiam ter em relação aos animais, pois a compaixão depende de nossas inclinações naturais, “enquanto a justiça pode construir garantias sólidas em favor dos animais, pois tem um caráter ético mais objetivo”. (RODRIGUES, 2010, p. 285) Não há como não considerar acertada essa posição, eis que não pode ser seguro deixar a proteção de direitos de seres tão maravilhosos⁶ às flutuações das inclinações morais humanas.

Ademais todas as teses defensivas dos direitos dos animais não-humanos, a negativa em reconhecer direitos e uma justiça para estes seres não mais se sustenta também em outras bases. A Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁷(UNESCO, 1978), desde 1976, reconhece que os animais têm direitos. Esse é o primeiro tópico trazido nos “considerandos” da Declaração, e que é pressuposto, ademais, para o reconhecimento de todos os direitos nela positivados, dentre os quais, que “todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência” (art. 1)⁸, “cada animal tem direito ao respeito” (art. 2, a) e “Os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens” (art. 14, b).

Ainda, a ciência tem reiteradamente demonstrado que os animais possuem consciência (TONON, 2013, p. 01), além da capacidade de

6 Para usar expressão da própria Nussbaum, que descreveu os animais como seres que têm algo de maravilhoso, enigmático aos limitados olhos humanos.

7 Unesco – ONU (Bruxelas – Bélgica, 27 de janeiro de 1978).

8 Note que o artigo 1 fala que todos os animais nascem iguais, e não que todos os animais não-humanos nascem iguais entre si, estabelecendo, assim, uma ideia de igualdade entre animais humanos e não-humanos.

sentir e sofrer. De um desses estudos, conduzido por mais de uma década, resultou a Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos, escrita por Philip Low e editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low e Christof Koch, proclamada publicamente em Cambridge, Reino Unido, no dia 7 de julho de 2012, na Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals, no Churchill College, da Universidade de Cambridge, por Low, Edelman e Koch, e cujo texto foi assinado pelos participantes da conferência na presença de Stephen Hawking, na sala Balfour do Hotel du Vin, em Cambridge, e que, além das conclusões científicas, traz a seguinte declaração:

Nós declaramos o seguinte: 'A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não-humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos'.⁹ (LOW, 2012, tradução nossa)

A declaração é o reconhecimento do que defensores dos direitos animais vêm defendendo ao longo dos anos, mas, segundo afirmou

.....

9 We declare the following: 'The absence of a neocortex does not appear to preclude an organism from experiencing affective states. Convergent evidence indicates that non-human animals have the neuroanatomical, neurochemical, and neurophysiological substrates of conscious states along with the capacity to exhibit intentional behaviors. Consequently, the weight of evidence indicates that humans are not unique in possessing the neurological substrates that generate consciousness. Nonhuman animals, including all mammals and birds, and many other creatures, including octopuses, also possess these neurological substrates.' (LOW, 2012)

Philip Low, “A verdade é que sempre foi mais conveniente afirmar que eles não têm consciência. Agora, com novas evidências científicas, a sociedade vai ter que enfrentar a questão”. (TONON, 2013, p. 4)

Conclusão

Por outro lado, pode ser que alguém conceda, de forma espontânea, sacrificar parte de seus privilégios pessoais – seu próprio bem-estar, diria Amartya Sen – em prol de uma agência maior. (SEN, 2011, p. 240-241) Mas para que haja essa concessão, é preciso que esse alguém saiba do que está abrindo mão, tenha capacidade em consentir, o que não é o caso dos animais, donde se conclui que a justiça em seu caso só se concebe em sede de igualdade. (CHAGAS, 2011, p. 396)

Quando pensamos em igualdade, hoje, nos vêm aquela famosa fórmula de que devem ser tratados os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida das desigualdades. Essa é a fórmula que garante que sejam observadas as desigualdades de fato e, consideradas estas, sejam tomadas as medidas eficazes para garantir igualdade real. Se concluímos que a justiça para os animais só se concebe em sede de igualdade, não dessumimos daí que os animais são iguais aos seres humanos – isso é evidente –, mas que o tratamento a eles dispensado deve ser igualitário, de modo a efetivar a sua própria e inerente dignidade, os seus próprios direitos, que não devem estar à mercê de inclinações humanas, a exemplo da “compaixão” e da “bondade”.

Não mais se justifica, na atual realidade democrático-constitucional brasileira, suprimir a tutela jurisdicional a animais titulares de direitos fundamentais e o acesso à justiça para a efetivação desses direitos. (ATHAÍDE JR, 2020, p. 131) Ainda que se entenda formalmente que os animais não têm o mesmo *status* dos seres humanos – e que *status* seria esse? De seres humanos? De pessoas? –, é inegável

que os animais têm, sim, capacidade de sentir e de compreender, e qualquer negativa em reconhecer essa capacidade, nos dias atuais, só deixaria ainda mais claro que esse não reconhecimento pode se dar por uma questão mesmo de não ser conveniente. (LOW apud TONON, 2013, p. 4)

Referências

- ATAÍDE JR., Vicente de Paula. Princípios Do Direito Animal Brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 30, n. 1, p. 106-136, jan./jun. 2020.
- BALDIN, Mateus de Campos. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. *Revista dois pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 10, n. 1, p.127-142, abr. 2013.
- BARBOSA. Kleusa Ribeiro. *O status jurídico dos animais: uma revisão necessária*. 2015. 75 p. Monografia (Bacharel em Direito) - Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015. Disponível em <https://kleusaribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/327883294/o-status-juridico-dos-animais-uma-revisao-necessaria>. Acesso em: 21 nov. 2019. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; COSTA, Alexandre Araújo. Amartya Sen - A ideia de Justiça. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 8, p. 305-316, maio/ago. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000200011. Acesso em: 28 out. 2020.
- CASO MANCHINHA: Carrefour terá de depositar R\$ 1 milhão em fundo para cuidados a animais. *G1*, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/15/caso-manchinha-carrefour-tera-de-depositar-r-1-milhao-em-fundo-para-cuidados-a-animais.ghtml>. Acesso em: 05 jan. 2022.

CHAGAS, Ariele. Acesso à Justiça por novos sujeitos de Direito: Animais e outras entidades ambientais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 6, v. 9, p. 393-421, jul./dez. 2011.

Declaração Universal dos Direitos dos Animais, UNESCO, Bélgica, 1978. Disponível em <https://www.mamiraua.org.br/pdf/e9b4b78d53d8ade06367be893d9bd826.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

DERRIDA, Jacques. O animal que logo sou (a seguir). Tradução Fábio Landa. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução e notas de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EQUADOR. *Constitucion de la República del Ecuador*, de 28 de setembro de 2008.

FAUSTO, Juliana. A cadela sem nome de Descartes: notas sobre vivissecção e mecanomorfose no século XVII. *Revista “Dois Pontos”*, Curitiba, São Carlos, v. 15, n. 1, p. 43-59, abr. 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano / Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2010.

IENSUE, Geziela. *Ações afirmativas, eficiência e justiça: Análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOW, Philip. Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos. *Conferência sobre a Consciência em Animais Humanos e não Humanos em memória a Francis Crick*. Cambridge, 7 jul. 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/>. Acesso em: 19 set. 2020.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Legitimação dos Direitos Animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 5, v. 6, p. 247-316, jan./jun. 2010.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *Justiça é uma questão de racionalidade*. 2012. 1 vídeo (2m6s). Publicado pelo canal Fronteiras do Pensamento. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=34IYJIB4Mms&ab_channel=FronteirasdoPensamento . Acesso em: 05 nov. 2020.

SEN, Amartya. *Introductory Remarks By Prof. Amartya Sen*. Discurso de abertura proferido no Inaugural Prof. Hiren Mukerjee Memorial Annual Parliamentary Lecture, em 11 ago. 2008. Disponível em: <http://164.100.47.194/inputprogram/module/lectureseries/amartyasen.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O mundo animal no dia a dia da justiça. *STJ.jus*, 30 set. 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-30_06-03_O-mundo-animal-no-dia-a-dia-da-Justica.aspx. Acesso em: 20 nov. 2019.

TITAN, Rafael Fernandes. *Direito animal: o direito do animal não-humano no cenário processual penal e ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TONON, Rafael. Pelos direitos dos animais. *Revista Galileu*, São Paulo, 28 ago. 2013. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,ERT340748-17773,00.html>. Acesso em: 13 nov. 2020.

DIREITOS HUMANOS E ACURÁCIA: ÉTICA COMO EQUILÍBRIO DINÂMICO NO JOGO INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CONTRA OBSOLESCÊNCIA HUMANA

Laura Lucia da Silva Amorim

Introdução

Na última década, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), passou a ser disciplina obrigatória nos cursos de direito, e essa é a única forma de fazer com que pelo conhecimento do texto se alcance os objetivos dele. Não existirá Direito Humano – (DH) sem que haja promoção sua e reconhecimento a cada ser humano. Todos os direitos estabelecidos na DUDH são inafastáveis e interdependentes, não há como privilegiar um ou outro, e entre eles não é possível hierarquia.

Na atualidade, percebe-se que a Organização da Nações Unidas (ONU) vem fomentando o uso de tecnologias para garantir os Direitos Humanos em muitos setores, o que é maravilhoso, mas, ao mesmo tempo, preocupante. O paradoxo maior está na utilização de dados pessoais, que no Artigo 19 da DUDH declara: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse 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.” (ONU, 1948) Porque é no momento da realização do direito de expressão na internet que os dados pessoais estão sendo captados.

Bem verdade que, com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados – (LGPD), em 18 de setembro de 2020, o direito à proteção aos dados pessoais, em tese, está protegido, mas ainda restam infinitas preocupações e incertezas tanto na aplicação e efetividade da LGPD, quanto na forma de coleta e tratamento desses dados para a formação de programas de computador – conhecidos como Inteligência Artificial (IA), que vêm revolucionando o mundo.

A - liberdade de receber e transmitir informações -via internet e a privacidade dos dados são princípios de direito humano, mas até o momento estão sendo afetados: primeiro porque os dados pessoais estão sendo tratados como “diamante bruto”, onde cada interessado lapida a sua vontade; segundo, são os dados que ampliam o conhecimento das *machine learning*.

Danilo Doneda em (BRUNO, 2018, p. 144), citando o autor Tarleton Gillespie, conta que a ciência matemática criou os algoritmos, que “são inertes, máquinas sem sentido, enquanto não estiverem ligados a bases de dados sobre as quais venham funcionar”. Os dados, como venho dizendo, são diamantes brutos a serem lapidados e comercializados, então, como ter segurança se a máquina foi criada por quem, no seu algoritmo, não imprimiu algum tipo de preconceito, - e que esse preconceito não foi ampliado por força dos dados que alimentam a máquina para formatar cada vez mais a inteligência desta. Como garantir, neste caso, direitos humanos para que não sejam violados?

Este artigo enfrentará a problemática: O que é necessário para que as máquinas não afetem direitos humanos? Como conviver com o desenvolvimento tecnológico de inteligências artificiais sem o medo da “obsolescência” humana?

Este trabalho - é parte integrante de uma tese que - pretende-ponderar se “Os dados pessoais e jurídicos, sob uma nova percepção

de conceitos fundamentais, podem ser um provável instrumento à formatação de solução de conflitos por meio de inteligências artificiais”. Para tanto, este ainda é um ensaio, um estudo prévio com a pretensão de ganho de conhecimento à pesquisa doutoral.

Na construção deste artigo, o método de interpretação jurídica do trabalho é o teleológico (KRELL, 2014) ponto de referência à aplicação diária do direito e que se utilizará dos instrumentos metodológicos: legislativo, livros, artigos, filmes, vídeos, documentos, entre outros. Nessa proposta, apresenta o direito humano, a internet e as configurações de Inteligência Artificial (IA) no convívio diário da humanidade, noções de valor e ética em relação ao direito, e a visão de obsolescência programada humana como uma possível situação futura.

Direito humano à internet

Em maio de 2011, Conselho de Direitos Humanos (CDH) se reuniu na 17ª sessão, que teve como objetivo a promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento. Dessa reunião surgiu um relatório com cinco capítulos relatados por Frank La Rue que destaca a “natureza transformadora da internet não apenas para permitir que os indivíduos exerçam seu direito à liberdade de opinião e expressão, mas também um gama de outros direitos humanos e para promover o progresso da sociedade como um todo.”

Complementou o relator Frank La Rue, que

na verdade, com o advento dos serviços da Web 2.0 ou plataformas intermediárias que facilitam o compartilhamento participativo de informações e a colaboração na criação de conteúdo, os nós não são mais destinatários passados, mas também editores ativos de informações.

Deixou claro que a criação da Internet revolucionou os meios de comunicação, trazendo a possibilidade de interação de conteúdos em tempo real. Para tanto, a CDH concluiu que a internet está inserida e garantida pelo Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelecem, em linhas gerais, princípios sobre o direito à liberdade de opinião e expressão, - inclusive na internet.

O sociólogo Jair de Souza Ramos (RAMOS 2015) escreve que a humanidade tem como necessidade construir vias de comunicação: no século XVII as vias de comunicação eram as estradas; no século seguinte, a via de comunicação passa a ser o telégrafo;¹ no início do século XX surge o fax;² e, na metade do século XX, o e-mail e a internet encurtaram as distâncias.

O caminho da comunicação via internet ocorre a partir da década de 1960, quando o “computador logo deixou de ser uma tecnologia isolada (uma calculadora, um processador de símbolos, um manipulador de imagem etc.), para se tornar uma espécie de filtro para todas as formas culturais, mediando todos os tipos de produção.” (CALAZANS, 2013). Inicialmente a comunicação era em rede entre computadores, permitindo a interação entre funcionários de empresas. No Brasil, em meados da década de 1990, a internet já era disponibilizada à particulares, via provedores, na forma discada, pois utilizava a linha telefônica, e mesmo sendo lenta, começava a modificar, e ampliar a comunicação entre as pessoas, que, por *e-mails*, trocavam mensagens e documentos.

-
- 1 Telégrafo: sistema de comunicação por longas distâncias, usando um código, eventualmente se desdobra em uma rede, acessando vários lugares ao mesmo tempo; palavra que significa, aproximadamente, “sinais à distância”.
 - 2 Fac-símile: A ideia de transmitir e reproduzir documentos à longa distância foi patenteada por Alexander Bain, em 1843. Da união da ideia de Bain com aparelho telefônico criado por Alexander Graham Bell, o primeiro protótipo do fac-símile, mais conhecido fax, foi criado nos Laboratórios Bell, em 1926.

Aquela parcela da população que tem condições financeiras para obter a máquina e a internet, infelizmente, até pouco tempo, vivia na total ignorância sobre os “malefícios do uso da internet”. Não se sabia, por exemplo, que o uso contínuo das máquinas-computadores, smartphones, tablets gera uma quantidade de dados que são captados e armazenados, colocados em rede na nuvem - *Cloud*.³ São esses servidores- plataformas que desde o início da internet armazenam e fazem a gestão de todo o fluxo de dados.

A base de dados é enorme, “*big data* é constituído pela captura de *small data*, das ações e discursos, mediados por computador, de indivíduos no desenrolar da vida prática” (BRUNO, 2018, p.31), e está sob o controle da (Amazon, Google, Facebook, Twitter, entre outras empresas físicas e jurídicas de direito público e privado,) que descobriram neles a fonte da fortuna, a moeda valiosa para o e-commerce.

Fatores operacionais e econômicos, criaram a figura dos excluídos digitais, pois somente uma parte da população mundial tem acesso à internet. - Logo, nem todos os humanos têm acesso a esse DH, a internet. De acordo com a Internacional União das Telecomunicações, o número total de usuários da internet em todo o mundo, em 2011, ano do relatório da CDH, era superior a 2 bilhões de usuários ativos do Facebook, plataforma de rede social *on-line*, que passou de 150 milhões a 600 milhões de usuários entre 2009 e 2011

Quanto ao termo usuário, o documentário – “The Social Dilemma” - (2020) - O Dilema das Redes - Netflix, traz uma abordagem bem interessante, mostrando que esse termo é utilizado para definir consumidores de uso, e, nas duas únicas situações abordadas - consumidores de uso, é porque gera dependência psíquica

.....
3 Cloud “é um termo utilizado para descrever uma rede global de servidores, cada um deles com uma função única. A cloud não é uma entidade física, mas sim uma rede vasta de servidores remotos em todo o mundo que estão interligados e que devem funcionar como um ecossistema único. (Microsoft)

– drogas lícitas e ilícitas e, redes sociais. O paradoxo: cria direitos humanos que desumanizam os humanos. Mas sobre isso se falará em outra oportunidade.

Posto o direito humano à internet, e o que esse direito vem gerando para as empresas provedoras – os dados, passar-se-á a conhecer um pouco sobre a inteligência artificial, uma tecnologia de amplo uso na atualidade.

Inteligência Artificial (IA) e a humanidade

A inteligência artificial é uma subárea da ciência da computação, e busca fazer simulações de processos específicos da inteligência humana por intermédio de recursos computacionais. A IA é um corpo de pesquisa e engenharia com o objetivo de usar tecnologia digital para criar sistemas aptos a desempenhar atividades para as quais se usa a inteligência humana. Tem-se os tipos de IA: “machine learning que detecta padrões em dados de forma automática, usando esses padrões para projetar dados futuros ou desempenhar formas de tomada de decisão” e - “*deep learning* – é um tipo de machine learning que usa redes neurais profundas para treinar computadores para realizar tarefas humanas”. (HARTMANN PEIXOTO, 2019, p. 20-21)

Diariamente, ao menos cinquenta por cento da humanidade terrestre está em contato direto por meio da internet em aplicativos com IA. Os Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC), em maioria, já utilizam de IA, a exemplo da: BIA, do Bradesco, e da EVA, da Ticket em serviços jurídicos, tem-se o VICTOR, do STF, - WATSON, nos TJCE, entre tantas outras que facilitam o dia a dia, e isso é indiscutível. Um caminho sem volta! BIA diz seu saldo bancário, VICTOR analisa e seleciona processos, WATSON elabora pareceres técnicos para auxiliar juízes nas decisões envolvendo matéria de saúde, especificamente tratamentos oncológicos. A IA é a nossa personificação na potência mil.

A humanidade já vivenciou outras personificações, as máquinas da Revolução Industrial, com tecnologias de ponta para época, firmaram o pensamento de Adam Smith, tido como o pai do liberalismo econômico, por ter escrito “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations,” reconhecido por seu título abreviado “A Riqueza das Nações” (SMITH, 1996), Nessa obra, o autor faz uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. Como filósofo moral, escreveu também, anteriormente, a Teoria dos Sentimentos Morais, que hoje, faz mais sentido, pelo menos aos leigos em economia, porque Adam Smith estabelece a essa obra uma noção de simpatia do observador – pelo fato ocorrido ou em propensão de ocorrer, demonstrando a interação em alguns aspectos e não em outros. Dá a nítida impressão, ao leitor atual, que em sua teoria dos sentimentos ele descreve o observador como alguém que simpatiza com seu estado – dá o *like*, ou sequer lhe dá atenção. E esse observador também é o próprio ser, que se analisa e busca refletir, projetar na ação do outro, – na atualidade, são as redes sociais, os selfies. Essa visão liberal econômica do também filósofo moral, modificou o mundo, e continua transformando. Essa transformação admirável também é assustadora, e se desconhece os limites.

Conforme nos esclarece o Didática Tech⁴, “na ciência da computação e na matemática podemos entender um algoritmo como sendo uma sequência de ações que devem ser executadas para que determinado problema seja resolvido”. Os algoritmos de machine learning seguem esta mesma lógica.

Vamos iniciar prestando atenção no nome machine learning, ou seja, uma máquina que aprende. O ato de aprender significa que o computador não receberá uma lista de instruções do que fazer em cada situação, ele receberá apenas algumas informações iniciais e terá que aprender o restante por conta própria.

.....
4 Didática Tech- Inteligência Artificial análise de dados. <https://didatica.tech/>

Assim, como os seres humanos, as máquinas aprendem por tentativa e erro, e, quase sempre aprendemos o que alguém nos ensina, e este é o processo inicial do algoritmo, receber a instrução de alguém, de seu criador, a partir de dados que o programador escolheu, sem despir-se de seus valores morais

Já se falou acima que as inteligências artificiais são inertes, máquinas sem sentido, enquanto não estiverem ligadas a bases de dados sobre as quais venham funcionar, porque algumas delas são feitas com algoritmos que aprendem a cada segundo na medida da inserção de mais dados. Essa aprendizagem da máquina, com os dados humanos, é tão preocupante e assustadora que inclusive o Concílio Católico promoveu a assinatura de um apelo conjunto com representantes da IBM, Microsoft e FAO (Nações Unidas) para pedir uma avaliação dos efeitos das tecnologias ligadas à inteligência artificial e os riscos que envolvem. A iniciativa foi organizada pela Academia Pontifícia para a Vida (APV), encerrando o *workshop* “O bom algoritmo? Inteligência artificial: ética, leis, saúde”. Ao final do evento, o Papa destacou que “o desenvolvimento ético dos algoritmos – a algor-ética – pode ser uma ponte para que esses princípios entrem concretamente nas tecnologias digitais, por meio de um diálogo interdisciplinar eficaz”. Destaca-se a frase: “Os algoritmos devem incluir valores éticos e não apenas numéricos”, de Paolo Benanti na Cidade do Vaticano.

A seguir, passaremos a discorrer um pouco mais sobre o tema.

Noções de Valor e Ética aplicada

Na percepção sociológica (FERREIRA 2017) existem, valores epistêmicos e valores éticos. Valores éticos seriam os expressos em verdades normativas como: “roubar é errado”; valores epistêmicos seriam aqueles que nos guiam na escolha entre hipóteses sobre a visão correta de mundo (coerência, simplicidade etc.). Valores epistêmicos estariam entrelaçados com a observação objetiva.

Na percepção de uso para as ciências jurídicas, Robert Alexy (2006, p. 153) entende que “a diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido.” Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos, a ideia de valor é do Ser enquanto humano, nos valores de fraternidade, solidariedade, liberdade, entre outros intrínsecos à pessoa humana. Mas, conforme Alexy (2006), na DUDH, o que temos são princípios que devem ser observados pelos países membros da ONU, especificamente os países que ratificaram a DUDH em seus ordenamentos jurídicos. No Brasil, recepcionamos esses princípios nos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Norberto Bobbio, em a Era dos Direitos (2004, p. 202), retrata a forma como para ele um estudioso da filosofia jurídica, de forma tardia, passou a ser sensibilizado pelas previsões científicas dos problemas ambientais. Essa análise do Bobbio vale para esta argumentação porque pensa-se em ambientes: jurídico, social e de máquina. Em Bobbio (2004,) “O século que agora chega ao fim já começou com a ideia do declínio”. Esta passagem está sob o título “Os direitos do homem hoje” que se inicia:

Em um dos meus escritos sobre os direitos do homem, eu havia exumado a ideia da história profética de Kant para indicar, com relação à importância que os direitos do homem assumiram no debate atual um ‘sinal dos tempos’. E continua dizendo: ‘Os sinais dos tempos não são apenas faustos. Há muitos infaustos. Aliás, nunca se multiplicaram tanto os profetas de desventuras como hoje em dia: morte atômica, a segunda morte, como foi chamada a destruição progressiva e irrefreável das próprias

condições de vida nessa terra, o niilismo moral ou a ‘inversão de todos os valores’.

Essa inversão de valores é o que se percebe quando incide o uso de dados na privacidade e intimidade dos cidadãos, infringindo, direitos humanos e princípios constitucionais, mas é possível que, por parte do cidadão da era digital, esteja-se frente a uma liberação “consentida” de dados sensíveis. E esse “consentimento” estaria sendo dado sem um verdadeiro consentir, consciente do que pode ser feito com seus dados, mas pelo uso impulsivo, e as vezes compulsivo, dos computadores na rede de internet.

Nesse sentido, necessário citar um texto atualíssimo, embora com mais de duas décadas de sua publicação, de Fritjof Capra (1996, p. 23):

Há soluções para os principais problemas de nosso tempo, algumas delas até mesmo simples. Mas requerem uma mudança radical em nossas percepções, no nosso pensamento e nos nossos valores. E, de fato, estamos agora no princípio dessa mudança fundamental de visão do mundo na ciência e na sociedade, uma mudança de paradigma tão radical como o foi a revolução copernicana. Porém, essa compreensão ainda não despontou entre a maioria dos nossos líderes políticos. O reconhecimento de que é necessária uma profunda mudança de percepção e de pensamento para garantir a nossa sobrevivência ainda não atingiu a maioria dos líderes das nossas corporações, nem os administradores e os professores das nossas grandes universidades.

Como anuncia Capra, exige-se uma mudança radical em nossas percepções, pensamentos e valores. E aqui já abordamos alguns aspectos do valor.

Para enfrentar o “valor de uso” dos dados, diga-se milionários, pois diamante bruto sendo lapidado ao desejo do comprador, é necessário perceber o que ensinou Karl Marx, (1867, p. 65) em *O Capital*,

sendo importante, ainda, observar que o espírito de seu “valor” não é meramente o moral, tampouco o econômico, mas o de modificação da matéria.

Todos os fenômenos do universo, sejam produzidos pela mão do homem ou pelas leis gerais da física, não nos dão a ideia da criação nova, mas somente de uma modificação da matéria. Reunir e separar, eis os únicos elementos que o espírito humano acha, ao analisar a ideia da reprodução; e é também uma reprodução de valor.

Neste sentido, os dados estão sendo transformados em moedas de troca de informação e criação ou formatação do conhecimento das “machine learning.”

Quanto à ética aplicada, segundo Nedel (2014, p. 16), é um fenômeno da modernidade,

[...] nasceu com a ciência – saber e poder –, que constrói, transforma e se encaminha ao domínio da existência humana. Na análise de vida perfeita em termos de qualidade e extensão, de absoluto controle científico e tecnológico da existência humana individual e social.

No entanto, a ilusão de que a filosofia aplicada poderá oferecer respostas para todos os desafios que se descortinam com a ciência da computação é afoito, pois essa ciência carece de vontades humanas e valores éticos aplicados, que ainda, são desconhecidos para a sociedade. Reconhece-se a ética aplicada na biotecnologia nas áreas dos cuidados com o meio ambiente, com a saúde, na ponderação entre vida e morte, e agora é necessária no algoritmo. Para esta análise, lembra-se que o homem não é só razão (cientificista) e matéria, mas espírito (razão sensível) e matéria, logo, a leitura, feitura dessa ciência dos algoritmos, não pode ser com conceitos puramente científicas, mas filosóficas e humanas.

Assim, a ideia de tecnologia empregada lá na Revolução Industrial, em meados do século XIX, transmutou-se para a tecnologia digital, e um crescente de conhecimentos vêm modificando a existência humana, facilitando essa existência de tal forma que, agora, não só lhe retira a força de trabalho, mas a força de sua racionalidade. Sim, a tecnologia que cria os algoritmos para *machine learning*, é a mesma que cria as *deep learning*, a partir de impressões e expressões humanas. E a humanidade fala com máquinas e depende cada vez mais de máquinas.

Nesse contexto, considerando que o uso da internet - direito humano, já é parte integrante do dia a dia da pessoa, a discussão deste texto visa a analisar o uso de dados pelas empresas que adquirem dados, revertendo-os em software - programas de inteligência artificial, assim, é necessário lembrar que os dados humanos até podem ser utilizados, dentro dos limites da lei (que tratamos em outra oportunidade), sem deixar de observar conceitos éticos, morais e universais de direitos humanos.

Moral e Ética no Direito Contemporâneo

Este tópico não tem a pretensão de exaurir discussão sobre o tema proposto, mas lembrar o quanto é importante perceber que a distinção dos termos moral e ética já é observada no Direito contemporâneo, e que, portanto, temos meios adequados de exigir o uso de dados humanos, para criação de IA que não percam de vista tais preceitos.

A palavra ou termo moral tem origem no latim (*morale*) e é relativo a costumes. É o conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. Moral é sinônimo de personalidade, é da matéria, se estabelece no desenvolvimento do Ser, pelos tempos, através dos costumes e, hábitos.

Segundo Habermas (2004, p. 36) a “moralização da natureza humana”, logo, a autocompreensão ética da espécie surge de uma situação de conflito relacionado com a ação: “é um fenômeno interpessoal, comunitário ou social”. Diz Habermas que nasce a moralização no sentido da autoafirmação de uma autocompreensão ética da espécie, da qual depende o fato de ainda continuarmos a nos compreender como únicos atores de nossa história de vida e podermos nos reconhecer mutuamente como pessoas que agem com autonomia.

Especialistas em filosofia do direito, como Kelsen e Habermas, vêm se dedicando à elucidação da relação entre direito e moral, porque na realidade é um tema onde a filosofia jurídica encontra posições favoráveis e contrárias; alguns têm teses de vinculação, e outros de separação do direito e moral. Em *Filosofia da Vida*, Will Durant (1965, p.92) diz que moral, na etimologia e na história, é termo derivado de costumes (mores); e, na sua origem, moralidade significa adesão aos costumes considerados essenciais à saúde e à preservação da sociedade.

Segundo Maristela Rosso Walker, em *fundamentos da ética* (2015) – Ética é o nome dado ao ramo da filosofia dedicado aos assuntos morais e “diferencia-se da moral, pois, enquanto esta se fundamenta na obediência a costumes e hábitos recebidos, a ética, ao contrário, busca fundamentar as ações morais exclusivamente pela razão”.

Para Santos e Becker (2012, p. 38) “a ética diz, justamente, à razão de agir e o modo de agir”, dizem que, “contudo, como ninguém nasce ético, todos precisam aprender pela educação. [...], como gama de valores que são ensinados e apreendidos ao longo da vida. [...] – É somente neste percurso que nos tornamos ético.”

Sendo assim, o termo “ética” não pode ser confundido com “moral”, como se observa em muitos textos e no cotidiano. Diferem desde a etimologia. Ética vem do latim *ethiké*, e segundo a filosofia estuda os juízos, os de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja de determinada sociedade, seja de modo absoluto.

Há, no entanto, duas tradições de distinção entre ética e moral: i) a Ética é uma reflexão sobre os fundamentos da Moral (ou seja, é uma espécie de metamoral); ii) a Moral é universal e a Ética é particular (FERNANDES, 2005, p. 55)

Nesse sentido, diz Guazelli (1979, p. 79) que - “o uso ético da razão prática faz apelo a valores, mas não os questiona: herda-os do mundo social no qual a razão está integrada e os utiliza para reproduzir este mesmo mundo”. A diferença vital entre o uso da razão prática para o bem ou para o mal e o uso moral é que este último parte do questionamento e pressupõe sempre a transformação, e esta transformação é uma questão moral.

Se a moral é universal, pode-se aferir que é a alma do termo solidariedade que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação, da própria humanidade. Enfoca a relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s). Na contramão, o desejo desmesurado dos tempos modernos, individualista e capitalista, que não combina com a solidariedade.

E quanto ao direito? O direito avança, tal qual caminha a humanidade e, “com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do Estado Legislativo de Direito, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito” (CUNHA JUNIOR, 2020, p. 34). A humanidade, continuou avançando e a visão de mundo e da norma rígida, foi abrandada pelo “neoconstitucionalismo” que representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsáveis pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana”. É o que ensina Dirley Cunha (2020, p. 39-40).

Compartilha do mesmo pensar Ricardo Maurício Soares (2010, posição 296, [e-book]) de que as diversas concepções neoconstitucionalistas convergem para o entendimento de que:

O Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ora, o procedimento universal para alertar a humanidade com relação ao respeito a sua intimidade e sua privacidade surgiu com as Declarações de Direitos Humanos, no art. 12. Por serem princípios universais, ou seja, um ditame de moral universal, foi recepcionada pela carta constitucional brasileira. E se tal moral não tivesse sido recepcionada em nossa constituição, estaríamos frente a um defeito convencional, porque uma convenção amplamente aceita haveria sido violada. Como ressalta Dirley Cunha (2020, p. 41):

[...] o reconhecimento da força normativa dos princípios, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascensão a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Assim, por não ter cunho de justo ou injusto, bem ou mal, - a moral recepcionada na Constituição Federal brasileira ultrapassa a ideia de moral dos cidadãos, de um Estado, de moral política ou de alguns povos. Sim, esta moral ultrapassa fronteiras por ser universal, holística, preocupada com o Ser em seu todo, premente, se encontra na razão direta da ética, do consumismo controlado, da educação, da

saúde, da dignidade da pessoa, da cidadania, do uso de dados pessoais desde que conscientemente permitido e com a criação de algoritmos sempre com o véu da razão – a razão de agir, o modo de agir ético.

“Obsolescência programada” humana

O conceito de obsolescência programada, é do direito do consumidor, e alerta que as empresas criam seus produtos com uma data de vida útil estabelecida, menos eficientes e menos duradouros. Informa o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) que o conceito se “aplica toda vez que os fabricantes produzem um ou vários produtos que, artificialmente, tenham, de alguma forma, sua durabilidade diminuída do que originalmente se espera”. (IDEC, 2012)

Perceba, que o uso do termo obsolescência programada humana, ainda é uma mera provocação à razão. O que é ficar obsoleto? É estar em desuso.

Muitos autores que se inclinam ao estudo do direito e da inteligência artificial, que é diferente de *robô*⁵, demonstram que não há, ao menos por enquanto, qualquer motivo para acreditar que as máquinas inteligentes suplantarão a existência humana, nisso se quer acreditar.

Mas, é inegável que as IA vêm causando uma grande mudança de comportamento nos humanos, perceptíveis nas famílias, crianças, jovens e idosos. Criando dependências e individualidades nunca vistas, em uma rede de infinitas conexões.

Sim, aparentemente, quando você está conectado, está acompanhado de milhares de pessoas, amigos virtuais, mas é mera ilusão,

.....
5 Robot - A Robotic Industries Association (RIA) define robô da seguinte forma: “Um robô é um manipulador multifuncional reprogramável, projetado para mover materiais, peças, ferramentas ou dispositivos especializados por meio de movimentos programados variáveis para o desempenho de uma variedade de tarefas.” Recentemente, no entanto, a definição de trabalho atual da indústria de um robô passou a ser entendida como qualquer peça de equipamento que tenha três ou mais graus de movimento ou liberdade.

você está só. Na solidão, vai à janela do mundo internet que tudo tem para ver, expondo-se totalmente, acreditando estar seguro em seu ambiente social. E essa exposição é minerada pela “big data” para oferecer ao melhor pagador, informações e até pensamentos que você tem. Sim, a humanidade está obsoleta, não pensa, não raciocina, só clica e dá *like*.

A suas interações, seus atos, atitudes e pensamentos correlacionados a imagens que você aprecia dando um *like* ou frases e assuntos que lhe chamam atenção e você compartilha, é que permitem a análise de sua pessoa na mais profunda psicanálise, sem psicólogo.

Os dados, são suas ações frente à máquina, seus gostos, seus “gostei” ou “não gostei” ou seus comentários e, inclusive, seus *emojis*. Os dados pessoais, que denomino de “diamante bruto” na rede mundial, serão lapidados, selecionados, “em uma dinâmica compilação universal em tempo real de objetos inteligentes no interior de um domínio global infinito de coisas conectadas” na medida do interesse do capitalismo de vigilância e do produto a ser desenvolvido por algoritmos. Continua Zuboff (BRUNO, 2018, p. 22), “esse novo fenômeno cria a possibilidade de modificar os comportamentos das pessoas e das coisas tendo por objetivo o lucro e o controle”.

Os problemas do dia a dia que dependiam de tempo, deslocamento, e raciocínio antes do agir, se automatizaram de tal maneira que basta um *click* no aplicativo “x” para o serviço desejado estar a sua disposição. Esse conforto exige cada vez mais permissão e interação com a rede mundial de computadores, que já é parte integrante das famílias mundo a fora. Como já afirmado, a internet é considerada pela ONU - um direito humano, e desconectar a população da *web* viola esta política. (ONU AFIRMA..., 2011)

Enquanto a humanidade se distrai nos *likes* e *dislikes*, em horas e dias de total abstração com o mundo, os criadores de Inteligência Artificial imaginam e desejam a Superinteligência.

A obsolescência da humanidade já está programada? Provavelmente!

Dora Kaufman (2018, posição 824 [e-book]) cita o livro “*Superintelligence*” de Nick Bostrom, e diz que as pesquisas apontam ser alta a probabilidade de a superinteligência ser criada ainda no século XXI, como um intelecto que excede em muito o desempenho cognitivo dos seres humanos em praticamente todos os domínios de interesse.

Continua a autora (KAUFMAN, 2018, posição 864-865 [e-book]) apresentando uma pesquisa feita pelo documentarista americano James Barrat, que contou com a participação de duzentos cientistas da computação, dedicados ao campo da IA, sobre quando a Superinteligência seria atingida, obtendo os seguintes resultados: 42% apostavam em 2030, 25% em 2050, e 20% em 2100, sendo que apenas 2% acreditavam que esse estágio nunca se efetivará. Parece inevitável, no entanto, que num futuro não muito distante compartilharemos o planeta com algo sem precedentes, uma nova “espécie”.

Está espantado! Pois não é tudo, Dora Kaufman (2018, posição 864-865 [e-book]) conta que no “evento *Web Summit*, em Lisboa (2018), o presidente da Samsung Electronic, Young Sohn, descreveu um cenário futuro no qual a vida dos humanos será pautada pelos “bancos de dados biológicos” que, através do armazenamento do genoma, tornarão possível diagnosticar e prevenir doenças prolongando a vida.” Diz ainda, Dora Kaufman que a pretensão de vencer a morte já estão sendo viabilizadas por “Elon Musk – fundador da Tesla Motors, da SpaceX, e da SolarCity -, está empenhado em viabilizar a transferência da mente humana para um computador, libertando o cérebro do corpo envelhecido e acoplando-o a uma “vida digital” num processo chamado “mind-upload” (transferência da mente humana)”, e que já existe um IA para tal “a startup Neuralink, defendendo que os humanos deveriam se fundir à inteligência artificial evitando assim o risco de se tornarem irrelevantes”. Mas, como o propósito é maior, não basta a superinteligência, mas, sim, a eternidade, conta-nos a autora que em seu propósito de “vencer a morte” Musk conta com cientistas e líderes do Vale do Silício que creem que os sistemas artificiais

nos proporcionarão a “amortalidade”. Não é erro de grafia, o termo “amortalidade” é utilizado pelos transhumanistas⁶ é o poder de existir num estado de não-nascimento, e viver completamente sem doenças. Para eles, a principal missão da ciência é derrotar a morte. Continua Kaufman, (2018, posição 870 [e-book])

Em 2013, o Google fundou a Calico dedicada a “resolver a morte”, em seguida nomeou Bill Maris, igualmente empenhado na busca da imortalidade, como presidente do fundo de investimento Google Venture que aloca 36% do total de 2 bilhões de dólares em startups na área de biociência, que contempla projetos associados a prorrogação da vida. A previsão de quando os humanos vão vencer a morte varia entre 2100–2200, sendo que os mais otimistas, como Ray Kurzweil e De Grey, sustentam que qualquer ser humano com corpo e conta bancária “saúdáveis” tem uma chance real de imortalidade em 2050.

Aldous Huxley (2014) em *Admirável Mundo Novo*, escreveu, em 1932, uma história que se passa em Londres, no ano 2540, um romance de ficção futurista que apresenta uma sociedade em que não existe família, que as pessoas são produzidas em laboratórios, entre outros aspectos, é uma literatura clássica e atual. O texto não é somente um hábil exercício de futurismo ou de ficção científica, mas um olhar acerca do autoritarismo científico. Aldous, fez a projeção de tempo equivocada, pois não passou cem anos de sua obra e já se anuncia tal autoritarismo científico.

O sujeito na posição do véu da ignorância, posição original de John Rawls (2002, p. 147). “Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”. Para ele, na sociedade o cidadão desempenha papeis, podendo ser desigual, mas deve ser

6
Ler mais sobre o tema: <https://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/08/transhumanismo-como-ciencia-e-tecnologia-ajudara-na-evolucao-humana.html>

justificado e regrado. Não imaginava ele, na década de 1970, quando cria *Uma Teoria de Justiça*, que essa justiça equânime na sociedade desigual seria tão acirrada na sociedade do século XXI, e tão necessário agora de ser observada. Mais do que nunca, as garantias fundamentais de privacidade e igualdade trazidas no Artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos precisam ser reavaliadas e garantidas por uma legislação, uma percepção, uma regra que garanta eficazmente esses direitos que estão sendo ameaçados.

É oportuna a lembrança imprescindível da leitura de uma das considerações de abertura da DUDH: “Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão” (ONU, 1948); leia-se, do autoritarismo científico, faz-se urgente uma análise jurídico-ética sobre o tema.

É o sonho distópico!

Considerações finais

Este tema, como disse ao início deste artigo, é parte integrante de uma abordagem maior, objeto de pesquisa para a conclusão de doutorado, motivo que não permite que seja aqui apontada considerações finais, mas apenas considerações preliminares, e nestas, a triste percepção, já anunciada por Lulu Santos, que “assim caminha a humanidade, com passos de formiga e sem vontade”. Estamos nos deixando envolver pela armadilha tecnológica, pela falta de conhecimento, esclarecimento e vontade de saber o que efetivamente está por vir com o uso exacerbado/necessário de tecnologia da informação. Tive a possibilidade de mostrar, neste texto, uma sinopse com predições de um futuro próximo quanto ao uso de dados humanos e, inclusive, da mente humana para superar a doença e a morte. O que é incompreensível para muitos e inalcançável para a maioria da população mundial, que se tornarão - “obsoletos”.

O Direito, precisa urgentemente ter uma visão multidisciplinar sobre o tema da proteção de dados, sob pena de não atender às necessidades da sociedade futura.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silv. São Paulo: Malheros, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. *A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRUNO, Fernanda (org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- CALAZANS, Janaina de Holanda Costa; LIMA, Cecília Almeida Rodrigues *Sociabilidades virtuais: do nascimento da internet à popularização dos sites de redes sociais online*. In: ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA. 9., 2013, Ouro Preto. *Anais [...]* Ouro Preto: UFOP, 2013. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/90-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-digital/sociabilidades-virtuais-do-nascimento-da-internet-a-popularizacao-dos-sites-de-redes-sociais-online>. Acesso em: 1 nov. 2020.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.
- CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo, Ed. Ática, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DIDATICA TECH, *Inteligência artificial*. Disponível em: <https://didatica.tech/>. Acesso em: 1 nov. 2020.
- DONEDA Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados*. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.
- DONEDA, Danilo- *Da privacidade a proteção dos dados pessoais fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Disponível em: https://www.academia.edu/23345535/Da_privacidade_%C3%A0_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_pessoais. Acesso em: 10 nov.2019.
- DURANT, Will. *Filosofia da vida*. São Paulo: Editora Nacional,1965.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução Candice Premaor Gullo; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FERREIRA, Carlos Roberto Bueno. *Sobre valores e normas Hilary Putnam e a busca de um meio-termo entre a vinculação oral e o relativismo*. ideias y valores, v. lxvi, n. 163, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro. Editora tempo brasileiro: 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo. Martins Fontes: 2004.
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba, Alteridade: 2019.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Entenda o que é obsolescência programada. Idec, 18 jun. 2012. Disponível em: <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/entenda-o-que-e-obsolencia-programada>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- JENKINS Henry. *Cultura da convergência*. São Paulo. Aleph, 2008.

KAUFMAN, Dora. *A inteligência artificial irá suplantar a inteligência Humana?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2018.

KARASSAWA Gisele e COSTA Marcella - *COVID-19 e as Startups como agentes de transformação social*. Disponível em: <https://www.opiceblum.com.br/startup-e-inovacao/covid-19-e-as-startups-como-agentes-de-transformacao-social/>. Acesso em: abr. 2020

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1976.

KRELL, Andreas J. *Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: Os Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica*. Revista Direito GV, v.10, n. 1, p. 95-320, 2014.

LOUZADA Luiza- *A regulamentação da proteção de dados pessoais no brasil e na Europa: uma análise comparativa*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16673>. Acesso em: jan. 2020

MARX, Karl. *O Capital*, Capítulo I. v. 1. Disponível em: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1867/ocapital-v1/vol1cap01.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MICROSOFT. O que é a cloud? Microsoft Azure. Disponível em: <https://azure.microsoft.com/pt-pt/overview/what-is-the-cloud/#:~:text=Em%20vez%20de%20aceder%20aos,para%20implementar%20recursos%20da%20cloud>. Acesso em: 6 jan. 2022

NEDEL, José. *Ética aplicada*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

NERI, Demétrio. *Filosofia morale – Manuale introduttivo*. Tradução. Orlando Soares Moreira. - *Filosofia Moral: Manual Introdutivo*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

O DILEMA das redes. Jeff Orlowski. [S. l.]: Netflix, 2020. (1h 34 min).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1 nov. 2020.

ONU AFIRMA que acesso à internet é um direito humano. G1, 03 jun. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/06/onu-afirma-que-acesso-internet-e-um-direito-humano.html>. Acesso em: 6 jan. 2022.

PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 2000.

RAMOS, Jair de Souza. *Subjetivação e Poder No Ciberespaço. Da experimentação à convergência identitária na era das redes sociais*. Vivência Revista de Antropologia, v.1, n. 45, p. 57-76, nov. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/8251>. Acesso em: 6 jan. 2022.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS; BECKER. *Entre o homem e a natureza*. Porto Alegre: Redes Editora, 2012.

SCHULZ, Peter. Quem inventou o telégrafo? Jornal da Unicamp, 28 jun. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/peter-schulz/quem-inventou-o-telegrafo-esquerda-direita-direita-direita-esquerda-direita>. Acesso em: 06 jan. 2022.

SMITH, Adam. *A riqueza das Nações investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução de João Luiz Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TECNOLOGIA: Vaticano, IBM e Microsoft unem-se para pedir ética nos «algoritmos». Agência Ecclesia, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://agencia.ecclesia.pt/portal/tecnologia-vaticano-ibm-e-microsoft-unem-se-para-pedir-etica-nos-algoritmos/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

VASCONCELLOS, Carlos Eduardo. Como Analytics e Inteligência Artificial potencializam a experiência do cliente. Consumidor moderno, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/09/22/>

como-o-analytics-e-a-inteligencia-artificial-melhoram-a-experiencia-do-cliente/. Acesso em: 6 jan. 2022.

VÁZQUEZ, R. *Derecho y moral*. Ensayos sobre un debate contemporâneo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1998.

WALKER, Maristela Rosso. *Fundamentos da Ética*. file:///C:/Users/lisam/Downloads/Apostila%20FUNDAMENTOS%20DA%20ETICA%20%20Profa%20Maristela%202020semestre%202015.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020

AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL E AS REDES SOCIAIS

*Moacir Silva do Nascimento Júnior
Dirley da Cunha Júnior*

Introdução

A internet proporcionou indiscutíveis avanços para a sociedade a partir do seu potencial de trafegar, de maneira quase instantânea, informações entre continentes, seja por sinais de satélite, seja por cabos submarinos. O barateamento do uso dessas tecnologias viabiliza a conectividade de bilhões de pessoas a uma mesma rede de dispositivos eletrônicos. Esse avanço tecnológico permite o intercâmbio de informações científicas, o conhecimento de diversas culturas, a adoção das estratégias educacionais que abrandaram o quadro de isolamento social da pandemia da Covid-19, dentre outros ganhos para seus usuários, que podem exercer o direito de expressar livremente ideias e se informar por meio das fontes que entenderem mais adequadas.

No entanto, a partir dessa facilitação da comunicação, surgem situações em que os conteúdos disponíveis na internet podem causar violações dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Tomar contato com cenas de violência ou que contenham dramas psicológicos intensos pode comprometer gravemente a formação psicológica, a depender da idade. Produtos culturais que problematizem temas complexos, como o uso de drogas, ou discutam práticas sexuais também não devem ser acessados por tais pessoas em desenvolvimento,

ante o risco de a mensagem ser distorcida a partir de uma visão não amadurecida das questões discutidas. Nesse contexto, o trabalho analisará, por meio de revisão bibliográfica e documental, além de um estudo de caso, a exposição da privacidade de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual por meio da internet.

Na primeira parte, serão discutidas a arquitetura do espaço cibernético e como sua compreensão pode ser decisiva para o desenvolvimento de teorias jurídicas aptas à proteção de direitos, considerando aspectos de sua regulação por meio de leis nacionais e das regras fixadas no âmbito das próprias plataformas de comunicação e de difusão de ideias. Na segunda parte, será exposto estudo de caso envolvendo suposto estupro de vulnerável divulgado em perfil da rede social TikTok, que contava com mais de um milhão de seguidores quando da sua exclusão por iniciativa da própria empresa prestadora do serviço. A terceira parte analisará a atuação dos provedores nos episódios em que ocorre a viralização de conteúdo violador dos direitos das vítimas de violência sexual, considerando regras e princípios jurídicos que vigoram no Brasil.

Arquitetura do espaço cibernético e proteção da infância

Uma reflexão mais aprofundada sobre arquitetura do espaço cibernético¹ é fundamental para o enfrentamento das questões jurídicas complexas e desafiadoras que surgem cada vez com mais frequência, sobretudo quando houver discussão sobre a defesa dos direitos de crianças e adolescentes. A falsa ideia de um ambiente dotado de supostas características naturais, semelhante a espaços como o céu, o relevo, a atmosfera, as vegetações nativas, decorre de uma falta de

.....
1 Foi o Professor Norbert Wiener (2017) quem atribuiu a um campo inteiro da teoria de comunicação e controle, seja na máquina ou no animal, o nome de Cibernética.

conhecimento sobre aspectos tecnológicos e da cada vez mais intensa ligação dos seres humanos com os dispositivos.

Há mais de vinte e cinco anos, Lawrence Lessig (2000)² destaca o papel regulador do código, ou seja, do *software* e do *hardware* que tornam o espaço cibernético aquilo que ele é. Esses dois elementos compõem a arquitetura e moldam como as experiências são vivenciadas em tal espaço. Da mesma forma que um arquiteto projeta uma casa para que não exista uma janela no banheiro voltada para a via pública, os desenvolvedores de aplicações e de dispositivos podem ou não cuidar para que a privacidade e outros direitos dos usuários sejam preservados. Entender o funcionamento do código e reconhecer que se trata de um ambiente desenhado pelo ser humano, e não algo natural, é um requisito básico à compreensão das formas como essa regulação ocorre e influencia a proteção ou a violação de direitos fundamentais.

Veículos automotores, relógios, escovas de dentes, aparelhos de televisão, câmeras de segurança, lâmpadas, aspiradores de pó, garrafas de vodca, balanças de banheiro, termômetros retais (ZUBOFF, 2019b), ou seja, praticamente tudo que uma pessoa é capaz de utilizar atualmente pode estar conectado à internet. Sem conexão não se consegue localizar um endereço com facilidade, solicitar um veículo de transporte particular ou encomendar uma refeição. Chega a ser assustador imaginar como seria a vida sem os avanços proporcionados pela conectividade cada vez mais eficiente e facilitadora das tarefas cotidianas. Além disso, tem sido cada vez mais comum realizar aquilo que há poucas décadas seria considerado impossível, como uma reunião de trabalho com uma pessoa localizada em cada continente, além de outra que sobrevoa o Oceano Atlântico a bordo de uma aeronave comercial, a custos muito reduzidos.

.....
2 Essas reflexões foram aprofundadas pelo autor a partir das aulas de *Cyberlaw* que ministrou inicialmente como professor visitante na *Yale Law School*, no ano de 1995, e depois na *Harvard Law School*, levando a uma ampla produção acadêmica, na qual se destaca a obra *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0.* (2006)

Essas e outras facilidades foram proporcionadas pela estruturação de uma rede mundial de computadores, pensada para um cenário de conflito nuclear. Para que fosse possível manter o sistema em funcionamento, optou-se por um protocolo de comunicação que descentraliza ao máximo as estruturas de difusão dos dados. (PIMENTEL, 2000)³ Esse cenário de crescimento exponencial da presença de dispositivos conectados na vida das pessoas reforça, no imaginário coletivo, a ideia de que esse espaço de livre circulação de ideias seria naturalmente assim. Um falso entendimento surge, no sentido de que se trata de algo ingovernável, cuja intervenção de leis e de agências governamentais tenderia a prejudicar o equilíbrio natural do espaço cibernético.

A geração que nasceu a partir dos anos 2000 manteve pouco contato com o fluxo de informações analógicas. Os nativos digitais (PALFREY; GASSER, 2011) não precisaram, em sua maioria, recorrer a serviços postais, com a necessidade de se dirigir a uma agência dos Correios, adquirir selos, produzir uma mensagem em suporte físico, normalmente papel, e esperar o tempo necessário ao deslocamento físico desse suporte até o destinatário. Para a resposta, também era necessário esperar semanas ou meses até que nova mensagem fosse materializada e remetida pelo mesmo método. Essa dinâmica hoje é instantânea e uma criança pode se corresponder com parente ou amigo que reside em outro país por meio de uma chamada de vídeo e, dado o baixo custo, com uma frequência diária ou superior.⁴

.....

3 O autor explica que "o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no citado ano, criou a ARPAnet (Advanced Research Projects Agency – Agência de Projetos de Desenvolvimento Avançado), com a finalidade de evitar que um ataque nuclear fosse capaz de, uma vez destruindo os 'mainframes', aniquilar todas as informações que os mesmos contivessem". (PIMENTEL, 2000, p. 44) Quando da publicação do seu trabalho, prenunciou que "a tão festejada Internet [...] não é capaz de oferecer aos seus usuários as maravilhas que somente redes futuras de fibras ópticas serão capazes de fazê-lo". (PIMENTEL, 2000, p. 45) As maravilhas prometidas chegaram menos de vinte anos depois da edição da obra e, com elas, os problemas que surgiram para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

4 Mesmo com essa redução de custos, "em 2018, 3,8 milhões de crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos reportaram que nunca acessaram a Internet ou não tiveram

Especialmente para essas pessoas, é muito forte a ideia de que uma eventual regulação do espaço cibernético, com restrições de uso e fixação de limites ao envio e ao recebimento de informações, seria inviável ou absurda, comparável à imaginária iniciativa de um prefeito que quisesse trocar a areia de todas as praias do município por pedras ornamentais em razão do seu senso estético. A medida, embora teoricamente possível, tenderia a se inviabilizar quando fossem consideradas questões econômicas, políticas, ambientais, dentre outras. Conectar-se à Internet e não conseguir realizar uma busca no Google soa tão absurdo para os nativos digitais quanto não conseguir respirar em um perímetro específico porque certa lei proíbe a circulação de oxigênio em tal região.

As principais características do espaço cibernético são deslocalização geográfica, transnacionalidade, neutralidade, ausência de centralização, universalidade/popularização, anonimização e abertura a um permanente processo de evolução/revolução.⁵ Dentre tais características, a ausência de centralização é a que determina as principais dificuldades para que medidas estatais mais efetivas sejam implementadas quando da ocorrência do fenômeno da viralização, considerando que o fluxo de informações ocorre entre equipamentos eletrônicos que podem estar localizados em qualquer ponto do planeta e utilizar estruturas de transmissão – cabos de fibra ótica submarinos, satélites e sinais de rádio – administradas por governos, empresas ou grupos criminosos.

No entanto, existem experiências regulatórias de países como China, Índia e Coreia do Norte, reveladoras de um quadro que atesta,

.....
acesso nos três meses anteriores à pesquisa. Entre os não usuários, 2,2 milhões de crianças e adolescentes alegaram a ausência de Internet no domicílio como motivo para não acesso. O fato de não poderem acessar a Internet na escola foi mencionado por 1,4 milhões de crianças e adolescentes". (NIC, 2019)

- 5 Dario Kist expõe de forma mais detalhada cada uma dessas características, seguindo a sistematização de Fernando Miró. (KIST, 2019)

inclusive do ponto de vista técnico, que essa manipulação do fluxo de informações cibernéticas é, mais do que viável, uma realidade. Serviços de Internet utilizados por bilhões de pessoas no planeta, como o Facebook e o YouTube, não podem ser acessados por cidadãos que se encontram na China.⁶ A partir de provável pressão do governo russo, em agosto de 2017, a Índia cortou o acesso ao serviço *Internet Archive*, que hospedava conteúdo vinculando a rede social sediada naquele país ao episódio conhecido como “Desafio da Baleia Azul”, que estimulava o suicídio e a automutilação de crianças e adolescentes. (XIA; SHEN, 2019, p. 366) A menos que utilize avançadas ferramentas de engenharia da computação, o cidadão norte-coreano não conseguirá acesso à página de buscas do Google. (XIA; SHEN, 2019, p. 367)

Existem, portanto, ferramentas que podem limitar a difusão de informações e o acesso a aplicações de internet, a partir de diretrizes fixadas pelas leis nacionais ou por órgãos governamentais. Também é possível, por meio de aplicativos programados pelos próprios provedores, dificultar a manifestação do pensamento que viole as regras de convivência por eles fixadas. Ferramentas de detecção automática de arquivos, com capacidade de identificar não apenas textos, mas arquivos de mídias com sons e imagens, contribuem para um ambiente virtual com maior respeito a direitos autorais, menos pornografia infantil e dificuldades à propagação de discurso de ódio.

Empresas como Twitter, Google, Amazon e Facebook não figuram como “agentes meramente passivos na intermediação de conteúdos produzidos por terceiros” (MENDES; OLIVEIRA FERNANDES, 2020, p. 14), na medida em que detém poder tecnológico para, a partir de algoritmos de última geração, conjugados com ferramentas de *Big Data*, cuja opacidade e falta de controle por parte de instâncias estatais é uma

.....
6 Segundo Chuanli Xia e Fei Shen, quase duas centenas dos mil principais *sites* que figuram no topo do serviço de monitoramento Alexa, incluindo Google, Facebook, YouTube, WhatsApp, Instagram e Dropbox, foram bloqueados na China, em circunstância que corresponde a, na prática, isolar os chineses da Internet. (XIA; SHEN, 2019)

das suas principais características, “interferir no fluxo de informações, por meio de filtros, bloqueios ou reprodução em massa de conteúdos produzidos pelos seus usuários”. (MENDES; OLIVEIRA FERNANDES, 2020, p. 14.) Esse modelo de governança da internet, centrado em interesses empresariais e imune ao controle estatal, dada a opacidade das ferramentas de inteligência artificial, não atende aos parâmetros constitucionais fixados por regimes democráticos como o brasileiro. (KETTEMANN, 2020)

Exemplificando as ferramentas utilizadas pelas grandes empresas de tecnologia para dificultar o uso das plataformas para difusão de propaganda terrorista ou das outras modalidades de discurso de ódio, o Twitter tem intensificado os esforços para moderação e sinalização de textos ou mídias com ameaças violentas, que desejem, incitem ou esperem que uma pessoa ou um grupo de pessoas sofra lesões graves, que sejam no sentido de que alguém morra por consequência de uma doença grave, com declarações, apelidos, tratamentos sexistas e racistas recorrentes e/ou não consensual ou outro conteúdo que rebaixe alguém. (POLÍTICA..., 2020) Além da sinalização do conteúdo ilícito,⁷ estão previstas em seus termos de uso sanções como passar um período no modo somente leitura até que possa publicar novos textos, com períodos de somente leitura mais longos em caso de reincidência e previsão de suspensão permanente de contas se elas se envolverem reiteradamente com “propagação de ódio, conforme definido nesta política, ou que tenham compartilhado ameaças violentas”. (POLÍTICA..., 2020)

O Google disponibiliza há vários anos a ferramenta Content Id, ancorada na necessidade de mediação entre os detentores de direitos

.....
7 No ano de 2020, passaram a ser frequentes as marcações de postagem realizadas pelo Presidente Donald Trump, postura que passou a ser adotada quando o Presidente dos Estados Unidos iniciou campanha de ataque ao sistema postal de votação em aparente estratégia midiática voltada a desviar a atenção da opinião pública quanto às mortes causadas pela covid-19. (WIENER, 2020)

autorais e os produtores independentes de conteúdo,⁸ que realizam a remixagem de músicas e de produções cinematográficas antigas para produzir obras derivadas de notável originalidade, com grande potencial de gerar intensa audiência. Enquanto o arquivo está sendo carregado para os servidores, já se inicia uma comparação entre os dados remetidos e bases compostas por milhões de arquivos de referência para que, uma vez identificada a semelhança, o detentor dos direitos autorais seja instantaneamente notificado. Isso isenta a empresa provedora do serviço da responsabilidade pela violação, mas permite que situações de uso legítimo sejam enquadradas como conduta ilícita, a partir da leitura unilateral do detentor do direito autoral, gerando lesão ao direito à liberdade de manifestação do pensamento.⁹

Outro exemplo vem do Facebook, que disponibiliza ferramenta que também permite a detecção automática de arquivos eletrônicos para impedir a publicação de pornografia na plataforma, fazendo uso de ferramentas de inteligência artificial que conseguem realizar a identificação automatizada de órgãos sexuais, mamilos e outras cenas enquadradas como explícitas.¹⁰ Esse mesmo arsenal tecno-

.....

8 Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>. Acesso em: 16 nov. 2020. "Quais opções estão disponíveis aos proprietários de direitos autorais? Os proprietários podem tomar diferentes atitudes em relação a um material que corresponda ao conteúdo deles: bloquear a visualização de um vídeo inteiro; gerar receita com o vídeo ao veicular anúncios e, em alguns casos, ao compartilhar os lucros com o usuário que fez o envio; rastrear as estatísticas de visualização do vídeo." (COMO FUNCIONA..., 2020)

9 Para Sérgio Branco (2007, p. 60) "de maneira alguma, os direitos autorais devem existir apenas para beneficiar as engrenagens da indústria do entretenimento. Não é para beneficiar um grupo seletivo que se pode restringir o desenvolvimento e o acesso à cultura. Por isso, ainda que a supremacia da indústria cultural seja uma realidade, o sistema protetivo de direitos autorais deve se prestar a abranger toda e qualquer obra criativa que nele se insira, independentemente de sua qualidade ou magnitude".

10 A empresa informa que, "depois de denunciar uma publicação, representantes especialmente treinados de nossa equipe de Operações da Comunidade analisarão e removerão a imagem, caso viole as Diretrizes da Comunidade. Em seguida, usaremos a tecnologia de correspondência de fotos para ajudar a impedir tentativas futuras de compartilhar a imagem no Instagram, Facebook e Messenger". (O QUE DEVO..., 2020)

lógico permite que a plataforma, de maneira automática, remova e impeça que cenas com pornografia de vingança sejam replicadas. Casos que envolvem término de relacionamento e insatisfação de um dos parceiros podem levar à divulgação de imagens íntimas sem o consentimento do outro, levando até mesmo a suicídio da vítima. Não interessa à empresa, portanto, envolver-se com episódios tão negativos do ponto de vista midiático.

Essa atuação proativa das plataformas, direcionadas ora à tutela dos direitos patrimoniais daqueles que detém a propriedade intelectual de fonogramas, filmes e outras produções artísticas, ora a garantir que as suas marcas não sejam envolvidas com situações de assédio *on-line* ou de atividades que possam comprometer a segurança nacional, como é o caso da propaganda terrorista, demonstra na prática que existem meios de controlar de forma muito eficaz aquilo que circula pela internet. A problemática que se coloca é a incoerência de certos conteúdos ilícitos serem removidos, monitorados, bloqueados, enquanto outros conteúdos ilícitos não são. O exemplo que será analisado no próximo tópico não diz respeito a nenhuma das três hipóteses antes citadas, mas constitui situação em que existe flagrante violação dos direitos fundamentais de adolescente.

O caso do suposto estupro de vulnerável divulgado em rede social

A pandemia da Covid-19 proporcionou um aumento da audiência dos conteúdos publicados em redes sociais. (VALASQUES; SANTOS, 2020) A aplicação TikTok despontou como uma das principais plataformas de interação, a partir da grande atração exercida sobre a parcela mais jovem dos usuários da internet. Embora seus termos de uso indiquem a necessidade de possuir 13 anos para criar uma conta e iniciar a publicação de conteúdo, existe uma grande parcela da audiência

que é formada por pessoas de idade inferior, inclusive crianças. Esse fato é tolerado socialmente e levou, no caso a ser apresentado, a grave quadro de violação de direitos de adolescente.

Usuário brasileiro, denominado “quarentenados1819”, ainda durante as medidas sanitárias mais restritivas direcionadas ao controle da disseminação do vírus, passou a divulgar vídeos curtos protagonizados por Flávio, adulto com 19 anos, e pela adolescente Carla.¹¹ O objetivo era realizar uma crônica de situações geradas pelo isolamento social em relacionamentos afetivos, de forma leve e bem-humorada, com coreografias e recursos de edição, como é a tônica dos vídeos disponibilizados em tal plataforma. Brincadeiras, dramas psicológicos leves e outras situações cotidianas de um casal compunham um painel multimídia que atraiu a atenção de mais de um milhão de usuários do serviço.

Carla, em razão da fisionomia e do porte físico, poderia facilmente ser confundida com uma criança. Por não se tratar de um conteúdo comercial, eis que produzido por eles a título de lazer, inexistia ilicitude na circunstância de ela estar figurando nos vídeos reproduzidos centenas de milhares de vezes, pois o controle nesses casos é de responsabilidade da família. Decidir se a gravação e a publicação podem ou não ocorrer é tarefa incluída no ordinário desempenho dos deveres inerentes ao poder familiar. No entanto, a circunstância de haver ganhos financeiros a partir da atividade, tanto por parte do produtor de vídeo amador, que monetiza as postagens por meio da inserção de mensagens comerciais, quanto pela plataforma, que recompila dados

.....

11 Os nomes dos envolvidos foram alterados. Informações detalhadas sobre o caso podem ser obtidas em diversas fontes jornalísticas, a exemplo de notícia publicada pelo jornal *Estado de Minas*: “O Tik Tok virou moda entre os jovens e adolescentes do Brasil durante a quarentena. A febre, além de impulsionar músicas, criar danças também criou novos influenciadores. Por isso, quando os criadores de conteúdo e assumiram o ‘namoro’ na rede social, eles acabaram se tornando um dos assuntos mais comentados do Twitter nesta segunda-feira (26). A polêmica envolve a diferença de idade dos jovens. A menina tem apenas 12 anos, enquanto o jovem tem 19”. (MENDONÇA, 2020)

de acesso para comercializar espaços publicitários, poderia levar ao enquadramento da atividade como exercício de trabalho infantil artístico. (SERAU JÚNIOR, 2020)¹²

Esse tipo de exposição íntima em redes sociais, protagonizada também por muitas crianças, às vezes sem uma supervisão efetiva dos pais, representa um grande desafio para o Sistema de Garantia de Direitos.¹³ (EBERLIN, 2017) A veiculação de dados pessoais é uma constante nesses perfis, seja por meio da publicação de fotografias em que aparecem fardas escolares, permitindo identificar o estabelecimento de ensino frequentado, seja em alguns casos até pela marcação do local em que situado o imóvel residencial, quando não são publicadas imagens da fachada. (MACEIRA, 2015) Isso viabiliza o acesso a informações sensíveis por criminosos e aumenta ainda mais os riscos relacionados à insegurança urbana, vivenciada em grande parte dos municípios brasileiros.

Em outras palavras, as plataformas criam um ecossistema eletrônico que convida à publicação quase compulsiva de dados, inclusive por pessoas absolutamente incapazes. São obtidos ganhos financeiros ao custo da exposição dessas e de milhões de outras pessoas que atravessam o peculiar estágio de pessoa em desenvolvimento a comunicações mercadológicas e ao incremento do risco contra o patrimônio pessoal ou familiar, de serem vítimas de sequestradores, de assaltantes e de predadores sexuais.¹⁴ Para ter existência na plataforma, o usuário

.....
12 "Acreditamos que essas sejam reflexões necessárias para buscar compreender uma sociedade midiaticizada, com excesso de informações e com interações breves, de poucos caracteres, centradas em imagens e vídeos curtos, a exemplo dos stories do Snapchat e Instagram. Importante destacar, também, o atual fenômeno da geração dos tiktokers, usuários da rede social chinesa TikTok que possui 1,5 bilhões de usuários – a maioria crianças e adolescentes –, sendo a startup com maior valor de mercado do mundo atualmente". (SERAU JÚNIOR, 2020, p. 7)

13 Para uma análise da função exercida pelos diversos integrantes do Sistema de Garantia de Direitos: (PEREIRA JÚNIOR, 2012)

14 Para uma análise mais aprofundada do enquadramento penal da conduta daquele que assedia remotamente, por meio de violência psicológica, crianças ou adolescen-

precisa publicar constantemente, inovar, chamar atenção, ao custo da divulgação pública e da remessa massiva de dados à empresa que recompila, compartilha com parceiros e lucra com esse fluxo contínuo daquilo que hoje é considerado o novo petróleo.¹⁵

Dentro desse contexto midiático que impõe um esforço constante para chamar atenção e gerar audiência para a plataforma TikTok, Flávio e Carla publicaram uma série de vídeos que expressavam não mais paródias, danças ou brincadeiras, mas aquilo que corresponderia a uma vivência real, com efetivo envolvimento amoroso. Primeiro foi realizada postagem da qual participaram as mães de ambos, que resultou em audiência e engajamento recordes, quando eles simularam cenas românticas, parte delas na presença das mães, e quase deram um beijo na boca um do outro. Em seguida, foi realizada a divulgação de vídeo em que eles se beijaram e ficou clara a mensagem de que estavam namorando.

A partir das fortes críticas publicadas pelos seguidores, Carla publicou vídeo confirmando o namoro, informando que a sua família não se opunha e que a diferença de idade não representava nada diante do amor que sentiam um pelo outro. A quantidade de seguidores, superior a um milhão de usuários, permitiu uma rápida repercussão dos vídeos, e naquele mesmo dia o processo de viralização extrapolou os

tes para que sejam produzidas e remetidas mídias com pornografia infantil: (MIRÓ, 2020). Quanto à inadequação do termo "abuso sexual", Josiane Rose Petry Veronese (2020) afirma que, "depois de trabalhar há tantos anos com temas afetos à criança e ao adolescente, em especial às múltiplas violências, cada vez mais estou me afastando da palavra 'abuso', porque a expressão 'abuso sexual' pode dar uma conotação de um mero excesso, mero exagero. [...] trata-se de uma violência contra a dignidade da criança, violência contra a sua liberdade sexual, na realidade estamos vivenciando uma das piores violências que pode ser cometida sobre o ser humano em formação, que é a violência de natureza sexual. [...] estamos sim diante de uma grande violência e não de um mero abuso". A opção, neste trabalho, é pela expressão "violência sexual".

15 Durante entrevista concedida em março de 2018, Maurício Ruiz, Presidente da Intel Brasil, afirmou que "Os dados são o novo petróleo e nós já temos a tecnologia para refiná-los". (LOUREIRO, 2018)

limites da aplicação TikTok e levou ao pronunciamento de diversas personalidades em outras redes sociais.

Especialmente por meio Twitter, o anúncio do “namoro” foi repudiado sob o argumento de que o caso deveria ser enquadrado como de violência sexual, pois as informações até então existentes eram de que ele possuía 19 anos, e ela, 12. O rótulo de “pedófilo” também passou a ser amplamente utilizado.¹⁶ Abraham Weintraub, ex-ministro da Educação, publicou mensagem no seu perfil do Twitter questionando se o Ministério Público já havia iniciado a apuração do “caso grotesco que está circulando na internet? A lei prevê que ato libidinoso também configura estupro de criança (não é só quando há penetração)!” (MENDONÇA, 2020)

Carla retornou às redes sociais para, através de novo vídeo, tentar amenizar o nível das críticas e repetir que o relacionamento divulgado não corresponderia à situação de violência sexual. Enfatizou a postura respeitosa de Flávio e que ele esperaria pela idade adequada para qualquer envolvimento mais íntimo. Logo em seguida, constatando o tamanho da repercussão e a inviabilidade de vencer a corrente de informações publicadas no sentido de que ela teria sido vítima de violência sexual, Carla voltou ao canal do TikTok ao lado de Flávio para afirmarem que “o vídeo não passava de uma ‘trollagem’”.¹⁷ (MENDONÇA, 2020)

.....

16 Dos comentários citados no texto jornalístico, destacam-se os seguintes: “não gata, ele não te ama, vc eh só mais fácil de [...] manipular [...] alguém avisa os pais dessa criança de 12 anos q ele é um pedófilo de 19 independente da autorização deles; imagina o eco que não faz na cabeça dessas duas mães que deixa um pedófilo namorar uma criança de 12 anos; se vc não acha completamente ERRADO e PERTURBADOR o fato de um garoto de 19 anos namorar uma criança de 12, eu não preciso dizer mais nada né? [...] se vc acha normal esse relacionamento de um grt com 19 ANOS com uma menina de 12 ANOS pelo amor de deus vai se tratar. [...] Pedofilia é CRIME! Não compartilhem o vídeo da criança mesmo que ela faça publicações nas redes sociais dela. Vocês tem noção do que é ter 12 anos? Não é possível que alguém defenda e jogue a responsabilidade de um crime pra uma mina dizendo que ela consente”. (MENDONÇA, 2020)

17 A expressão “troll” é utilizada há muito tempo na Internet e adjetiva pessoas que mantêm constante postura provocadora com o objetivo de desestabilizar ambientes de convivência cibernética. A expressão “trollagem” tem sido empregado como sinônimo de brincadeira ou armadilha.

A aplicação TikTok, por identificar violação dos seus termos de uso, excluiu logo em seguida a conta em que as mídias vinham sendo publicadas, mas isso não gerou impacto significativo na ampla repercussão do caso. Os conteúdos já tinham sido capturados por usuários da internet que previam a exclusão dos dados¹⁸ pela aplicação que os hospedava. A intimidade de Flávio teve que ser exposta publicamente, ao se declarar homossexual e buscar, com isso, novamente, o convencimento da opinião pública quanto à inoportunidade de abuso sexual. (OLIVEIRA, 2020) O quadro de assédio contra os envolvidos persistiu durante dias e diversos perfis falsos foram criados nas redes sociais Twitter e Instagram, utilizando a imagem de Carla e as mídias anteriormente publicadas na aplicação TikTok.

Não cabe discutir, especialmente neste espaço de análise acadêmica, se a adolescente foi ou não vítima de estupro de vulnerável. Trata-se de questão a ser enfrentada por órgãos investidos das funções respectivas do Sistema de Justiça Criminal, respeitando o necessário sigilo da apuração e das provas coletadas, de modo a não agravar ainda mais o suposto quadro de violência sofrida pela adolescente.¹⁹ A discussão que se busca realizar no próximo tópico diz respeito ao papel que os provedores devem desempenhar para a defesa da vítima e dos

.....

18 Apenas no primeiro semestre de 2020, a aplicação removeu, por meio de ferramentas de inteligência artificial, 10.698.297 vídeos publicados em todo o mundo. O total de vídeos removidos com a ferramenta de detecção e a partir dos comandos lançados manualmente chegou a 37.682.924 na Índia, 9.822.996 nos Estados Unidos, 6.454.384 no Paquistão, 5.525.783 no Brasil e 2.949.620 no Reino Unido. "Na primeira metade de 2020 (1º de janeiro – 30 de junho), 104.543.719 vídeos foram removidos globalmente por violar nossas Diretrizes da Comunidade ou Termos de Uso, o que representa menos de 1% de todos os vídeos publicados no TikTok. Desse total, encontramos e removemos 96,4% dos vídeos antes que um usuário denunciasse e 90,3% foram removidos antes de receber uma única visualização". (TIKTOK, 2020)

19 Diante da regra fixada pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que deu nova redação ao art. 225 do Código Penal, trata-se de crime que se processa por meio de ação pública incondicionada. A notoriedade do fato, com sua ampla divulgação por meio da Internet, pode levar à instauração de inquérito policial mesmo que a família da vítima não acione o Sistema de Justiça Criminal.

direitos difusos de crianças e adolescentes que acessam a internet e devem ser protegidos de conteúdo prejudicial ao seu desenvolvimento.

Atuação dos provedores de serviços em casos de viralização de conteúdo violador dos direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual

Como referido no tópico anterior, a questão relativa à ocorrência ou não de violência sexual contra a adolescente não é a questão preponderante nesta análise. O desenrolar dos acontecimentos, a partir da viralização do conteúdo e da intervenção de diversos usuários de redes sociais com grande capacidade de chamar atenção para o suposto estupro de vulnerável, gerou situação de indiscutível quadro de violação de direitos da adolescente envolvida. Tenha ou não ocorrido o crime de estupro de vulnerável, a circunstância de sua privacidade estar servindo de combustível para interações em redes sociais é suficiente para que se caracterizem lesões jurídicas aos seus direitos fundamentais,²⁰ notadamente os direitos ao respeito,²¹ considerada a flagrante lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana,²² e à saúde, ante o crescente abalo emocional a partir da replicação do conteúdo eletrônico.

.....

20 Para Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 512), “podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”. Conferir: (ALEXY, 2008); (DWORKIN, 2002).

21 Para Válber Ishida, “a dignidade é a qualidade moral, que possuída por alguém, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Também se vincularia à respeitabilidade, entendendo como o conjunto de qualidades que fazem a pessoa merecedora de consideração, de atenção por seus semelhantes. A dignidade é um atributo da pessoa, no caso específico, da pessoa em desenvolvimento: a criança e o adolescente”. (ISHIDA, 2016, p. 70)

22 Soares conceitua dignidade da pessoa humana como “um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos di-

Esse intenso processo de interação dos usuários das plataformas, motivado pela viralização do conteúdo, é fator que permite ganhos econômicos para as empresas que as administram, na medida em que mantém pessoas por mais tempo conectadas aos serviços de internet e, com isso, permitem a exposição de anúncios publicitários e a coleta constante de dados que aprimoram o mecanismo de exibição de tais anúncios. Em outras palavras, o conteúdo eletrônico que viola direitos fundamentais de uma adolescente, ao ter sua disponibilidade garantida, ao menos até que seja emitida uma ordem judicial no sentido de que a remoção precisa ocorrer, gera lucros para as empresas em razão diretamente proporcional ao sofrimento da vítima. (SANTOS, 2012)

A discussão que ocorreu durante o processo de tramitação do Marco Civil da Internet para fixação das estratégias jurídicas voltadas ao controle do conteúdo eletrônico ilícito disponibilizado por meio de terceiros gerou regra jurídica que traria suposta imunidade aos provedores de serviços, posto que as exceções ao modelo de remoção por determinação judicial estariam restritas a casos envolvendo divulgação de cenas com nudez ou com atos sexuais de natureza privada e infrações a direitos autorais.²³ Prevaleceu a tese de que o sistema de notificação

reitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano". (SOARES, 2010, posição 2737 [e-book])

- 23 A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, dispõe nos seguintes termos: "Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...] § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. [...] Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de no-

que constava na redação original do projeto²⁴ representava um risco à liberdade de expressão, já que as plataformas sempre optariam pela remoção do conteúdo logo após a notificação para que não fossem responsabilizadas civilmente caso o Poder Judiciário reconhecesse posteriormente a ilicitude.

A lógica do sistema de notificação e remoção imediata apresenta dificuldades adicionais para sua operacionalização em contextos específicos, como o das disputas eleitorais. Publicação eletrônica realizada pelo candidato a prefeito A, criticando o adversário B, poderia levar este a notificar o provedor do serviço de hospedagem ou de rede social, o qual precisaria remover o conteúdo, que somente poderia ser republicado após a manifestação de A que convencesse o provedor da sua licitude. Caso a opção do provedor fosse por ignorar a notificação de B, por entender que a notificação seria infundada, arcaria com as consequências jurídicas em regime de solidariedade. Esse sistema isentaria o provedor da responsabilidade por remover o conteúdo após a notificação da suposta vítima do ilícito e deslocaria o mérito da questão, quanto à existência ou não de ilicitude, ao Poder Judiciário.

Nesse cenário, de atendimento da notificação do candidato B, quando o final do mês chegasse, o contrato de hospedagem pactuado com o provedor deveria ser honrado pelo candidato A, e a disputa judicial seria entre os dois candidatos. A premissa adotada na legislação atualmente em vigor é a da inexistência de relação “entre o provedor

tificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”. (BRASIL, 2014)

24 Segundo Marcel Leonardi (2019, p. 87), a proposta original era para remoção por meio de “notificação e retirada (‘notice and takedown’) de qualquer tipo de conteúdo produzido por terceiros [...]. Essa proposta foi abandonada ainda em fase de consulta pública, em razão dos tremendos riscos que apresentava para a liberdade de expressão on-line”.

contratado para a ‘hospedagem’ de uma página e o seu conteúdo, pois o provedor presta apenas o serviço de hospedagem, não sendo o titular da página hospedada”.²⁵ (CORRÊA, 2010, p. 25) Não seria razoável impor às empresas que hospedam sites a conferência de todo o conteúdo publicado pelos seus clientes. Isso atrasaria a publicação, aumentaria muito o custo e, com isso, prejudicaria a competitividade das empresas nacionais frente a serviços prestados do exterior ao mercado nacional.

Mas é importante atentar para um aspecto a ser considerado na discussão que envolve a proteção dos direitos de crianças e adolescentes em plataformas de redes sociais.²⁶ Não existe mensalidade na grande maioria desses serviços. O usuário se registra e imediatamente passa a utilizar aplicações desenvolvidas com o que existe de mais avançado nas áreas de *design* e de linguagem de programação. Também é característica marcante desses serviços o alto grau de estabilidade e de fluidez das aplicações, garantido por infraestrutura tecnológica de elevado custo, sem necessidade de pagamento direto pelos usuários.

O modelo de negócio das redes sociais, que atualmente são as responsáveis por grande parte do fluxo de dados na internet e pelo crescente tempo de exposição a telas por parte de crianças e de adolescentes, não está centrado na remuneração pela prestação de serviços mediante pagamento em dinheiro. As empresas se sustentam através da comercialização da atenção das pessoas. (WU, 2016) É um modelo antigo, utilizado desde o surgimento da imprensa e adotado por empresas de rádio e televisão. Consiste em atrair grande contingente

.....
25 A obra de Corrêa (2010, p. 25) sustenta que “a responsabilidade do material armazenado e distribuído através da Rede é exclusiva do autor”.

26 Para Fernando Eberlin (2017, p. 266), “no atual contexto brasileiro [...], a experiência decorrente da legislação e jurisprudência aponta para um caminho de pouca responsabilidade dos provedores de aplicação em relação ao conteúdo gerado por terceiros, não importando muito a natureza das atividades que realizam. [...] Para o sharenting, isso significa que os websites só estariam obrigados a adotar medidas independentemente de ordem judicial em casos extremos como os de pedofilia”.

de pessoas por meio de um conteúdo gratuito para que sua atenção seja fixada por um determinado tempo. Quanto mais longo o período e mais regular a frequência de exposição ao conteúdo, melhor para os negócios, pois uma fração desse tempo é vendida a anunciantes que aproveitam a oportunidade para convencer os consumidores do conteúdo gratuito a adquirir produtos e a contratar serviços.

Para tanto, as plataformas precisam de conteúdo chamativo. Seus negócios serão bem-sucedidos se os usuários passarem muitas horas por dia acessando os serviços, consumindo notícias, vídeos engraçados, relatos fantásticos, pois isso vai permitir a entrega de publicidade personalizada a partir dos dados coletados durante o uso da aplicação.²⁷ Grande parte dos conteúdos científicos e culturais obtém discreta audiência na Internet, com a média girando em centenas de acessos. O usuário assiste ao vídeo do YouTube com palestra sobre “Liberalismo Econômico” e se dá por satisfeito. Quando muito, realiza um comentário sóbrio sobre as reflexões acadêmicas apresentadas pelo palestrante. Por razões desconhecidas, considerando a opacidade dos algoritmos responsáveis pela exibição de sugestões, para que o vídeo seja acessado quase sempre é necessário recorrer ao motor de busca do serviço.

O quadro é diferente quando o vídeo diz respeito a uma menina de 12 anos que está namorando um adulto. Esse tipo de conteúdo é acessado milhões de vezes em um intervalo de poucas horas. Quem clica, não apenas comenta, como o faz de maneira inflamada, carregado com linguagem apelativa que vai despertar a atenção de outros usuários. Não contente, a pessoa decide compartilhar o conteúdo eletrônico com amigos e familiares, que podem não estar seguindo o usuário autor da postagem, além de replicar em outras plataformas, enquanto é detalhadamente monitorada pelos potentes computadores

.....
27 Para uma completa análise das conjunturas jurídica e econômica que cercam essa crescente tendência de coleta dos dados pessoais para finalidades comerciais: (ZUBOFF, 2019)

das diversas empresas, que trocam dados entre si e conseguem traçar um perfil detalhado, com identificação das preferências, das marcas da personalidade, das necessidades e dos desejos do potencial consumidor. (LINDSTROM, 2016)

As empresas que administram as redes sociais não querem ser obrigadas, por meio de lei, a remover conteúdos logo após a notificação da suposta vítima, porque isso tende a minar o seu modelo de negócios. Elas precisam desse conteúdo disponível porque ele chama atenção e viabiliza forte engajamento dos usuários, que permanecem mais tempo com sua atenção voltada à aplicação e aos constantes anúncios exibidos. Não se trata de proteger o direito fundamental à liberdade de expressão. Não se trata de defender os valores democráticos. É uma questão de sobrevivência empresarial. Se o conteúdo é removido com muita frequência da plataforma, os usuários tendem a migrar para outro serviço de internet, preferencialmente um que seja provido por empresa sediada em países com legislação mais permissiva.

Não se sustenta a interpretação de que a legislação brasileira fixou, por meio do Marco Civil da Internet, um regime de imunidade jurídica para que os provedores de serviços de internet possam ignorar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes e os deveres jurídicos que as empresas devem cumprir para que o desenvolvimento dessas pessoas ocorra de forma sadia e plena, sem episódios de violência ou de opressão.²⁸ Incidem em situações, como a do caso analisado neste trabalho, normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente,²⁹ na lei que estabelece

.....

28 A Doutrina da Proteção Integral está sintetizada no seguinte dispositivo constitucional: "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". (BRASIL, 1988)

29 Dentre as diversas normas da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, destacam-se os seguintes dispositivos: "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos

o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima ou Testemunha de Violência³⁰ e no próprio Marco Civil.³¹

A veiculação da imagem da adolescente em serviços de internet, embora à primeira vista possa representar algo incontrolável, constitui violação de direitos que não é tratada de forma adequada pelas empresas de tecnologia, como Facebook e Twitter. A arquitetura da internet, como já apontado no primeiro tópico deste trabalho, possui características que dificultam o controle dos conteúdos em razão da possibilidade de rápida replicação dos arquivos eletrônicos e da

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. [...] Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. [...] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor". (BRASIL, 1990)

- 30 A Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, assim dispõe: "Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a: [...] III - ter a intimidade e as condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência; [...] Art. 12. [...] § 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha". (BRASIL, 2017)
- 31 Esses são os principais dispositivos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que incidem em tais situações: "Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; [...] V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; [...] Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. [...] Art. 29. [...] Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no caput, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes". (BRASIL, 2014)

hospedagem em dispositivos que podem estar localizados em qualquer ponto do planeta. Surge, nesse cenário, a dificuldade de reconhecer a validade de uma decisão judicial para restringir o direito de alguém que se encontra em outro estado soberano.³²

A pretensão de excluir da internet e impedir novas publicações das cenas do beijo entre a adolescente e o adulto e outras mídias publicadas originalmente na plataforma TikTok é de difícil concretização. Mas a arquitetura das principais redes sociais pode e, uma vez observadas as normas jurídicas que tutelam os direitos fundamentais de crianças e adolescentes como a do caso ora estudado, deve ser adaptada às demandas de remoção e de bloqueio de novas publicações. Se isso ocorre para proteção de direitos autorais (COMO FUNCIONA..., 2020) e para impedir a disseminação de pornografia de vingança (O QUE DEVO..., 2020), nada impede, do ponto de vista técnico, que tais ferramentas sirvam ao cumprimento de ordens judiciais que indiquem as mídias ilícitas.

A alegação de que essa postura de bloqueio de novos envios pode violar o direito à liberdade de expressão levaria ao absurdo de se reconhecer maior peso a direitos patrimoniais de quem investe em obras fonográficas (HAIDAR; LICHOTE, 2013)³³ em relação a direitos funda-

.....

32 Para Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes (2020, p. 28), “a tendência de re-territorialização dos Estados Nacionais no ciberespaço a partir da edição de leis que garantam o poder de os Tribunais exigirem dos provedores de internet dados de comunicação armazenados em países estrangeiros também deve integrar a fiscalização abstrata do art. 11 do MCI. Aqui, ressalta-se a necessidade de, mesmo na jurisdição constitucional doméstica, serem compreendidos os entrelaçamentos dos regimes jurídicos internacionais, de modo a se reconhecer que a compatibilidade interna da legislação com o texto constitucional deve esforçar-se em torno da harmonização do regime transnacional. Seja em razão da relevância teórica dessas discussões, seja em razão dos impactos que as futuras decisões do STF irão repercutir nessas searas, esses dois focos de redefinição da jurisdição constitucional brasileira devem ser aprofundados enquanto agenda de pesquisa para o caso brasileiro”.

33 “João Gilberto se associou a Daniel Dantas, sócio do banco Opportunity, em um negócio pelo qual o músico recebeu R\$ 10 milhões, conforme revelou reportagem da revista ‘Época’ desta semana. O valor foi pago como adiantamento num acordo que prevê que Dantas terá direitos sobre quatro discos do músico lançados pela EMI,

mentais compreendidos na Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes (VERONESE, 2019), quando sopesados com o direito a manifestar o pensamento. Mesmo que um malabarismo argumentativo permitisse concluir pela necessidade de conceder proteção especial a direitos de propriedade sobre o direito à crítica literária,³⁴ não possui viabilidade a tese que restringe a utilização de ferramenta apta a diminuir a expansão de conteúdo que viola direitos fundamentais de uma adolescente vítima de violência psicológica, no contexto de provável violência sexual, quando essa mesma ferramenta serve diuturnamente à proteção dos detentores de direitos autorais.

As redes sociais disponibilizam espaços para que as pessoas possam divulgar aptidões artísticas, compartilhar sentimentos, exercer o direito de crítica e a militância política, dentre outras iniciativas que demandem um espaço para expressão do pensamento. Antes do surgimento da internet, para que se atingisse uma grande quantidade de pessoas, caberia recorrer a cartazes, jornais, programas de rádio e de televisão. O regime de responsabilidade dos divulgadores levava a medidas sancionatórias e algumas vezes repressivas. Mesmo em regimes democráticos, sem a estruturação de instituições voltadas à censura, é viável juridicamente o recolhimento de exemplares, a remoção de cartazes, a proibição de que uma matéria venha a ser divulgada. Embora a regra seja de prévia avaliação judicial, com vedação ao desempenho de censura prévia por parte de agências governamentais,

caso João Gilberto ganhe a disputa judicial que trava com a gravadora pela propriedade dos álbuns". De acordo com Sérgio Branco, "o alvorecer do direito autoral nada mais é que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria, então, proteger prioritariamente a 'obra' em si, mas sim os lucros que dela podem advir. É evidente que ao autor interessava também ter a obra protegida em razão da fama e da notoriedade de que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa". (BRANCO, 2007, p. 15)

34 Malabarismos que não resistem ao argumento de Robert Alexy (2008, p. 511), para quem os direitos fundamentais "são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples".

sempre será possível alegar a ciência inequívoca de todos os envolvidos com a difusão das mensagens ilícitas e, com isso, obter sua responsabilização ao menos no âmbito civil.

Para ilustrar a responsabilidade decorrente do uso de uma propriedade de terceiro com o intuito de praticar ilícito por meio do abuso do direito de manifestar o pensamento, imagine-se o seguinte caso. Paulo passa por uma das avenidas mais movimentadas do município em que reside quando se depara com um cartaz contendo a seguinte frase: “A filha de Paulo foi estuprada”. Tal cartaz está colado em muro de imóvel residencial. Imediatamente, ele manobra o carro e se dirige a tal imóvel, constatando que não seria fácil remover o adesivo. Toca a campainha e é atendido por Francisca, simpática idosa que informa não saber quem colara o cartaz. A situação pode ser resolvida de forma muito simples por meio da autorização imediata, por parte de Francisca, para que Paulo remova por conta própria o cartaz. Como não há câmeras de segurança, nem testemunhas ou pessoas das quais Paulo suspeite, a situação se resolve dessa forma, com a remoção da mensagem e danos leves à propriedade de Francisca.

Essa situação ocorre de forma muito frequente na internet. Pessoas são vítimas de violência moral e psicológica e se dirigem a provedores que se negam a retirar o conteúdo do ar sob o argumento de que isso poderia violar o direito à livre manifestação do pensamento. O Paulo que consta da faixa é o mesmo Paulo que solicita a remoção? Como existe a chance de o estuprador da filha de Paulo ainda não ter sido preso, seria importante deixar a faixa no local para que a polícia se sinta pressionada a realizar a prisão? O custo para remoção do conteúdo vai ser pago por quem? De que adianta tirar a faixa se amanhã a pessoa pode colá-la em outro imóvel, ou até no mesmo imóvel?³⁵

.....
35 Para Marcel Leonardi (2019, p. 226), “quando o conteúdo ilícito volta a ser disponibilizado por outros usuários por meio do mesmo Website, o julgador pode autorizar a remoção dos conteúdos republicados mediante simples aviso da vítima ao intermediário que controla o serviço, evitando-se a propositura de novas ações judiciais com

Esses são alguns dos muitos questionamentos que podem ser apresentados para que o “cartaz” continue onde está, gerando audiência para a plataforma, enquanto os direitos fundamentais da filha de Paulo são violados.

Algumas pessoas desistem, fragilizadas pela violência e, agora mais ainda, pela indiferença daquele que, por meio de um simples gesto,³⁶ poderia amenizar, por pouco que fosse, o grande sofrimento da vítima da violência. Outras conseguem reunir forças para reagir ou possuem recursos financeiros para custear caros serviços jurídicos, obtendo ordem judicial que leva o provedor a remover o “cartaz”. Não de imediato, mas no prazo concedido pelo juiz ou até com atraso, sob a justificativa de que existe um grande volume de demandas similares para serem cumpridas. Como “câmeras de segurança” permanecem constantemente apontadas para o “muro” dos provedores,³⁷ a partir de ordem judicial é possível obter imagens com registros da pessoa que estava encapuzada quando realizou a colagem. Mas eles se negam a entregar novas imagens caso outros cartazes idênticos sejam colados

.....
esse objetivo. Em casos mais graves, o julgador pode determinar aos intermediários que controlam os serviços que monitorem seus servidores ou Websites por um certo período, expressamente determinado em sua decisão, de modo a coibir novas veiculações do mesmo conteúdo. Como se destacou, a imposição dessa medida de fiscalização, de modo temporário, não impõe ônus excessivos aos provedores locais nem a terceiros, perante a limitação temporal e a possibilidade de reversão da medida”.

36 Amartya Sen (2011, posição 4299 [e-book]) ilustra sua teoria sobre as razões imparciais, que não exigem um benefício mútuo como fundamento para adoção de comportamentos razoáveis em relação aos outros, com uma analogia da responsabilidade materna. A mãe protege o filho “não porque ela deu à luz [...], mas porque a mãe pode fazer coisas para influir na vida de seu filho que ele mesmo não pode fazer. A razão para a mãe ajudar a criança, nessa linha de pensamento, não é guiada pelas recompensas da cooperação, mas precisamente pelo reconhecimento de que ela pode, de forma assimétrica, fazer coisas pela criança que farão uma enorme diferença para sua vida e que a própria criança não pode fazer. A mãe não precisa [...] procurar qualquer contrato ‘hipotético’ para compreender sua obrigação com a criança”.

37 Nos arts. 13 e 15 do Marco Civil da Internet, são regulados os deveres de guarda dos registros de conexão e de acesso a aplicações, fundamentais para os trabalhos de investigação dos ilícitos praticados no espaço cibernético. Conferir: (BARRETO; KUFA; SILVA, 2020)

no dia seguinte. Também se recusam a remover tais cartazes logo após a colagem, a menos que novas ordens judiciais sejam entregues por Paulo.

Esse exemplo pode parecer absurdo, mas acontece com grande frequência. Os provedores removem uma publicação e mantêm outras idênticas no ar sob o argumento de que só podem agir com a apresentação de novas ordens judiciais que especifiquem o endereço eletrônico onde publicadas. Também se recusam a monitorar seus servidores e recorrem até as últimas instâncias para não serem obrigados a cumprir com obrigações fixadas em decisão judicial, muitas vezes confirmadas por órgãos colegiados de tribunais.³⁸ Isso ocorre ao mesmo tempo em que monitoram e incluem em lista de bloqueio arquivos de mídia para fazerem cumprir obrigações contratuais pactuadas para a proteção da propriedade daqueles que investem em direitos autorais.

Conclusão

Situar a discussão no plano do direito ao esquecimento é um equívoco, pois a volatilidade do conteúdo eletrônico e as características arquitetônicas da internet projetam um cenário de custos muito elevados para que a tutela plena dos direitos fundamentais seja alcançada. Em outras palavras, é uma missão quase impossível para o Sistema de Justiça impor que determinada mídia seja banida para sempre de todos os

.....
38 “O desembargador Alcides da Fonseca Neto, da 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio, confirmou decisão em primeira instância para determinar que o facebook retire do ar um vídeo de apologia ao crime com a participação de crianças. De acordo com informações do processo, as imagens mostram os pequenos repetindo frases impróprias de intolerância. O facebook também deverá monitorar suas redes para impedir nova veiculação do vídeo, além de incluir a hash do arquivo (assinatura digital) na Black list, o que significa que não será possível realizar o upload das imagens. No recurso, o facebook alegou que já havia retirado o vídeo, mas não possuía meios técnicos para fiscalizar e monitorar previamente conteúdos de terceiros inseridos em sua plataforma”. (VÍDEO..., 2019) As poucas informações públicas sobre o processo, disponibilizadas em Diário Oficial, apontam para a interposição de Recurso Especial, conforme publicação realizada em 24 de janeiro de 2020. (JUSBRASIL, 2020)

dispositivos conectados à rede mundial de computadores e, portanto, figure como inacessível para qualquer pessoa, seja a vítima da violência que não quer rever o episódio que tanto mal lhe causou, sejam pessoas do seu convívio ou crianças e adolescentes que devem ter acesso vedado a tal conteúdo sob pena de prejudicar o seu desenvolvimento.

A discussão precisa, ao seu turno, estar situada nas medidas técnicas que podem ser adotadas, dentro de critérios de razoabilidade, pelas empresas que prestam os serviços de internet mais populares. O porte econômico dessas empresas viabiliza a criação de estruturas voltadas ao cumprimento de deveres jurídicos voltados à tutela da dignidade da pessoa humana. Por mais permissiva que seja a leitura dos princípios jurídicos protetores da liberdade de iniciativa no plano econômico, ela precisa estar conectada com os demais princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Obter audiência por meio de conteúdo eletrônico que viola o sentimento coletivo de respeito a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual não representa um modelo de negócio sustentável juridicamente.

No primeiro tópico desta exposição foram apresentados exemplos de adequação da arquitetura da internet para viabilizar o controle voltado a atender interesses governamentais, consideradas características políticas de regimes que não se enquadram no conceito de democracia que prevalece em nações ocidentais. Essas mesmas ferramentas tecnológicas, que controlam o fluxo das informações que circulam pela rede mundial de computadores, também vêm sendo utilizadas para proteger os direitos autorais e as vítimas de violência psicológica praticada no âmbito do processo que se convencionou denominar pornografia de vingança.

O caso analisado por meio do segundo tópico deste trabalho não se enquadra em tal conceito porque as cenas publicadas na rede social TikTok seriam expressão de uma brincadeira. Ao menos essa foi a última manifestação pública da adolescente que teria sido alvo da preocupação de diversas personalidades que mantém perfis ativos em

redes sociais. As mídias foram publicadas com o seu consentimento e a provável concordância de seus familiares, pois a mulher que seria mãe da adolescente participou da gravação de um dos vídeos que ganhou notoriedade. No entanto, é clara a violação dos direitos de imagem da adolescente e a ausência de autorização para que pessoas utilizem seu retrato e repliquem em outras redes sociais os vídeos já excluídos pela aplicação, onde originalmente publicados.

Como exposto no terceiro tópico, embora existam ferramentas que restringiriam muito a disponibilização desse conteúdo, permitindo uma ação de remoção em massa das mídias viralizadas, as empresas proprietárias das plataformas de redes sociais abstém-se de adotar tais providências em razão da audiência que o caso ainda pode gerar para as suas plataformas, esquivando-se por meio do argumento de que a legislação brasileira teria fixado a necessidade de uma ordem judicial fora das hipóteses elencadas no Marco Civil da Internet. Essa solução jurídica é muito conveniente para a proteção dos interesses comerciais dessas empresas e contribui para o agravamento do processo de abalo emocional das vítimas de episódios similares.

Essa internet que permite o enriquecimento de poucas empresas ao custo do sofrimento de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual não corresponde àquele ambiente pensado, mais de cinquenta anos atrás, para a difusão de conhecimento e o intercâmbio cultural. Quanto mais a balança pender para o lado da proteção de direitos autorais, enquanto do outro estão situações como a do caso analisado neste trabalho, mais distante o modelo de governança estará dos propósitos daqueles que projetaram uma rede mundial de computadores. Essa é uma questão jurídica que pode e deve ser enfrentada nos parlamentos, nas cortes de justiça e, sobretudo, nas instâncias de decisão que existem dentro de todas as empresas que administram redes sociais.

Por menor que seja o gesto de respeito ao sofrimento, por mais tímida que seja a proatividade na remoção do conteúdo ilícito, isso representará muito na vida das vítimas. Cumprir as ordens judiciais que

determinam o monitoramento e o bloqueio de mídias seria algo básico, mas que até o momento não vem ocorrendo no Brasil. Os recursos se acumulam em tribunais superiores e, dada a lentidão causada pelo intrincado sistema recursal brasileiro, as mídias violadoras continuam se replicando livremente, de modo a desencorajar iniciativas judiciais contra as empresas. Essa liberdade econômica, muito sedutora para os negócios a curto prazo, pode trazer graves consequências para a própria existência das plataformas, caso se transformem em ambientes de inviável convivência decorrente da falta de empatia e em razão dos abusos cometidos, também por omissão, em nome do engajamento dos usuários.

Referências

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

BARRETO, Alesandro Gonçalves; KUFA, Karina; SILVA, Marcelo Mesquita. *Ciber Crimes e seus reflexos no Direito brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

BELL, Emilly. The Dependent Press: How Silicon Valley Threatens Independent Journalism. In: MORRE, Martin; TAMBINI, Damian (org.). *Digital dominance: the power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*. New York: Oxford, 2018.

BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 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: 10 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

COMO FUNCIONA o Content ID. *Google*, Ajuda do YouTube, 2020. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

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

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 255-273, 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 10 jan. 2022.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Haidar, Daniel; Lichote, Leonardo. João Gilberto faz acordo milionário com Daniel Dantas. *O Globo*, Música, 14 jul. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/musica/joao-gilberto-faz-acordo-milionario-com-daniel-dantas-9028978>. Acesso em: 10 jan. 2022.

ISHIDA, Válder K. *Estatuto da criança e do adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

JUSBRASIL. *Diários Oficiais*, Diário de Justiça do Rio de Janeiro, 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/280021305/djrj-ii-judicial-2a-instancia-24-01-2020-pg-139>. Acesso em: 10 jan. 2022.:

- KETTEMANN, Matthias C. *The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online*. New York: Oxford University Press, 2020.
- KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Leme: JH Mizuno, 2019.
- LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de direito digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- LESSIG, Lawrence. Code Is Law: On Liberty in Cyberspace. *Harvard Magazine*, 1 jan. 2000. Disponível em: <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- LESSIG, Lawrence. *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: <https://lessig.org/product/codev2>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- LINDSTROM, Martin. *Small data: Como poucas pistas indicam grandes tendências*. Tradução Rodrigo Peixoto. Rio de Janeiro: HapperCollins Brasil, 2016.
- LOUREIRO, Rodrigo. Os dados são o novo petróleo. *Isto É Dinheiro*, n. 1060, 9 mar. 2018. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/os-dados-sao-o-novo-petroleo>: Acesso em: 10 jan. 2022.
- MACEIRA, Irma Pereira. *A proteção do direito à privacidade familiar na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- MENDONÇA, Ana. Depois de assumirem namoro, tiktokers de 12 e 19 anos dizem que vídeo é 'trollagem', *Estado de Minas*, 26 out. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/10/26/interna_nacional,1198289/depois-de-assumirem-namoro-tiktokers-de-12-e-19-anos-dizem-trollagem.shtml. Acesso em: 10 jan. 2022. Acesso em: 17 nov. 2020.
- MIRÓ, Fernando. Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) em el ciberespacio. *Revista de Internet, Derecho y Política*, Barcelona,

n. 16, p. 61-75, out. 2020. Disponível em: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n16-miro/n16-miro-es>. Acesso em: 10 jan. 2022.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.br). *Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids On-line Brasil 2018*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.

O QUE DEVO fazer se alguém compartilhar uma foto íntima minha no Instagram sem minha permissão? *Instagram*, Central de Ajuda, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/instagram/1769410010008691>. Acesso em: 10 jan. 2022.

OLIVEIRA, Muka. Influenciador de 19 anos acusado de pedofilia contra garota de 13 afirma ser gay: “Foi trollagem”. *Observatório G, Comportamento*, 28 out. 2020. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/influenciador-de-19-anos-acusado-de-pedofilia-contra-garota-de-13-afirma-ser-gay-foi-trollagem>. Acesso em: 10 jan. 2022.:

PALFREY, John; GASSER, John. *Nascidos na era digital: entendendo a primeira geração de nativos digitais*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Orçamento e políticas públicas infantojuvenis: fixação de planos ideais de atuação para os atores do sistema de garantia de direitos das crianças e adolescentes (SGD)*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

POLÍTICA contra propagação de ódio. *Twitter*, Central de Ajuda, 2020. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SANTOS, Cristiane Andreotti. *Enfrentamento da revitimização: a escuta de crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Infância, trabalho e plataformas digitais: a proteção jurídica do trabalho digital infanto-juvenil*. Organização Júlia

Dumont Petry e Larissa Rahmeier de Souza. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIKTOK Transparency Report. *TikTok*, Centro de segurança, January 1, 2020 - June 30, 2020, 22 set. 2020. Disponível em: https://www.tiktok.com/safety/resources/transparency-report-2020-1?lang=pt_BR. Acesso em: 10 jan. 2022.

VALASQUES, Daiane; SANTOS, Hugo. Impactos do Covid-19: as visões e experiências de crianças e jovens portugueses em situação de acolhimento residencial. *Revista Interinstitucional Artes de Educar*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 58-80, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Convenção sobre os direitos da criança: 30 anos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Violência sexual contra crianças e adolescentes: para muito além do abuso. *Empório do Direito*, 22 set. 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-para-muito-alem-do-abuso>. Acesso em: 10 jan. 2022.

VÍDEO de apologia ao crime com crianças deverá ser retirado do ar pelo Facebook. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Notícias, Processo nº 0016271-21.2019.8.19.0000 [segredo de justiça], 26 jul. 2019. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6566832>. Acesso em: 10 jan. 2022.

WIENER, Anna. Trump, Twitter, Facebook, and the Future of Online Speech. *New Yorker*, Letter from Silicon Valley, 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.newyorker.com/news/letter-from-silicon-valley/trump-twitter-facebook-and-the-future-of-online-speech>. Acesso em: 10 jan. 2022.

WIENER, Norbert. *Cibernética: ou controle e comunicação no animal e na máquina*. São Paulo: Perspectiva, 2017.

WU, Tim. *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside our Heads*. New York: Knopf, 2016.

XIA, Chuanli; SHEN, Fei. The Polemics Of Internet Freedom In Asia: Reality, Perception And Attitudes. In: BURRETT, Tina; KINGSTON, Jeff. *Press Freedom In Contemporary Asia*. London: Routledge, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. London: Profile Books, 2019a.

ZUBOFF, Shoshana. Tua escova de dentes te espiona: um capitalismo de vigilância. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ed. 138, Mundo, 3 jan. 2019b. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia>. Acesso em: 10 jan. 2022.

O ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA COLETIVA DE TRABALHO

*Patrícia de Menezes Brandão
Christianne Moreira Moraes Gurgel*

Introdução

O ano de 2016 foi marco na história nacional, pois distanciou-se do Estado-social, passando a enxergar o futuro com o pensamento neoliberal que, afirme-se, defende a existência de um Estado mínimo.

Afastando-se da ideia do Estado do Bem-Estar Social, e mais distante ainda do ideário da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), o Congresso Nacional do Brasil, apoiando a mudança implementada no País, aprovou a Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), conhecida como Reforma Trabalhista.

Promulgada pelo Presidente da República Michel Temer, em 11 de julho de 2017, passando a ter vigência em novembro do mesmo ano, a Lei nº 13.467 é exemplo da ideologia neoliberal que, ao defender o Estado mínimo, impõe medidas que afastam o Estado das relações de trabalho, inclusive das relações coletivas laborais.

Nessa ordem de ideias, o princípio da intervenção mínima do Estado foi imposto nas relações coletivas laborais, ao prever, no §3º do art.8º, da CLT, que, no exame de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará, exclusivamente,

a conformidade dos elementos essenciais à existência e validade do negócio jurídico, devendo balizar sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Não se trata de citação direta – texto reformulado).

O presente artigo provoca a reflexão do princípio constitucional de acesso à justiça, mais precisamente da inafastabilidade do Poder Judiciário diante da destacada intervenção mínima do Estado-Juiz nos pactos coletivos de trabalho. O legislador reformista limita a atuação judicial, exclusivamente, à análise dos elementos essenciais do negócio jurídico, previstos no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita e não defesa em lei.

O estudo inicia com a significação do acesso à justiça, em sentido integral, elegendo como referência, para enfrentamento desta temática, os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) sobre as ondas renovatórias. Em seguida, de forma especial, passa à compreensão da inafastabilidade da jurisdição, prevista no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

Para alcançar o cerne da questão, é necessário o enfrentamento da temática da autonomia privada coletiva no direito laboral, como manifestação do pluralismo jurídico que, no Direito Laboral, revela-se com a atuação dos entes coletivos de trabalho como verdadeiros produtores de normas jurídicas, como a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho.

O estudo avança com a introdução do princípio da intervenção mínima do Estado/Juiz na autonomia coletiva de trabalho, a partir da reforma trabalhista de 2017. Urge, então, analisar o impacto do § 3º do art. 8º da CLT que, ao limitar o exercício da atuação jurisdicional ao exame dos requisitos formais do negócio jurídico coletivo, enfrentará o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, garantia constitucional de acesso à justiça.

O estudo sobre o tema merece ocupar vozes, reflexões e estudos no meio jurídico trabalhista, bem como o alargamento do debate em

torno do controle do Poder Judiciário das normas resultantes das relações coletivas de trabalho.

Uma análise principiológica

O sistema jurídico foi, durante um longo período, entendido como um conjunto composto apenas de regras. O papel dos princípios não era destacado, e sua compreensão se revelava limitada à função integrativa do sistema ou um vetor interpretativo.

Na década de 1970, todavia, por meio dos estudos elaborados por Dworkin, o tema referente aos princípios ganhou maior relevância, vindo a integrar, normativamente, um papel mais direto. A era do pós-positivismo deu início ao reconhecimento do ordenamento jurídico como um sistema estruturado de forma principiológica.

Ocorre que excessos podem ser observados a partir daí, na medida em que surgem as mais variadas espécies de princípios, em grande parte das vezes, sem quaisquer critérios para serem considerados. Nessa toada, não é raro ver regras do direito posto levarem título de princípios, ensejando o perigo de uma aplicação principiológica desprovida de razoabilidade, tomando por alicerce apenas análises subjetivas do operador da norma.

Do mesmo modo, passa-se a vislumbrar a possibilidade de uma criação, pelo legislador, indiscriminada de princípios, numa construção aberta, separada de um processo robusto, vindo a se processar “ao bel sabor” do legislador, limitando o aplicador quando do momento de aplicação da norma.

Sobre o tema, Robert Alexy (2017, p. 153) promove uma diferenciação entre valores e princípios, entendendo que

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é,

no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

O que se precisa levar em consideração é a forma pela qual deve se fundar o processo de construção dos princípios, perpassando a vertente social na medida em que couber, de forma contextualizada, com alicerce na conformação política do Estado, a fim de conduzir a sociedade e, jamais, atuar como uma obra de força, vinculando os aplicadores da norma.

O art. 6º da CRFB/88 (BRASIL, 1988) estabelece: “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”.

O art. 7º da Carta Magna (Brasil, 1988), por sua vez, deixa claro ao enunciar direitos sociais, podendo-se destacar, em matéria de direito coletivo do trabalho, precisamente, o inciso XXVI, que aplaca entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Em muitos dispositivos constitucionais, identifica-se a valorização das normas coletivas como fontes do direito coletivo do trabalho, o que demonstra, de forma cristalina, a relevância dada ao papel dos sindicatos no contexto coletivo do trabalho.

O legislador constituinte, de forma expressa, transmitiu aos sindicatos a legitimidade de representação nas negociações coletivas.¹ (BRASIL, 1988)

O viés intervencionista do Estado na economia revelou-se no sistema sindical diante da previsão constitucional do princípio da unicidade sindical por categoria profissional ou econômica, associada à

.....
1 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: “[...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”

obrigatoriedade de recolhimento da contribuição sindical prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Da análise posta, depreende-se facilmente que o modelo de Estado Brasileiro importa numa concepção de Estado que visa à proteção dos direitos sociais, bem como à regulamentação do mercado de trabalho, justificando, assim, a existência do conjunto de direitos fundamentais com acolhida não apenas constitucional, mas, ainda, por meio de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Acesso à justiça

O arcabouço jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro veicula normas que tutelam o respeito ao princípio do acesso à justiça, apresentado como condição primordial ao exercício dos direitos sociais fundamentais. A natureza da garantia constitucional não pode ser examinada puramente sob a vertente da literalidade, pois trata-se de direito fundamental que extrapola o que está dito; alcança o direito o devido processo e a justiça das decisões, com eficácia e razoabilidade temporal.

O acesso à ordem jurisdicional justa e efetiva não é apenas uma garantia constitucional, mas, ainda, um direito fundamental. Todos os direitos fundamentais dele dependem, caso restem violados. É o que Flavio Galdino (2000) chama de “*justiciabilidade*”, diante da dificuldade da definição.

Significação em sentido integral

A busca da significação do acesso à justiça depara-se com o seu sentido geral, apontando para ideia de uma justiça social e, já no seu sentido restrito, direciona-se à tutela jurisdicional.

Por outro lado, de forma muito mais ampla, a significação do instituto, em seu sentido integral, envolve os direitos fundamentais além de questões políticas, sociais e jurídicas.

Elege-se como referência, para enfrentamento desta temática, Cappelletti e Garth (1988, p. 8), que assim conceituam o acesso à justiça:

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico. [...] Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

As “ondas renovatórias” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8-15), propostas como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, foram compreendidas cronologicamente e separadas em três fases com a finalidade de alcançar a real efetividade da destacada garantia constitucional.

A primeira onda refere-se ao obstáculo econômico, e caracteriza-se por proporcionar aos pobres uma assistência judiciária gratuita, tendo em vista que parte da população não podia pleitear seus direitos por não ter condições econômicas suficientes para arcar com as despesas de um processo litigioso, ficando à margem do Poder Judiciário. Assim, foram criados instrumentos para o alcance desse direito, com o objetivo de isentar os necessitados dos custos processuais.

A segunda onda consiste no obstáculo organizacional, em que se define pela representação de direitos difusos e coletivos, se preocupando com a abrangência do acesso à justiça ao coletivo, como grupos e categorias, e não apenas ao indivíduo. A partir desse entendimento que as ações coletivas foram previstas, em prol de garantir os direitos da coletividade.

O segundo grande movimento, no ânimo de aprimorar o acesso à justiça, encarou o problema da representação dos interesses difusos, assim reconhecidos os interesses coletivos ou grupais, diferentes daqueles dos pobres. Os autores em destaque explicam que a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social,

coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

A terceira onda aborda “um novo enfoque do acesso à justiça”, como mencionado pelos autores, visando alcançar um ordenamento jurídico justo, considerando a existência de desigualdade entre as partes que compõe o processo, com o objetivo de conceber procedimentos que viabilizem uma justiça alcançável a todos. Esta fase busca certificar que, para a realização efetiva da justiça, é necessário à utilização de instrumentos que proporcionem tal demanda, e não apenas a jurisdição em si.

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídicas e da busca de mecanismos para a representação de interesses ‘públicos’ é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem-sucedidas – e, em parte, já o foram – no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67)

Assim, pode-se afirmar que essas “ondas renovatórias” são movimentos que buscam abranger o entendimento de acesso à justiça, visando alcançar a sua efetividade por meio de instrumentos ou mesmo reformas processuais.

Uma das funções precípua do processo judicial é impedir os obstáculos ao acesso à justiça e, de forma especial, nas demandas trabalhistas. É ambiente propício ao trabalhador para alcançar o seu direito, tendo em vista a desigualdade na relação jurídica laboral.

O sentido integral do acesso à Justiça alcança caráter universal, o que se infere da própria Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948), que, no seu art.8º, dispõe que todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo dado pelos tribunais nacionais competentes contra os atos que violam os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

A previsão na Declaração Universal de 1948 impõe-se, fundamentalmente, perante os Estados para que tornem a prestação jurisdiccional efetiva, um serviço do judiciário materializado através do processo que, além de solucionar a lide, realize justiça.

Ainda invocando Cappelletti e Garth (1988, p. 80-81), há que se anotar: “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderado e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Na história constitucional do Brasil, observa-se que a Constituição de 1967 assegurou que a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão de direito individual (art.150, § 4º). Percebe-se aqui o alcance limitado aos direitos classificados como individuais.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), ao estabelecer o acesso à justiça como direito fundamental, o resguardou como cláusula pétreia.² Percebe-se que, ao inserir o acesso à justiça no Título dos direitos e garantias fundamentais, e no capítulo dos direitos individuais e coletivos, assegurou a inafastabilidade do Poder Judiciário em face de lesão ou ameaça a direito, sem classificá-lo,³ como o fez a Carta de 1967.

Consoante Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 180-181), no que tange à interpretação do processo no Estado Democrático de Direito brasileiro:

[...] há de ser interpretado e aplicado com âncora nos princípios constitucionais de acesso à justiça, insculpidos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, especialmente: o da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV, o do devido processo

2 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

3 CF- Art.5º [...]. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

legal/justo (*idem*, incisos LIV e L), ampla defesa (autor e réu) e contraditório, duração razoável do processo (*idem*, inciso LXXVII).

O direito fundamental de acesso à justiça se exterioriza através de duas vertentes consagradas na Carta Magna de 1988: em seu art. 5º inciso XXXV é estabelecido a inafastabilidade da jurisdição, e no inciso LXXIV, do mesmo artigo, garante a assistência judiciária integral gratuita aos necessitados, ambos pertencentes ao núcleo “duro” da Constituição, alcançando o sentido integral da sua significação.

Tendo em vista o núcleo central do presente estudo, passa-se a destacar, nas próximas linhas, a primeira vertente, ou seja, a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Inafastabilidade da jurisdição

Como visto, o acesso à justiça decorre também da inafastabilidade da jurisdição, prevista no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, assegurando que qualquer lei ou ato não tem a autonomia de limitar o acesso de qualquer pessoa ao Judiciário, tornando-se, então, uma garantia fundamental.

O dispositivo constitucional conduz à compreensão de que nada pode distanciar a intervenção do Poder Judiciário em face de lesão ou simples ameaça de lesão ao direito.

No Direito internacional, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil, também garante:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as 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 contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

No decorrer da história, e principalmente após a teoria da separação dos Poderes, consagrada na obra *Espírito das Leis*, de Montesquieu, já no século XVII, o Estado passou a ser o detentor do poder de aplicar e dizer o Direito.

A história das cartas políticas volta-se à independência do Poder Judiciário, e a Constituição positivou esta separação (art. 5º, XXXV). O Judiciário é o verdadeiro guardião do Direito, e o princípio da sua inafastabilidade autoriza o magistrado a expurgar a injustiça perpetrada, e assim, este Poder assume o papel de salvaguardar os preceitos da Constituição Federal.

A importância do Poder Judiciário, na garantia do acesso à justiça, é evidenciada por Maria Tereza Sadek (2001, p. 7), em suas pesquisas empíricas: “Os direitos são letra morta na ausência de estâncias que garantam o seu cumprimento”. Entende ainda que, a partir desse ponto de vista, o Judiciário exerce papel central, pois lhe cabe a garantia e efetivação dos direitos, sendo legítimo afirmar que o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania.

Certo é que a regra constitucional, que assegura a inafastabilidade jurisdicional, impede expressamente que o legislador exclua do controle jurisdicional lesão ou ameaça de qualquer direito.

Autonomia privada coletiva no direito do trabalho

Por força do pluralismo jurídico, o Estado não detém exclusivamente o poder de criar normas jurídicas, tem-se a coexistência de várias fontes do Direito, de diversos segmentos produtores de normas, não sendo esta atividade exclusiva do Poder legislativo ou do Poder Executivo. No pluralismo jurídico, portanto, o Estado não monopoliza o poder de construir as normas jurídicas.

Segundo Miguel Reale (1963, p. 58) “A democracia implica pluralidade de soluções políticas e jurídicas” e, ainda, “Não é necessário que o Direito seja estatal para ser reconhecida sua entidade jurídica”.

No Direito Coletivo do Trabalho, de forma particular, os entes de uma relação coletiva laboral estão autorizados a produzir normas jurídicas que se materializam na convenção e no acordo coletivo de trabalho. Observa-se, aqui, a base legítima e legal da autonomia coletiva privada no âmbito coletivo de labor.

Entretanto, antes do enfrentamento da autonomia coletiva privada, é necessário o desenho do pluralismo jurídico no direito do trabalho, o que passa a ser feito.

Leciona Sergio Pinto Martins (2016) que, no Direito do Trabalho, o pluralismo está no poder dos grupos em se autodeterminarem, estabelecendo normas próprias.

Expressão desse pluralismo no Direito Laboral, encontram-se as entidades coletivas de trabalho como verdadeiros produtores de normas jurídicas, afinal de contas, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho são fontes do Direito do Trabalho, ao lado das demais fontes autônomas e heterônomas.

No Direito do Trabalho, a autonomia da vontade sempre foi elemento decisivo na validade dos ajustes nas relações individuais e coletivas. Percebe-se que, no âmbito do direito individual, a vontade do trabalhador sofre interferência direta do Estado quando, no art.468 da CLT, o Legislador prevê que a alteração contratual só é lícita se houver mútuo consentimento e, ainda assim, não houver prejuízo para o empregado, sob pena de nulidade da cláusula.

Quanto à Autonomia Privada no Direito Coletivo do Trabalho, Pedro Paulo Manus (2001, p. 101), em sua obra *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*, leciona que a:

[...] autonomia privada coletiva, no âmbito do direito coletivo do trabalho, é o poder das entidades sindicais de auto-organização

e autorregulamentação dos conflitos de trabalho, produzindo normas que regulam as relações atinentes à vida sindical, às relações individuais e coletivas de trabalho entre trabalhadores e empregadores.

Na mesma obra citada, Manus ensina que o fundamento da autonomia privada coletiva à ordem jurídica constitucional reconhece a estrutura sindical e a atividade sindical subsequente. Entende o jurista que “não há como negar a necessidade, no regime democrático, de autorização constitucional para atuação individual ou dos grupos sociais, sob pena de colocar em risco o estado de direito”. (MANUS, 2001, p. 101)

A Constituição Federal do Brasil, no art.7º, inciso XXVI, e art.8º, reconhece as normas coletivas de trabalho, fruto da autonomia no âmbito do direito coletivo do trabalho.

Saliente-se que os efeitos do exercício da autonomia privada coletiva de trabalho recaem diretamente sobre as relações individuais de trabalho, pois as normas coletivas produzem condições de trabalho e regras que devem ser respeitadas por todos seus representados e signatários.

A Lei nº 13.467, de 2017, prestigiou, de tal modo, a autonomia da vontade dos entes coletivos de trabalho, que estabeleceu o princípio da intervenção mínima do Estado-Juiz em face do ajustado em negociação coletiva, o que passa a ser objeto de estudo.

Princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia coletiva de trabalho

Muito se defende acerca do fato de que uma reduzida intervenção do Estado seria cirúrgica ao desenvolvimento do direito coletivo do trabalho, à medida em que fosse extirpada da legislação a obrigatoriedade de determinados direitos que, até o momento, integravam

as relações de trabalho. Como fruto do movimento de crítica, surge a previsão da Lei n.º 13.467/17.

Previsão na CLT: reforma trabalhista de 2017

O princípio da intervenção mínima do Estado, imposto pela Lei trabalhista reformista, promoveu desafio ao princípio da inafastabilidade do Judiciário, ao introduzir o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

O §3º foi introduzido no art.8º da CLT, passando a estabelecer que:

Art.8º [...].

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo *princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva*⁴. (BRASIL, 1943, grifo nosso).

O referido princípio tem como escopo a ideia de que o Judiciário não poderá intervir nos pactos coletivos senão quando da análise dos elementos essenciais do negócio jurídico, quais sejam aqueles previstos no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita e não defesa em lei.

Ratificando essa disposição, os parágrafos 1º e 2º, do art. 611-A, disciplinam, de forma prévia e em inequívoca incursão de competência constitucional, aquilo que é vedado ao Poder Judiciário em matéria de norma coletiva de trabalho, não havendo contrapartida recíproca.

.....
4 BRASIL. Decreto-Lei n.º 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: 27 mar. 2019.

As referidas limitações violam, de forma flagrante, um dos mais importantes princípios constitucionais, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, lecionando que nenhuma lesão ou ameaça de direito será afastada de apreciação do Poder Judiciário, mais especificamente, o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Não há como justificar restrições como as ansiadas pelo escultor da legislação infraconstitucional, quando limita a análise dos instrumentos coletivos pelo Estado, meramente, à validade formal. E pior: a limitação advém dos requisitos exigidos nos negócios jurídicos civis, nos quais são discutidas questões de natureza patrimonial, onde reside a máxima expressão da regra da autonomia da vontade. Em matéria trabalhista, por outro giro, o ponto debatido diz respeito ao trabalho humano, compreendido pelo grau de subjetividade que identifica cada indivíduo, bem como seus anseios e necessidades.

A verdade é que, ainda que eivados de tantas formalidades, a análise dos requisitos, à luz do Direito Coletivo do Trabalho, pode ser realizada por meio de critérios que impliquem em uma análise mais larga sobre a capacidade do agente, da licitude, da possibilidade, determinação do objeto, bem como da forma prescrita ou não defesa em lei, acarretando, por fim, uma apreciação do conteúdo.

Ainda sobre a relação entre o princípio da intervenção mínima, autonomia da vontade coletiva e prestação jurisdicional, vale a reflexão apresentada por Paulo Sergio João (2018):

Ao tratar da intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva, no nosso sentir, não se trata de impedir a prestação jurisdicional, mas de garantir que a autonomia da vontade seja a expressão dos interesses manifestados em assembleia, base fundamental e nuclear das relações coletivas do trabalho. Poderá, também, dar ensejo à interrupção do círculo vicioso em que a negociação coletiva seja revista pelo Judiciário trabalhista, que, considerando o sindicato frágil em sua composição associativa, desqualifica a norma coletiva.

Agora, deve valer a autonomia da vontade coletiva, e as entidades sindicais serão reconhecidas pela sua legitimidade por força da assembleia dos interessados.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA, 2018), tendo em pauta o presente tema na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, editou a súmula 2, *In verbis*:

2 – Interpretação e aplicação da lei nº 13.467/2017 os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a constituição e as leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. Nessa medida: I – Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o ‘dever’ de interpretar a lei nº 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical. II – A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da lei trabalhista. É função primordial do poder judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da república federativa do brasil de construir sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, inciso xxxv, 60 e 93, ix e 114 da CRFB. III – Inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 8º da CLT e do art. 611-A, § 1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da justiça do trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa ao disposto no art. 114, I, da CF/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso à justiça e da independência funcional.

Dessa forma, verifica-se que sobre o exercício da atividade judicante, no exame dos instrumentos coletivos de trabalho, a Anamatra concluiu pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 8 e art. 611-A, § 1º, da CLT, impossibilitando sua atuação, em face das ditas normas, inclusive quanto a sua constitucionalidade, conveniência, legalidade e conformidade com a ordem pública e social.

As normas coletivas, fruto da autonomia da vontade coletiva, encontram-se blindadas do crivo do Poder Judiciário, por meio da aplicação expressa do princípio da intervenção mínima do Estado-Juiz, o que desafia a garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Jurisdicional.

Impactos no acesso à justiça.

Ao limitar o exercício da atuação do Judiciário trabalhista, determinando sua atuação ao exame dos requisitos formais do negócio jurídico coletivo, a regra do § 3º do art. 8º da CLT confronta-se com o princípio de acesso à justiça, mais precisamente, art.5º, XXXV da Constituição Federal.⁵

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao fazer análise das propostas da reforma trabalhista que afetavam diretamente os direitos sociais brasileiros, apontou como inconstitucional o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (art. 8º, § 3º, e art. 611-A, § 1º, CLT):

[...] a proposta tenta restringir o exame, pela Justiça do Trabalho, do conteúdo de convenções e acordos coletivos, limitando essa análise, exclusivamente, aos requisitos formais do negócio jurídico, previstos no Código Civil, criando o ‘princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva’.

.....
5 Art.5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[...]

Trata-se de dispositivo inconstitucional, haja vista a Constituição Federal determinar que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV). (acesso à justiça – inconstitucional). (OAB..., 2017)

Sobre esse tema, Pedro Paulo Manus (2017) afirma:

[...] acreditamos que a melhor interpretação do novo artigo 8º, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho seja no sentido de que o juiz deverá pautar sua apreciação, nos termos do artigo 104 do Código Civil, prestigiando a manifestação direta de vontade das partes, na conformidade com os princípios do Direito do Trabalho.

[...] Não obstante, tal fato por si só não desobriga o juiz da análise, em cada caso concreto, da possibilidade da prevalência do negociado sobre as garantias legais, na conformidade dos já referidos princípios que fundamentam as relações entre empregados e empregadores.

Esta análise deverá considerar a especificidade da categoria em questão, o conteúdo da negociação coletiva, e o conjunto da norma coletiva em debate, a fim de decidir sobre o acerto ou não da pretensão, o que demandará em certos casos a instrução processual, a fim de permitir a análise dos fatos relevantes, à luz da teoria do conglobamento, conforme a jurisprudência dominante.

Diante do exposto, são lançados olhares distintos. O primeiro, no sentido de que a reforma trabalhista valorizou o princípio da autonomia privada coletiva de trabalho e, assim, autorizou os sujeitos a estipularem, por meio de negociação, as regras que regularão suas relações. Alia-se ao fundamento desta defesa uma preocupação do legislador em impor maior segurança jurídica nas relações coletivas laborais, inclusive quando regula de forma precisa sobre o objeto e o alcance da negociação coletiva de trabalho, evitando-se, assim, o conflito judicial.

O outro olhar, por sua vez, enxerga subversões à Constituição Federal de 1988, seja em face ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), seja em face do princípio da separação de poderes.

Sobre esse princípio, cumpre registrar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.102, com relatoria da Ministra Carmen Lúcia, na forma que segue transcrita:

As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. (j. 30-10-2014, P 1, DJE de 10-2-2015)

Ainda que se defenda, portanto, que um dos objetivos da reforma trabalhista de 2017 tenha sido valorizar o princípio da autonomia da vontade, visando permitir que as partes, através dos entes coletivos de trabalho, estipulem mediante processo negocial as normas que regerão as suas vidas, há que se colocar em pauta o conflito entre o Princípio da intervenção mínima do Estado e o Princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV.

Diante do conflito entre os princípios supramencionados, há de se considerar, ainda, que o princípio da intervenção mínima se revela como uma verdadeira arbitrariedade do Poder Legislativo, em flagrante violação ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, da Constituição da República) que, como visto, fundamenta a inafastabilidade da Jurisdição.

Ademais, atente-se para o princípio da proibição do retrocesso (ou princípio da não regressividade em matéria de direitos sociais), que se encontra intimamente ligado ao tema proposto.

Nos termos elucidados por Christian Courtis (2006), a não regressividade possui suas bases no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foi ratificado pelo Brasil (Decreto 591) em 1992,

e, posteriormente, celebrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador, de 1999 (Decreto 3321).

Os diplomas legais citados dialogam acerca das medidas progressivas que deve ser consideradas pelos Estados-membros quando o intento for assegurar os direitos previstos nos instrumentos coletivos:

Art. 2º. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas⁶. (ONU, 1966)

Art 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza⁷. (BRASIL, 1969)

6 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 22.10.2020

7 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 14.11.2020.

Art. 1. Obrigação de adotar medidas

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo⁸. (BRASIL, 1999)

Courtis traz, nas linhas acerca do tema, critérios interpretativos e de aplicação, elucidando que a regressividade pode ser apresentada sob duas óticas distintas: a) pelos resultados: quando os resultados produzidos pela política pública do Estado acabam por retroceder em relação a determinado ponto de partida anteriormente apontado como parâmetro; b) pela normatividade: quando são comparadas normas anterior e posterior, com alteração ou substituição, tomando por análise a possibilidade de a norma posterior suprimir, restringir ou limitar direitos concedidos pela norma anterior. (COURTIS, 2006, p. 3-4)

Revolvendo, pois, aos relatórios nacionais dispostos no Protocolo de San Salvador e para ilustrar as perspectivas delineadas, segue o autor registrando que:

O artigo 5.1 deste instrumento define a noção de progressividade da seguinte forma: 'o critério de avanço gradual no estabelecimento das medidas necessárias para assegurar o exercício de um direito econômico, social ou cultural'. Para este fim, o artigo 5.2 exige o uso de 'indicadores de progresso' cuja justificativa é a seguinte:

'Um sistema de indicadores de progresso permite estabelecer, com um grau razoável de objetividade, as distâncias entre a situação e a realidade e o índice ou meta desejada. O progresso

8 Protocolo de San Salvador. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 22.08.2017

em direitos econômicos, sociais e culturais pode ser medido depois de se considerar que o Protocolo de San Salvador expressa um parâmetro frente ao qual se pode comparar, de uma parte, a recepção constitucional, o desenvolvimento legal e institucional e as práticas de governo dos Estados; e, de outra parte, o nível de satisfação das aspirações de diferentes setores da sociedade expressadas, entre outros, através dos partidos políticos e das organizações da sociedade civil’.

Por um lado, refere-se ao ‘nível de satisfação das aspirações dos diversos setores da sociedade’, que é a área na qual se podem empregar os indicadores ou referentes empíricos referidos ao nível de satisfação de direitos, tais como o acesso a serviços de saúde, acesso à serviços de educação, o acesso à alimentação, o acesso à habitação, etc., e a qualidade desses serviços ou políticas em termos de resultados, por exemplo, mortalidade infantil em matéria de saúde, a eficiência da educação, desnutrição em matéria de alimentação, porcentagem de desabrigados em relação à moradia. Por outro lado, o mesmo parágrafo do artigo 5.2 das ‘Diretrizes para a elaboração dos relatórios periódicos previstos no artigo 19 do Protocolo de San Salvador’ reconhece uma dimensão normativa, ao identificar entre os aspectos que se refletem no cumprimento da obrigação de progressividade em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, ‘a recepção constitucional, o desenvolvimento legal e institucional e as práticas de governo dos Estados’. (COURTIS, 2006, p. 5)

No que tange à matéria justrabalhista, a regressividade pela normatividade seria uma forma de avaliar a aplicação da norma trabalhista mais favorável ao trabalhador, tornando-se mais difícil encontrar a medida da regressividade pelos resultados, por se mostrar, em síntese, mais difícil o reconhecimento de indicadores capazes de aferir a política adotada pelo Governo acerca do tema, incumbindo ao litigante, quando do processo judicial, a referida demonstração.

Cumpre-se avaliar, aqui, o viés da regressividade normativa, partindo-se da premissa de que o princípio da intervenção mínima na

autonomia da vontade coletiva se trata de uma regra insculpida pela Lei nº 13.467/2017, que visa à orientação do intérprete das normas laborais quanto à observância das disposições das normas coletivas, mesmo que em confronto com as normas legais em vigor, editadas por meio de processo legislativo, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer intervenção acerca do seu conteúdo, mas tão-somente quanto à forma do ato.

A autonomia da vontade coletiva, portanto, tomando por base o novo paradigma legal levado a efeito com o advento da reforma trabalhista, deverá sofrer, de forma mínima, a intervenção do Estado, cabendo ao ente sindical o poder de ditar as regras que serão impostas às relações de cada uma das categorias profissionais que representa, de forma irrestrita para além daquelas já postas no art. 7º da Constituição da República.

Nenhuma outra regra possui o condão de ser mais abrangente do que aquela constante nos art. 8º e 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, intitulada, de forma pretensiosa, de princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Conclusão

Após análise da significação do acesso à justiça, com destaque para o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o estudo seguiu para a temática da autonomia privada coletiva no direito laboral, como manifestação do pluralismo jurídico e, assim, reuniu elementos para enfrentar o princípio da intervenção mínima do Estado.

Restou avaliado que o impacto da Lei nº 13.467, de 2017, em face do princípio da autonomia coletiva privada, revela-se com o princípio da intervenção mínima do Estado no controle das normas coletivas de trabalho, introduzido na CLT no § 3º ao art.8º.

O novel dispositivo desafiou o princípio do acesso à justiça ao determinar que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade

dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil, devendo balizar sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

A Lei nº 13.467/17, nessa seara, apresenta conflito com a Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário que, expressamente, impede que o legislador exclua do controle jurisdicional lesão ou ameaça de qualquer direito.

Assim, ainda que se considere como sendo um dos objetivos, da reforma trabalhista de 2017, a valorização do princípio da autonomia privada coletiva, visando permitir que as partes, através dos entes coletivos de trabalho, estipulem mediante processo negocial as normas que regerão as suas vidas, conclui-se a inexistência de afronta ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, sendo inconstitucional o impedimento da Justiça do Trabalho para julgar além da parte formal das normas coletivas laborais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/17*. Brasília, 2018. Disponível em https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999* Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cnpq.org.br/site/images/arquivos/assessoria_internacional/legislacao/humanos/Convencao_Americana_DH.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em 20 maio 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 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: 27 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 29 mar. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

STF, ADI nº 4.102 Número único: 0003549-08.2008.0.01.0000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2628213>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COURTIS, Christian. La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 20-21.

GALDINO, Flavio. Sobre o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 173-215, 2000.

JOÃO, Sergio Paulo. A intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva. *Migalhas*, 3 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286695/a-intervencao-minima-do-judiciario-na-autonomia-da-vontade-coletiva>. Acesso em: 22 jul. 2020

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Limites à análise da negociação coletiva conforme a reforma trabalhista. *CoNJUR*, 6 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-06/reflexoes-trabalhistas-limites-analise-negociacao-coletiva-conforme-reforma-trabalhista>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva de contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. *Pluralismo do Direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OAB aponta inconstitucionalidades no texto da Reforma Trabalhista. *FENAVENPRO*, 3 jul. 2017. Disponível em: <http://fenavenpro.org.br/2017/07/03/oab-aponta-inconstitucionalidades-no-texto-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Paris: ONU, 1966.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM TEMPOS DE COVID-19: A DEMOCRACIA ADMITE A LIBERDADE DE SE INSURGIR CONTRA NORMAS DE SAÚDE PÚBLICA?

Vanessa Santana de Jesus Souza

Introdução

A evolução do conceito de Democracia, enquanto regime de governo ou forma de atribuição e gestão do poder político, desenvolveu-se em conjunto com as concepções de Estado, de soberania e de cidadania. Estudar-se-á a evolução do termo, desde a democracia direta da antiguidade grega, cuja cidadania, porém, era restrita a um pequeno segmento da sociedade; passando pelo modelo representativo, cujo papel era a conciliação com o ideal individualista do liberalismo econômico; para como a democracia alcança a forma participativa, ampliativa da influência direta do povo na atuação dos poderes estatais, e para a qual a informática e a internet têm gerado múltiplas possibilidades.

O caminho percorrido pelo Estado brasileiro até o atual estágio de sua democracia, bem como o catálogo de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, demonstram como o Estado Constitucional Democrático atualiza a hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse cenário, a desobediência civil pacífica é trazida à baila para demonstrar que, em sua concepção, tal instrumento não busca o rompimento do contrato social, mas apenas provoca a evolução do ordenamento jurídico de um modo excepcional, demonstrando, desse modo, a confiança dos insurgentes nos princípios fundantes do sistema.

Ao final, apresenta-se um problema prático de conflito aparente entre os direitos individuais da população e as normas de saúde pública produzidas durante a pandemia do novo coronavírus – medidas restritivas integrantes do protocolo de combate à covid-19. A partir de uma crise prática, será estudada a possibilidade de uso da desobediência civil para combater tal legislação temporária, bem como outras possibilidades de solução do embate entre princípios constitucionais.

Democracia e liberdades individuais

O conceito de democracia foi construído historicamente, uma vez que não traduz um fim em si mesmo, servindo, em verdade, como instrumento de realização dos valores sociais de uma comunidade politicamente organizada, na medida em que passam a reconhecer e agregar direitos fundamentais e desenvolvam a participação do povo na organização e atuação do Estado. Por conseguinte, a democracia da antiguidade grega não é a mesma dos tempos modernos, nem a democracia burguesa capitalista corresponde à democracia popular. (SILVA, 2014, p. 127-128)

Ademais, ao longo da história da humanidade, a democracia emergiu, ruiu e ressurgiu com novas concepções estruturais. Desta feita, antes de realizar o cotejo entre o modelo de democracia brasileira e a correspondente garantia às liberdades individuais, faz-se necessária uma digressão à construção histórica do ideal democrático conforme entendido pela sociedade ocidental.

A evolução histórica do ideal democrático no mundo

O ideal clássico de democracia remonta à Grécia Antiga e à escola filosófica Aristotélica, concebendo uma classificação de regimes de governo segundo o número de titulares do poder soberano. Aristóteles identificou três modelos puros de atribuição do poder político: monarquia, aristocracia e democracia; assumindo, ainda, a possibilidade de eles se degenerarem, respectivamente, em: tirania, oligarquia e demagogia. (BONAVIDES, 2000, p. 247-250)

A democracia ateniense atribuía a soberania estatal diretamente ao povo, cuidando os cidadãos de governar soberanamente o Estado através de assembleias realizadas na sede do governo, sem a necessidade de eleição de representantes. A par da discussão acerca da diminuta parcela da população a quem era atribuída a cidadania ateniense – uma vez que mulheres, artesãos, comerciantes e escravos ficavam à margem da esfera político-democrática –, naquela cidade-estado os homens livres participavam diretamente da gestão da coisa pública, em grupos de trabalho que, de forma rotativa, produziam leis, as aplicavam no cotidiano do Estado e decidiam controvérsias envolvendo seus pares. (CABRAL NETO, 1997)

O segundo grande momento da Democracia e do exercício da cidadania decorreu da conformação do Estado liberal pós-revolução francesa e a independência dos Estados Unidos, com a Declaração do Bom Povo de Virgínia (1776), A Constituição dos Estados Unidos (1787), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição Francesa (1791). Nesse contexto, a teoria do contrato social de Thomas Hobbes é substituída pelas teorias contratualistas de John Locke e Jean-Jacques Rousseau, para as quais os homens abdicam do estado de natureza por um contrato de colaboração, não de submissão, visando conciliar interesses sociais em prol de uma convivência harmônica que lhe proporcionasse a garantia de suas liberdades individuais. (SANTOS, 2002, p. 6-7)

O modelo de Estado Democrático de Direito atribui a qualidade de cidadãos à parcela da população, a quem se reconhece a prerrogativa de eleger os representantes do povo, os quais serão os responsáveis pelas decisões políticas e a gestão do Estado. Nessa conformação de Estado, pautado no liberalismo socioeconômico e no individualismo, as decisões políticas fundamentais e os direitos e liberdades individuais se encontram garantidos em um documento formal, a Constituição, servindo suas normas de moldura para a ação dos representantes eleitos. Em contrapartida, uma vez eleitos, os representantes do povo se conduzem na vida pública em prol do interesse do projeto de Estado adotado, se dissociando de interesses particulares dos cidadãos que os elegeram.

José Afonso da Silva (2014, p. 127-128) rememora a concepção de Abraham Lincoln, 16º presidente dos Estados Unidos da América, de que, como regime político, a democracia é um governo organizado “do povo, pelo povo e para o povo”. Em outras palavras, seria então a democracia um processo de convivência social em que o poder emana do povo, é por ele exercido, direta ou, indiretamente, e em seu proveito. Seria a democracia entendida como um processo de convivência para evidenciar a sua construção histórica, bem como para traduzir a noção de que, além de ser um modo de atribuição de poder político, trata-se de um modo de vida, pois as relações sociais devem ser pautadas pelo respeito e pela tolerância.

Porém, no que concerne ao exercício da cidadania no Estado Democrático liberal, passível de crítica são os conceitos de “homem” e de “cidadão” adotados, conforme demonstrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela França burguesa em 1789, segundo a qual os direitos do homem estariam delimitados em direitos individuais de proteção contra o Estado, ao passo que os direitos do cidadão se restringiriam ao direito de votar e ser votado, ínsitos de uma democracia representativa, resultando em uma ideologia individualista que prega que o cidadão, porque titular

da soberania através unicamente do voto, se libertou da condição de súdito. (SILVA, 1999)

Avançando na história, a incapacidade de a igualdade formal garantir a diminuição das desigualdades sociais, além do cenário de crise econômica, alimentou uma onda de desdemocratização, ou contra-onda autoritária, entre 1922 e 1942, a exemplo do nazismo, na Alemanha, e do fascismo, na Itália, culminando na 2ª Guerra Mundial. A retomada da democracia teve início após a 2ª Guerra Mundial e transcorrido no curto período entre 1943 e 1962. Tal segunda onda corresponde ao desenvolvimento do chamado Estado Social Democrático, ou Estado Constitucional Democrático, na mesma medida em que o Estado liberal foi dando lugar ao Estado de bem-estar social. (HUNTINGTON, 1994)

Cumprir observar que, a partir da Segunda Guerra Mundial, a democracia foi continuamente ganhando legitimidade universal, e, com isso, as mais diversas nações buscaram adaptar seus regimes políticos, travestindo-os com o rótulo de “democrático”, gerando uma gama de democracias adjetivadas, das antigas “democracias populares” do Leste europeu à “democracia islâmica” da Líbia na década de 1970. A democracia viraria, então, um argumento de autoridade para justificar ações autoritárias, tidas como etapas necessárias para a edificação de democracia no porvir. Como exemplo, tem-se as ditaduras de segurança nacional na América do Sul em meados do século XX. (MIGUEL, 2014, p. 14-16)

O fato é que, com a conformação das sociedades de massa e o agravamento do subdesenvolvimento econômico e social crônicos, a cidadania liberal-individualista se tornou um mecanismo insatisfatório de participação popular, precisando evoluir para uma outra forma de cidadania que garantisse a contemplação das necessidades coletivas nos programas de Estado. Tratou-se, portanto, de uma superação com a conservação de seus elementos positivos, sem que houvesse a negação pura e simples da lógica anterior. (COMPARATO, 1993)

Despontou-se, como visto, a necessidade de evolução da concepção de Estado liberal para o Estado garantidor do bem-estar social.

Ao Estado, então, passou-se a função de equalizar a economia e a sociedade, e as constituições passaram a assegurar direitos sociais e transindividuais, sendo um marco histórico desse movimento as constituições do México (1917) e de Weimar (1919), com repercussão no Brasil observada na constituição de 1934.

Para Norberto Bobbio, a solução para a crise da ineficácia dos direitos previstos no Estado liberal não passa pela alternância da democracia representativa para uma democracia direta, mas, sim, por uma terceira via, intermediária, que considere a articulação dos avanços da democracia política com a criação de condições mínimas de bem-estar para as grandes massas da população. Segundo Bobbio (1987, p. 155-156), atualmente, o desenvolvimento da democracia consiste, não na substituição da democracia representativa pela democracia direta, mas, na passagem da democracia da esfera política para a esfera social.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 6-7), o consenso liberal – fundamentado na liberalização do mercado global, no afastamento do Estado na regulação econômico-social, na concepção minimalista da democracia e na concepção privatista do Direito e da Justiça – agravaram as desigualdades sociais de tal forma que promoveram o retorno dos grupos sociais marginalizados ao estado de natureza, uma vez que excluídos do contrato social. Nesse cenário, o Estado não alcança os grupos à margem da sociedade, não lhes oferecendo condições para o exercício de seus direitos fundamentais.

Charles Tilly (2013) identifica quatro abordagens explicativas para se alcançar o conceito de democracia: idealista, estruturalista, instrumental e a orientada pelo processo. Sob a perspectiva idealista, observa-se se um determinado regime político é ou não capaz de promover o bem-estar, a liberdade, a segurança, a igualdade, a deliberação pública e a resolução pacífica dos conflitos, reconhecendo sua natureza democrática em caso positivo, a despeito das nomenclaturas legais atribuídas a tal regime. Numa ótica estruturalista, identifica-se um Estado democrático através do quanto declarado em seu ordenamento

jurídico, tratando-se de uma abordagem puramente deontológica, desconsiderando a realidade fática da respectiva sociedade.

Por sua vez, a abordagem instrumental valoriza o procedimento de escolha dos líderes estatais e a capacidade de tal procedimento realizar efetiva alternância no exercício do poder. E a democracia orientada pelo processo, a qual Tilly se filia, entende que o processo de democratização do Estado passa pela integração das redes de confiança interpessoais nos processos políticos públicos, bem como pela adoção de dispositivos que apartem esses processos políticos públicos das desigualdades categóricas, neutralizando a influência econômica no jogo político – o voto secreto, remuneração dos cargos oficiais, o acesso livre e igual dos candidatos aos meios de comunicação –, e a eliminação ou neutralização dos centros de poder autônomos, coercitivos e controladores, majorando o acesso de pessoas comuns aos processos políticos públicos, além de ampliar o controle desses processos sobre a ação do Estado. (TILLY, 2013, p. 43-46)

O entendimento de Robert Dahl acerca da vivência democrática se coaduna à abordagem orientada pelo processo de Tilly, pois julga que uma democracia genuína requer a concomitância de certos critérios, quais sejam, a participação efetiva do povo na vida política, a igualdade de voto, o sufrágio universal, o controle do planejamento e o entendimento esclarecido. (BARREIROS NETO, 2019, p. 143-149)

A representação política é, sem dúvida, um pressuposto à construção da democracia em Estados nacionais contemporâneos, mas isso não afasta a contradição consistente no fato de se tratar de um governo do povo no qual o povo não participa ativamente no processo de tomada de decisões. Partindo dessa ideia é que Luís Felipe Miguel (2014) identifica três desafios à democracia contemporânea.

O primeiro desafio, próprio a qualquer modelo de democracia, é a relação entre os interesses individuais e setoriais e uma hipotética vontade coletiva. Em outras palavras, como equilibrar a livre expressão de interesses conflitantes e manter a necessária coesão social.

O segundo desafio para a democracia contemporânea seria a diferença de capacidade dos indivíduos inseridos no grupo social para compreender suas próprias necessidades e determinar suas preferências e interesses, de acordo com os recursos cognitivos de que dispõem e com a posição em que se encontram na sociedade. (MIGUEL, 2014)

O terceiro desafio decorre da possibilidade de manipulação da vontade coletiva pelo uso estratégico das normas de agregação de preferências. Estudos como o teorema da impossibilidade, de Kenneth Arrow, demonstram que qualquer decisão pode sofrer a influência das próprias regras que levam a ela. Como agravante, a existência de uma elite política apartada dos setores populares agrava o problema. O princípio da rotatividade do poder político – alternância entre governar e ser governado, o que é crucial para o arejamento da democracia – acaba por não se aplicar, em consequência da especialização funcional e burocratização do processo político, de forma que o grupo governante tende a exercer permanentemente o poder. Disso resulta uma considerável distância entre a massa da população e a elite política, um desafio ainda a ser enfrentado pelas ciências sociais aplicadas. (MIGUEL, 2014, p. 14-16)

Também Tilly (2013, p. 56-58), analisando as experiências democráticas e autoritárias em países europeus entre os séculos XIX e XX, chegou à conclusão de que as movimentações de distanciamento dos regimes em relação à democracia ocorrem rapidamente e mediante a elitização do processo político, com o consequente afastamento das massas da capacidade de acesso e influência nas esferas de participação. Em contrapartida, a movimentação dos Estados na direção da democracia é, em geral, lenta e maciçamente popular.

O Estado constitucional democrático brasileiro

A construção da democracia brasileira não ficou imune à tendência mundial e oscilou entre ondas democráticas e autoritárias, carregando em sua história diversas crises, tensões políticas, insurgências e rupturas.

Apesar da tendência liberal e até mesmo revolucionária da Assembleia Constituinte convocada, em 1822, antes mesmo da proclamação da independência, para a elaboração da primeira Constituição do Brasil, a imposição de um governo monárquico culminou na dissolução da Constituinte e na outorga da primeira Carta Magna do país, em 1824, tratando-se de uma Constituição Imperial, que estabeleceu um governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, prevendo 4 poderes: o Legislativo, o Judiciário, o Executivo e o Moderador, os últimos dois exercidos pelo Imperador.

A extensão do território brasileiro à época favorecia a autonomia e o fortalecimento de poderes locais, possibilitando o desenvolvimento de ideais descentralizadores, como a concepção de república e de democracia representativa – encorajados pelas constituições norte-americana, de 1787, e francesa, de 1791. O período imperial foi um momento de eclosão de revoltas populares, como a Balaiada, ocorrida entre 1838 e 1841, no Maranhão; a Cabanada, ocorrida entre 1832 e 1835, e que se estendeu de Pernambuco até o Pará; e a Sabinada, ocorrida entre 1837 e 1838, na Bahia. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 412-413)

Assim, a primeira constituição democrática brasileira foi promulgada em 1891, denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, trazendo em seu preâmbulo a proclamação de um regime livre e democrático. Ao art. 15, apresentou como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. Adotou como forma de governo a república federativa, sob o regime democrático, representativo, através do sistema de separação tripartite dos poderes. A soberania popular, no entanto, era exercida através do voto universal masculino, cuja maioria e capacidade eleitoral se atingia aos 21 anos, sendo excluídos, além da mulher, o mendigo, o analfabeto, os praças e os religiosos ordenados. A Constituição de 1891 foi notadamente marcada pela concepção de Estado liberal, protegendo os direitos civis e políticos, bem como prevendo expressamente o *habeas corpus*

como garantia à liberdade de locomoção, através de uma declaração de direitos estabelecida ao art. 72. (BRASIL, 1891)

A Constituição de 1934 adveio da ruptura com a ordem constitucional anterior – denominada a velha república – através de uma revolução nacional que culminou na assunção ao poder por Getúlio Vargas. Tal Constituição representou a consolidação do regime democrático, propondo-se a assegurar à nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, tratando pela primeira vez de direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, sob influência da Constituição de Weimar, da Alemanha de 1919, fundando, assim, o Estado brasileiro de bem-estar social. Ainda, foi a primeira Constituição a prever o voto universal feminino, já autorizado de forma restrita através de decreto presidencial em 1932. (TOSI, 2016)

Contudo, a tendência autoritária de Getúlio Vargas e a instabilidade política decorrente do conflito entre ideais liberais e comunistas resultaram na instauração, pelo então presidente da república, de uma ditadura: o Estado Novo. Foi, então, outorgada a Constituição de 1937, apelidada de “polaca”, por ter forte influência da constituição fascista polonesa, extirpando do texto constitucional o ideal democrático. O objetivo maior da Constituição de 1937, ao declarar estado de emergência sob alegada ameaça comunista, foi fortalecer o Poder Executivo, através da extinção dos partidos políticos, da forte influência no Poder Legislativo (art. 39) e de prerrogativas como a dissolução da Câmara dos Deputados (art. 75, “b”) e a revisão de decisões do Poder judiciário acerca da inconstitucionalidade de lei (art. 96, parágrafo único). (BRASIL, 1937)

A redemocratização se deu após o fim da 2ª Guerra Mundial, com a convocação de eleições presidenciais no Brasil em 1945, bem como com a promulgação da Constituição de 1946, de teor fortemente democrático e social, evidentemente baseada na Constituição de 1934. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 416-418) Em seu art. 1º, assegurou a forma federativa de Estado, o governo republicano e o sistema democrático

representativo, este confirmado sob a declaração solene de que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Em sua carta de direitos e garantias individuais, ao art. 141, garantiu o pluripartidarismo, porém, com proibição de partidos ou associações cujo programa contrariasse o regime democrático. (BRASIL, 1946)

O restabelecimento da democracia durou aproximadamente 18 anos, sendo dissolvida com o golpe militar de 1964, que depôs o presidente João Goulart em razão de seus projetos vanguardistas de reformas sociais. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 419-420) Foram editados uma série de Atos Institucionais regulando o governo de transição, e, em 1967, é promulgada pelo Congresso Nacional uma nova Carta Constitucional, que, embora mencionasse a proteção ao regime democrático em seus arts. 148, 149, 151 e 166, muito se parecia com a Constituição do Estado Novo de Getúlio Vargas, pois ampliou as prerrogativas do Poder Executivo ao argumento de resguardar a segurança nacional, bem como centralizou poderes na União. (BRASIL, 1967)

A aparência democrática durou pouco, pois em 1968 foi editado o Ato Institucional nº5, ampliando os poderes discricionários do Presidente da República, e culminou no fechamento do Congresso Nacional, bem como na Emenda Constitucional nº1/69, outorgada pela junta militar formada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, cujo caráter explicitamente repressivo a faz ser considerada, nos dias de hoje, como uma nova Constituição, pois verdadeiramente rompeu com a ordem constitucional anterior. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 421)

O movimento pela redemocratização do país se intensificou e alcançou resultados ao longo da década de 1980. Primeiramente com a eleição dos Governadores de Estado, em 1982, ocorrendo eleição direta para Presidente da República em 1985, saído vitorioso Tancredo Neves, o qual, porém, faleceu antes da posse, assumindo o cargo seu vice, José Sarney. Foi então convocada uma assembleia nacional constituinte através da Emenda Constitucional nº 26, de 1985, a qual foi

composta por deputados e senadores eleitos pelo povo em 1986. Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 421-422)

Direitos, deveres e garantias fundamentais garantidos pela Constituição Federal Brasileira

A Constituição da República Federativa do Brasil, de forte cunho social e democrático, declara, em seu art. 1º, constituir um Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Declara, ainda, que todo o poder emana do povo, que o exerce, seja através de representantes eleitos, seja de forma direta, nos termos da Constituição. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal de 1988 garantiu aos cidadãos, em seu art. 14, além do sufrágio universal, a possibilidade de participação direta no Estado por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis. Ainda, no art. 5º, LXXIII, previu a ação popular, legitimando o cidadão a pleitear judicialmente a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e aos direitos transindividuais. Também, no art. 29, determinou que haja a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, bem como previu a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município. No art. 225, impôs à coletividade, em conjunto com o Poder Público, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Devido ao trauma dos anos de repressão, a Constituição Federal de 1988 traz uma extensa declaração de direitos e garantias fundamentais no art. 5º da Constituição Federal, ressalvando a existência de outros direitos decorrentes dos princípios e regime por ela adotados, bem como de tratados internacionais firmados pelo país. Ainda, foram previstos remédios constitucionais para a proteção daqueles direitos,

como o direito de petição, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

Com isso, observa-se a adoção, pela Constituição de 1988, de um modelo de democracia cuja soberania popular é exercida de diversas formas, sendo a representação política apenas uma delas, ao que se denomina democracia participativa. O modelo participativo de democracia demanda uma maior atuação dos setores sociais na gestão do Estado, fazendo com que outros mecanismos de incremento da participação popular nas decisões do Estado sejam incorporados ao ordenamento jurídico.

No Poder Legislativo Federal foram instituídos portais de debate e consulta pública sobre temas em votação nas respectivas casas legislativas, quais sejam, portal e-democracia, da Câmara dos Deputados, e o portal e-cidadania, do Senado, visando fomentar a participação do cidadão em suas atividades legislativas, orçamentárias, fiscalizadoras e de representação, viabilizando a participação *on-line* do cidadão em audiências e consultas públicas, além da possibilidade de apoiar ou sugerir projetos de lei. (LENZA, 2016, p. 92-93)

No Poder Executivo, a tônica da participação popular reside na criação do orçamento participativo, implementado de forma experimental pelas cidades de Porto Alegre (RS) e Belo Horizonte (MG). (AVRITZER, 2002, p. 573) Quanto ao Poder Judiciário, vislumbrou-se uma crescente regulamentação, no ordenamento jurídico brasileiro, de métodos alternativos de solução de conflitos e até mesmo a disciplina dos negócios jurídicos processuais, tendo em vista a demanda por efetividade do direito de acesso à justiça. (SOUZA, 2011, p. 59-75)

É necessário registrar que a carta de direitos fundamentais da CF/88 abarca não somente os direitos civis e políticos, como também os direitos sociais, econômicos e culturais, seja porque estão formalmente incluídos no título II do diploma constitucional, seja pela importância de seu conteúdo, uma vez que tais direitos asseguram

ao povo brasileiro o mínimo existencial necessário a materializar sua dignidade humana. (SARLET, 2017, p. 383-384)

No art. 5º são assegurados direitos civis cruciais, como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à legalidade, à liberdade de locomoção, de pensamento e de consciência, sendo garantido, inclusive, a escusa de consciência em relação à obrigação a todos imposta, desde que realizada prestação alternativa fixada em lei.

Tais direitos civis são formalmente assegurados desde as primeiras constituições escritas, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, com forte traço individualista, são direitos do indivíduo perante o Estado – ou direitos de defesa – e representam a garantia de não intervenção do Estado à autonomia individual. Assim, os direitos individuais representam um comando de abstenção (direitos negativos) dos poderes públicos. (SARLET, 2017, p. 366)

Em seguida, no art. 6º, a CF/88 estabelece direitos sociais importantes, quais sejam, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Tais direitos trazem consigo uma dimensão positiva, pois agregam à pessoa humana, para além de suas liberdades, a prerrogativa de desfrutar do bem-estar social. Destarte, os direitos sociais asseguram ao indivíduo direitos prestacionais a serem demandados do Estado, significando um imperativo de igualdade. (SARLET, 2017, p. 367)

Por fim, é preciso esclarecer que o capítulo I do título II da Constituição Federal menciona não apenas direitos como também deveres fundamentais. Os deveres fundamentais decorrem dos direitos ali descritos, na medida que, ao ser conferida a titularidade dos direitos individuais ao sujeito, este recebe, em contrapartida, o dever de reconhecer e respeitar iguais direitos dos seus conviventes, bem como o dever de adotar uma postura democrática em suas relações sociais. A Constituição Federal requer, portanto, que os membros da sociedade

compreendam que a dignidade da pessoa humana do próximo e a sua própria possuem igual valor. (SILVA, 2014, p. 101)

A desobediência civil pacífica

A desobediência civil consiste, segundo John Rawls, em um ato público, não violento, consciente e político de contrariedade à lei com o objetivo de provocar uma mudança no ordenamento e nas políticas públicas adotadas pelo Estado e seu governo. Ela expressa uma desobediência dentro dos limites da fidelidade à lei, situando-se entre o protesto jurídico e a escusa de consciência.

A teoria da desobediência civil pacífica seria, então, aplicável apenas no contexto de uma sociedade bem-ordenada, e para aqueles cidadãos que não só reconhecem a legitimidade da constituição como a respeitam, sendo justamente em honra à Lei maior que desafiam normas inferiores. Ou seja, o instituto da desobediência civil pacífica pressupõe a vigência de um Estado Democrático de Direito e cidadãos conscientes de seus deveres fundamentais. Tais indivíduos sentiriam, entretanto, um dever moral de desobedecer a certas regras por uma questão de justiça maior. Trata-se, portanto, de um problema de deveres conflitantes. (RAWLS, 2000, p. 403-405)

Rawls justifica a desobediência civil sob a perspectiva de sua teoria da justiça, esclarecendo que, uma vez escolhidos os princípios que regerão a sociedade mediante o uso do véu da ignorância na posição original, nasce a obrigatoriedade em obedecer às regras que deles advenham, normas estas criadas através de um processo político igualitário. Contudo, uma vez verificadas situações de injustiça e falhando os meios legais para corrigi-las, bem como os apelos feitos de boa-fé à maioria política, aos indivíduos resta a opção da desobediência civil pacífica, sendo esta considerada o último ou o único recurso realmente eficaz diante de uma sociedade apática face a injustiças. (RAWLS, 2000, p. 411-418)

Quanto à aceitação da desobediência civil pelo sistema social, Rawls pondera que uma sociedade formada pelo consenso entre iguais é uma sociedade que se orienta pela busca da justiça e, sendo assim, negar aos seus pares a possibilidade de se contrapor a regras que contrariam os princípios adotados na posição original significa recusar a eles a justiça, ou seja, recusar-se a reconhecê-lo como igual ou manifestar uma disposição a explorar as contingências da fortuna e das casualidades naturais em seu próprio benefício. Nesses casos, a injustiça deliberada convidaria à resistência, pois o sentimento de justiça é visto como uma força política mais vital, podendo ser reconhecida desde as formas sutis de sua influência até em seu papel de tornar certas posições sociais indefensáveis. Se a desobediência civil justificada ameaçar a concórdia cívica, a responsabilidade não recairia sobre os que protestam, mas, sim, sobre aqueles cujo abuso de autoridade e poder levaram os infligidos a essa oposição. (RAWLS, 2000, p. 425-432)

No livro *A desobediência civil*, Henry David Thoreau realiza uma exortação à recusa ao pagamento de impostos, em protesto contra as políticas públicas adotadas pelo Estado norte-americano na primeira metade do século XIX, dentre elas, a escravidão e o financiamento de atividades da igreja. Impelido por um sentimento de inconformismo com as ingerências do Estado nas liberdades individuais, Thoreau se posiciona pelo não financiamento de tal programa através da recusa ao adimplemento da tributação por questões de convicção, conforme explica em seu manifesto. Fica claro no discurso do autor a defesa apaixonada do liberalismo individualista e do Estado mínimo. (THOREAU, 2007)

Como bem observou Rawls (2000), conquanto Thoreau tenha cunhado o termo desobediência civil, pensou nesta em um sentido genérico, tomando-a como qualquer desobediência à lei por razões de consciência, aproximando-a da objeção de consciência. Todavia, a desobediência civil evoluiu conceitualmente e hoje representa um apelo público, político e consciente a uma concepção de Justiça partilhada pela comunidade, resultando no descumprimento de uma

norma com fundamento numa questão jurídica de justiça. Já a escusa de consciência é a rejeição de um dever legal ou ordem administrativa, cujo fundamento não tem a ver com o senso de justiça da maioria, tampouco convicções da comunidade. Ademais, a objeção de consciência não é uma ação praticada publicamente, nem se baseia em princípios políticos, mas, sim, de ordem religiosa, moral ou de outra natureza. (THOREAU, 2007, p. 10-17)

Entretanto, o próprio Rawls é passível de crítica, considerando que delimita a legitimidade do recurso da desobediência civil aos direitos civis e políticos, relegando aos direitos sociais, econômicos e culturais a opção de terem suas injustiças corrigidas através do processo político, de forma mediata. Rawls argumenta que as liberdades públicas requerem garantias imediatas e seu descumprimento é facilmente verificável, enquanto os direitos de igualdade requerem análise aprofundada de seu cumprimento, uma vez que são garantidos de forma progressiva na sociedade. (RAWLS, 2000, p. 412-413)

Dessa forma, Rawls termina por esvaziar o direito de insurgência organizada de grupos vulnerados pelas desigualdades existentes, mesmo nas sociedades mais justas. Amartya Sen chama a atenção para o fato de que a concretização das liberdades civis numa sociedade real passa necessariamente pela capacidade de o indivíduo se autodeterminar nessa sociedade, o que implica em possibilitar ao sujeito não apenas bens primários, mas educação, saúde pública, transporte e demais direitos sociais garantidores da igualdade. (SEN, 2011, p. 196)

Hanna Arendt (1999) entendia que a desobediência civil, apesar de sua situação aparentemente contraditória dentro do sistema jurídico, consistiria no direito inerente ao cidadão de infringir uma lei para testar o ordenamento, desejando não romper com o sistema, mas mudá-lo para excluir regras injustas. Em verdade, a desobediência, quando procedida de forma pacífica e calculada, denotaria a confiança dos indivíduos no sistema jurídico como um todo, tanto que aquele

estaria disposto a sofrer as consequências legais para registrar sua mensagem de inconformismo.

Tratar-se-ia, então, de uma interferência de um grupo ou setor social no Estado a fim de provocar alteração no *status quo* através da infração sistemática a um diploma legal, porém, em defesa do espírito da lei. Desse modo, não se trataria de um rompimento com o contrato social horizontalmente firmado pelos indivíduos entre si, mas, antes, um “freio de arrumação” na ordem estatal. Ainda segundo Arendt, a esta prática se contraporía a simples objeção de consciência ou o protesto individual a fim de testar a constitucionalidade de uma regra. (ARENDR, 1999, p. 53-78)

Arendt partiu de uma análise das insurgências civis nos Estados Unidos frente ao enfraquecimento e à apatia das instituições democráticas, seja em face a práticas inconstitucionais na gestão do governo federal, como a guerra do Vietnã, a invasão ao Camboja, seja em face à legislação violadora de direitos civis vigentes nos estados, embora contrárias à legislação federal e à própria Constituição. Conclui que a desobediência civil está fundamentada, não no direito de consciência e à liberdade de expressão, mas, sim, no direito de reunião e de petição. (ARENDR, 1999, p. 74-75)

Aplicação histórica da desobediência civil no mundo

O próprio Thoreau foi preso, por um curto período, devido a sua recusa de adimplir com impostos que, segundo ele, financiavam um programa de governo com o qual discordava veementemente. Thoreau, que à época se encontrava há dois anos isolado na floresta, escreveu, em 1849, um manifesto em defesa da sua liberdade de romper com o contrato social e repudiar um Estado que não serve aos interesses dos cidadãos e os submete coercitivamente a promover e financiar ações que individualmente repudiam, como a escravidão e a guerra contra o México. (THOREAU, 2007, p. 14-19)

Inspirado na teoria de Thoreau, bem como nos ensinamentos religiosos do hinduísmo e jainista assimilados na infância, Mahatma Gandhi defendeu a doutrina da não-violência, denominada Satyagraha, ou firmeza da verdade, segundo a própria etimologia da palavra. Suplantando a dicotomia weberiana entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade, Gandhi toma como pressuposto o entendimento de que a verdade é Deus e, portanto, deve-se persistir em nome da verdade, propondo a resistência à dominação imperialista Inglesa na Índia através de manifestações públicas ou privadas – mas sempre pacíficas – de insurgência. São exemplos de tais procedimentos a greve de fome, o silêncio, o boicote, as marchas conjuntas e o uso do corpo como obstáculo humano inerte em protesto público a opressões e injustiças do governo britânico na Índia – como o projeto da Lei Rowlatt (1919), restringindo as liberdades individuais dos indianos – e na África do Sul. (MIGUEL, 2011)

Nos Estados Unidos, o Civil Rights Movement, liderado por Martin Luther King Jr., aplicou os ensinamentos de Thoreau e Gandhi, utilizando a desobediência civil pacífica para combater a discriminação institucionalizada contra a população negra. Desde Rosa Parks e a recusa a permanecer de pé em um ônibus vazio devido à reserva de assentos para cidadãos brancos, que resultou em sua prisão, o movimento negro norte-americano aprimorou o uso do protesto não violento através da recusa sistemática em obedecer a normas discriminatórias, em prol da efetiva cidadania e contra a marginalização socioeconômica da população negra. As ações afetas ao Civil Rights Movement eram, em geral, praticadas coletivamente, sempre de forma pública, consciente, pacífica e acompanhada de um discurso antirracista, contra a opressão e discriminação, em prol da igualdade. (CONSIGLIO FILHO, 2020, p. 9)

O traço comum nesses casos reais de exercício da desobediência civil é, sem dúvida, a justificação de seus atos através de uma lei suprema, maior do que o próprio Estado, porém que não ultrapassa os limites do contrato social firmado com seus pares. Não se trataria,

portanto, de um mero apelo moral forjado para comover um público responsivo a reivindicações razoáveis – com ares de chantagem política – mas, sim, do uso de ações pacíficas e públicas para convidar seus pares a sentir compaixão pelos desobedientes e pelos afligidos com a injustiça por eles denunciada, moldando o sentimento público, fomentando a criação de laços de amizade cívica e levando os demais setores sociais a raciocinarem a injustiça posta através da posição do outro. (CONSIGLIO FILHO, 2020, p. 41-43)

O argumento da desobediência civil pacífica no Brasil em tempos de pandemia da covid-19

Os impactos da pandemia do novo coronavírus, causador da COVID-19, começaram a ser sentidos no Brasil no início de 2020, quando, em 03 de fevereiro, o Ministério da Saúde expediu a Portaria nº 188/2020, declarando “emergência em saúde pública de importância nacional – ESPIN – em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus – 2019-nCoV”, (BRASIL, 2020b) considerando a declaração de emergência em saúde pública de importância internacional expedida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020. Foi criado um Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV), coordenado pela Vigilância Sanitária, como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional, competindo-lhe, entre outras medidas, planejar, organizar, coordenar e controlar as medidas de combate à covid-19, articular-se com os gestores estaduais, distritais e municipais do SUS e divulgar à população informações acerca do avanço da doença e medidas de combate no país. (BRASIL, 2020b)

Em seguida, foi publicada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), regulamentada pela portaria nº 356, de 11 de março de 2020 (BRASIL, 2020c), estabelecendo medidas para o

enfrentamento à pandemia, como, por exemplo, isolamento social para pessoas diagnosticadas com a doença, quarentena para os casos suspeitos – ambas pelo prazo de 14 dias e somente mediante prescrição médica ou de agente de vigilância epidemiológica –, além da possibilidade de realização compulsória de exames, vacinação e restrição do direito de entrar e sair do país por rodovias, portos ou aeroportos. Foi, ainda, declarado pela referida lei o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas afetadas pelas medidas de combate à covid-19, de modo que todas as restrições fossem respaldadas cientificamente e delimitadas ao mínimo tempo e espaço necessário.

Contudo, diante do rápido avanço da doença no mundo e no Brasil, e temendo o colapso do sistema de saúde público e privado, os governos estaduais e municipais, no exercício de suas competências constitucionais – respectivamente, art.24, XII, e arts. 23, II, e 30, I e II, da CF/88 –, expediram decretos dispondo sobre seus próprios pacotes de medidas de enfrentamento à covid-19. Tais diplomas agregaram outras ações de combate ao vírus, além das estabelecidas pelo governo federal, e mais rigorosas, com previsão de restrições à entrada e saída dos municípios e do trânsito dos transportes interestaduais, do fechamento de praias e áreas turísticas, e do uso compulsório de máscaras de proteção.

No âmbito do Estado da Bahia, dentre outros regulamentos, foram publicados o Decreto nº 19.529, de 16 de março de 2020, e decreto nº 19.549, de 18 de março de 2020, declarando Situação de Emergência em todo o território baiano, bem como estabelecendo providências temporárias para enfrentamento ao coronavírus. Constam entre as medidas adotadas: o isolamento domiciliar mandatório para as pessoas com quadro de covid-19 confirmado laboratorialmente ou por meio de quadro clínico-epidemiológico, não podendo sair do isolamento sem liberação explícita; em função dos casos confirmados de coronavírus nos Municípios de Salvador, Feira de Santana e Porto Seguro, a

suspensão de eventos e atividades com público superior a 50 pessoas, de atividades letivas nas unidades de ensino públicas e particulares, da abertura e funcionamento de zoológicos, museus, teatros e afins, e a suspensão do público nos jogos de campeonatos de futebol profissionais. (BAHIA, 2020a; 2020b)

No setor de transporte público coletivo, municipal, intermunicipal e interestadual, inicialmente foi determinado que as concessionárias, permissionárias e administradoras e as prestadoras de transporte escolar, público ou privado, ficariam obrigadas a proceder a limpeza das superfícies de contato direto com os usuários a cada desembarque e intensificar os procedimentos de limpeza e desinfecção nos terminais de transporte rodoviário, metroviário, portuário, hidroviário e aeroportuário. Contudo, a gestão estadual terminou por decretar a suspensão, com início em 20 de março de 2020, de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro, Prado, Lauro de Freitas, Simões Filho, Vera Cruz e Itaparica, e de ônibus interestaduais, no território do Estado da Bahia, além de suspender as operações de atracação de cruzeiros e outras embarcações de passageiros de grande porte. (BAHIA, 2020b)

Ainda, Salvador expediu o decreto nº 32.268, de 18 de março de 2020, declarando situação de emergência no município e definindo medidas complementares para o enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus. Com isso, suspendeu, desde 21 de março de 2020, o funcionamento do Mercado Modelo, do Elevador Lacerda, dos *Shopping Centers*, centros comerciais e correlatos, exceto clínicas, farmácias, laboratórios e demais estabelecimentos de saúde e supermercados em funcionamento naqueles centros. (SALVADOR, 2020a)

A União, contudo, entendeu que a medidas adotadas pelos Prefeitos e Governadores extrapolaram suas competências suplementares e, por meio da MP 926/2020, alterou a Lei nº 13.979/2020, estabelecendo

expressamente que somente o Poder Executivo federal teria competência para restringir a locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos ou aeroportos. O STF, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade – e ADI 6341 – proposta pelo Partido Democrático Brasileiro (PDT), decidiu que os governos estaduais e municipais podem adotar suas próprias medidas de combate ao coronavírus, considerando a proteção da saúde, cuja competência é comum dos entes federativos, na forma do art. 23, II, da CF/88. (STF, 2020)

Atualmente tais medidas restritivas se encontram em fase avançada de flexibilização, ante a queda dos números de contágio e morte desde o mês de julho de 2020. (SALVADOR, 2020b) Porém causou perplexidade às esferas de governo o fato de, não obstante a confirmação da constitucionalidade das medidas restritivas das liberdades individuais, estabelecidas pelas esferas estaduais e municipais em razão do enfrentamento à pandemia da covid-19, uma parcela da população, de todas as classes, gêneros, raças e ideologias, desafiam as normas de saúde pública, infringindo as leis e regulamentos que restringiam direitos como o de reunião, de culto e de locomoção, ainda que expedidos por uma razão de força maior e em proteção, também, da saúde destes. (VILLAR, 2020)

Tal situação leva inexoravelmente ao questionamento da viabilidade de invocação, pelos cidadãos insurgentes, de um direito à desobediência civil pacífica contra as normas de combate ao novo coronavírus emitidas pelas gestões estaduais e municipais que restrinjam severamente os direitos fundamentais de primeira dimensão daqueles.

Solução para o conflito aparente entre liberdades individuais e a saúde pública

O problema reside no alto grau de restrição de liberdades individuais, pelos estados e municípios, em proteção ao direito à saúde, de natureza

social, o que daria ensejo à rebelião, individual ou coletiva, de pessoas que se sentiram tolhidas em sua liberdade para além do que seria razoável.

Dirley da Cunha Jr. é categórico ao explicar que o grau de democracia de um país é mensurado pela amplitude do catálogo de direitos fundamentais assegurados no bloco de constitucionalidade, a efetividade dos mesmos e a possibilidade de sua confirmação em juízo. Conforme visto alhures, a Constituição Federal brasileira de 1988 aglutina um vasto catálogo de direitos e garantias fundamentais, não apenas em seus arts. 5º a 17, como ao logo de toda a carta. Considerando o comando do art. 5, §1º, da CF/88, de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, mesmo as normas programáticas possuem um mínimo de eficácia imediata, servindo como moldura axiológica delimitadora da atuação estatal, na delimitação das políticas públicas, na elaboração de normas e na interpretação de todo o ordenamento jurídico. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 447-448)

No art. 5º estão dispostos os direitos civis, direitos públicos subjetivos ou liberdades públicas, tratando-se de direitos de primeira geração ou dimensão, consistindo em direitos de defesa do homem contra a ingerência do Estado. São também conhecidos como direitos individuais, em referência à filosofia individualista da teoria liberal que fundamentou as primeiras declarações de direitos no século XVIII. Cuida-se do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança, à consciência, à crença e ao culto, à locomoção, à reunião, entre outros disciplinados naquele dispositivo. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 449)

Em acréscimo, nos arts. 6º a 11 – além daqueles assegurados ou minuciados a partir do art. 193, ao Título VIII Da Ordem Social – estão dispostos os direitos sociais, econômicos e culturais, ou direitos de segunda dimensão, traduzindo, direitos de igualdade. São direitos reconhecidos ao longo do século XX, principalmente no pós 2ª Guerra Mundial, com o advento do Estado de bem-estar social e a necessidade de promoção da justiça social através da garantia de sua promoção pelo

Estado. Desse modo, tais direitos implicam num dever prestacional estatal. Representam alguns desses direitos, a saúde, a educação, a moradia, o transporte, o lazer, a alimentação, a cultura e a comunicação social. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 491-492)

O direito à vida consta ao art. 5º, caput, da CF/88, e deve ser interpretado para além do seu sentido biológico da autoatividade funcional dos serem animados, pois alcança elementos materiais e imateriais – ou seja, físicos, psíquicos e espirituais. A vida cuida do direito de estar vivo, manter-se vivo, defender a própria vida, abarca a qualidade de vida e a vida digna, uma vez que a dignidade da pessoa humana é fundamento da república e orienta a hermenêutica de todo o ordenamento jurídico. Constitui, portanto, a fonte primária dos demais bens jurídicos. (SILVA, 2014, p. 201-203)

A liberdade tem caráter histórico, porque o conteúdo da liberdade amplia-se com a evolução da humanidade. O homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais. O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas. (SILVA, 2014, p. 233-234)

Cumpra-se asseverar que é com a democracia que a liberdade encontra real capacidade de se desenvolver, pois quanto mais a democracia é aprimorada em um determinado Estado, mais o indivíduo é munido de ferramentas para se libertar dos obstáculos que o constroem, expandindo sua liberdade. Num Estado Constitucional Democrático desenvolvido, o direito fundamental à liberdade passa a significar a liberação do homem de obstáculos de ordem natural, econômica, social e política.

Outrossim, a pós-modernidade evidenciou que o Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade, não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência. Numa democracia desenvolvida, autoridade e liberdade se ligam num processo dinâmico de liberação do homem de várias pressões e obstáculos

naturais, econômicos e sociais para o desenvolvimento de sua personalidade. Indo além, o Estado passa a se mostrar justamente como aliado na liberação dessas pressões, o que, naturalmente, supõe a ampliação de sua atividade e a intervenção em territórios sociais que antes permaneciam à sua margem, o que indubitavelmente também produz restrições a liberdades até então consideradas limites rígidos contra sua atuação. (SILVA, 2014, p. 235-237)

A igualdade é um traço fundamental da democracia, servindo ao repúdio e à correção de privilégios e distinções herdados de regime liberais. Segundo a lição de José Afonso da Silva (2014, p. 216):

Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio e classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

O princípio da igualdade não pode ser entendido num sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre os diversos setores sociais. Quando o art. 5º, caput, da CF/88 declara que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, deve-se buscar não somente a igualdade formal, como, principalmente, a igualdade material. O Estado Constitucional Democrático, guiado pela dignidade da pessoa humana, busca a concretização, a materialização da igualdade perante os bens da vida, de modo que o ordenamento somente admitirá desigualdades estabelecidas pelo próprio constituinte, cuja finalidade é “desigualar para igualar”.

Pedro Lenza (2016, p. 1072-1073) cita Celso Antônio Bandeira de Mello e seus parâmetros sólidos para verificação da igualdade material, através de três etapas: a) o elemento tomado como fator de desigualação; b) a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento

jurídico diversificado; e c) a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e juridicizados.

O direito igual à vida de todos os seres humanos comporta duas vertentes: uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de qualquer ato prejudicial à saúde, e outra, de natureza positiva, importando no direito às medidas e prestações estatais visando a prevenção e o tratamento de doenças, um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica.

Além de previsto ao art. 6º, preveem os arts. 196 e 197 da CF/88 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ainda ressaltam a relevância pública das ações e serviços de saúde, competindo ao Poder Público a tarefa de regulamentar, fiscalizar e controlar tais ações. (BRASIL, 1988)

Tratando-se de princípios que convivem num mesmo diploma constitucional, o aparente conflito surgido com a advento da pandemia de covid-19, entre as liberdades individuais e os imperativos de saúde pública, sucumbe mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, delimitada por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais. Tal teoria expõe que as colisões entre princípios devem ser solucionadas através da ponderação, estabelecendo uma relação de precedência de um princípio em face do outro, sob determinadas condições. (ALEXY, 2011, p. 93)

Isso, porque os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas no caso concreto. A regra da proporcionalidade realiza a relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma principiológica de direito fundamental colide com outra que, no momento, lhe é antagônica, a possibilidade jurídica para a realização daquela norma dependerá

do conteúdo desse princípio antagônico. A decisão sobre o grau de aplicação de cada um será fruto do sopesamento. (ALEXY, 2011, p. 117)

São etapas da regra da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – ou sopesamento. Tal modelo de sopesamento satisfaz exigências de consideração das relações fáticas, das regularidades empíricas e de uma detalhada dogmática dos direitos fundamentais específicos, facilitando sobremaneira a análise do âmbito da norma. (ALEXY, 2011, p. 131-175)

Passa-se a aplicar a referida regra à situação-problema apresentada, qual seja, a restrição severa às liberdades individuais durante a vigência das medidas de combate ao coronavírus.

Primeiramente, por tudo quanto exposto no presente estudo, mostra-se adequada a adoção de medidas extremadas de proteção à vida e à saúde pelas diversas esferas de governo, considerando o contexto da pandemia mundial de covid-19, bem como o dever dos representantes do Estado de prover a saúde da população, tratando-se de um direito fundamental de natureza positiva, prestacional, exigindo uma ação efetiva da qual os governantes não podem se furtar. A promoção da saúde, nesse caso, fez-se através da prevenção da contaminação generalizada da população por uma doença infectocontagiosa desconhecida, o que requereu ação rápida e enérgica dos governantes.

Também foi necessário que tais medidas fossem extremas, ante ao alcance da crise de saúde mundial vivenciada, pois trata-se de uma doença desconhecida, altamente contagiosa e apresentando alta letalidade, visto que, em novembro de 2020, só o Brasil já contabiliza mais de 165.000 mortes, enquanto o mundo inteiro sofreu a perda de mais de 1.316.000 pessoas. (BRASIL, 2020)

Por fim, tais medidas também resultam proporcionais, pois as restrições a liberdades individuais – como locomoção, reunião, culto – tiveram seu grau mais elevado durante a fase aguda da pandemia, com o objetivo específico de evitar um pico de contaminação e o conseqüente colapso dos sistemas público e privado de saúde. Ou seja, as restrições

foram pensadas para viabilizar a gestão da crise. Em contrapartida, a medida em que os números de contaminação e internamento passaram a cair, as autoridades iniciaram o protocolo de flexibilização das medidas de contensão, organizada e paulatinamente.

Conclusão

Toda a análise da evolução do significado da democracia e sua concepção no Estado Constitucional Democrático brasileiro serviu ao propósito de explicitar a qualidade da participação cidadã na construção do Estado, bem como a forma como se construiu a previsão dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal, a qual possui alta carga principiológica, propiciando a realização da justiça social.

Tal cenário é favorável ao desenvolvimento da tese da desobediência civil pacífica como forma de insurgência contra normas perpetradoras de injustiças contra segmento da população, quando o aparelho estatal e as demais vias civis e políticas se mostrem inertes ou incapazes de solucionar tempestivamente a crise. Ressalta-se que a desobediência civil pressupõe a fé no sistema de valores adotados pela sociedade, não desejando romper o contrato social, mas apenas provocar a evolução das normas decorrentes daquele acordo.

Contudo, no caso concreto da restrição de liberdades individuais face à pandemia do novo coronavírus, que assolou o mundo inteiro, o inconveniente de ter os direitos civis tolhidos em maior ou menor medida durante o ano de 2020 não justifica o protesto através da desobediência civil pacífica. A análise na concepção atual dos princípios conflitantes e a aplicação da regra da proporcionalidade esclarecem indubitavelmente que as medidas extremas adotadas pelos governos estaduais e municipais foram justificáveis e transitórias, não importando em arbitrariedade ou injustiça.

Ademais, o que se vislumbrou do caso foi o simples desrespeito das normas restritivas de saúde pública, por grupos variados de indivíduos, porém, por motivos particulares, sem a intenção de provocar uma discussão pública ou a revisão da legislação. Destarte, as infrações foram despidas do caráter público, consciente e organizado, que é próprio das ações de desobediência civil pacífica.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. Desobediência civil. *Crises da república*, 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 53-78.

AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 573-575.

BAHIA. *Decreto nº 19.529 de 16 de março de 2020*. Palácio do Governo do Estado da Bahia. Publicado em 17 de março de 2020a. Disponível em: <http://www.casacivil.ba.gov.br/arquivos/File/dec19529DE16DEMARCODE2020.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BAHIA. *Decreto nº 19.549 de 18 de março de 2020*. Palácio do Governo do Estado da Bahia. Publicado em 19 de março de 2020b. Disponível em: <http://www.casacivil.ba.gov.br/arquivos/File/Dec19549.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BARREIROS NETO, Jaime. *Teorias da democracia*. Salvador: JusPodivm; Faculdade Baiana de Direito, 2019.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. 2020. *Boletim epidemiológico COVID-19*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/novembro/13/>

boletim_epidemiologico_covid_38_final_compressed.pdf/. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1891. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1937. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. 1946. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 jun. 2019. BRASIL.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Presidência da República, Publicada em 07 de fevereiro de 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. Ministério da Saúde. Publicada em 04 de fevereiro de 2020b. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020*. Ministério da Saúde. Publicada em 12 de março de 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CABRAL NETO, Antônio. Democracia: velhas e novas controvérsias. *Estudos de Psicologia*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 287-312, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v2n2/a05v02n2.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo. n.28-29, abr. 1993. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CONSIGLIO FILHO, Edison. Martin Luther King Jr. e a desobediência civil como um apelo às emoções políticas do público. *Dissonância: Revista de Teoria Crítica*, AOP (Advance Online Publication), p. 1-45, maio 2020. Publicado em 18 de maio de 2020. Acesso em: 14 nov. 2020.

CUNHA JR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2015.

HUNTINGTON, Samuel. *A terceira onda: a democratização no final do século XX*. São Paulo: Ática, 1994.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

MIGUEL, Sinuê Neckel. Gandhi e a verdade: reflexões entre autobiografia e história. *Aedos*, n. 8, v. 3, p. 87-110, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275637492_Gandhi_e_a_verdade_reflexoes_entre_autobiografia_e_historia. Acesso em: 14 nov. 2020.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SALVADOR. *Decreto nº 32.268 de 18 de março de 2020*. Gabinete do Prefeito Municipal de Salvador. Publicado em 19 de março de 2020a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/ba/s/salvador/decreto/2020/3226/32268/decreto-n-32268-2020-declara-situacao-de-emergencia-no-municipio-de-salvador-e-define-outras-medidas-para-o-enfrentamento-da-pandemia-decorrente-do-coronavirus>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SALVADOR. *Decreto nº 32.589 de 18 de julho de 2020*. Estabelece protocolos setoriais para realização de atividades. Publicado em 18 de julho de 2020b. Disponível em: <http://www.informe.salvador.ba.gov.br/coronavirus/images/decretos/DECRETO32.589.2020.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. *Portal STF Jus*, 15 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>. Acesso em: 14 nov. 2020.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2007.

TILLY, Charles. *Democracia*. Petrópolis: Vozes, 2013.

TOSI, Marcela. Mulheres e Democracia. N. 2. *Politize!*, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

VILLAR, Marcela. ACM Neto anuncia interdição de praias após desrespeito a decreto. *Jornal correio 24 horas*, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/acm-neto-anuncia-interdicao-de-praias-apos-desrespeito-a-decreto/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SOBRE OS AUTORES

Aline Santana Alves

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direito da Comunicação Social pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Universidade de Coimbra. Bacharela em Direito pela UFBA. Licenciada em Direito pela Universidade de Coimbra. Bacharela em Comunicação Social, com habilitação em Publicidade e Propaganda, pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

Amanda Gonçalves Prado Quaresma

Mestranda em Direito Penal e Liberdades Públicas, na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa “Feminismos e Processo Penal”, vinculado ao Instituto Baiano de Processo Penal (IBADPP). Advogada Monitora do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia (PPE/BA) no Conjunto Penal Feminino. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6182-4092>

André Gomes Pereira

Mestrando em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especializado em Direito Militar pela Universidade do Sul de Minas (UNIS), Direito Constitucional (CERS), Major do Exército formado pela Academia Militar das Agulhas Negras.

Antonina Gallotti Lima Leão

Graduada, especialista e Mestre em Direito. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora e Professora da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho e da Fanese.

Armenio Alberto Rodrigues da Roda

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado pela Universidade Zambeze (UNIZAMBEZE), Moçambique. Autor do livro *A dimensão global do tráfico humano*.

Caio Oliveira dos Santos

Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Advogado.

Camila Miranda Sousa Race

Mestranda do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Advogada.

Christianne Moreira Moraes Gurgel

Advogada trabalhista. Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito do Trabalho e Direitos Humanos. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Diretora da Escola Josaphat Marinho (IAB). Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados da Bahia. Vice-Presidente da Comissão de Direitos Sociais da OAB- Ba.

Dheborá Mendonça de Cerqueira

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (Aracaju/SE). Graduada em Direito pela UFS. Professora da Graduação em Direito da Faculdade Pio Décimo (Aracaju/SE) e da Faculdade Sergipana (Aracaju/SE). Advogada.

Dirley da Cunha Júnior

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Associado da UFBA.

Professor Titular da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Professor Adjunto da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

Fernanda Rêgo Oliveira Dias

Mestranda em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada.

Flávvyva Wanessa Abreu Marques

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e em Pedagogia pela Universidade Estadual da Bahia (UNEB). Pós-Graduada em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA, em Direito e Processo do Trabalho pela *Juspodivm* e em Educação Infantil com Mídias interativas pela Universidade Estadual da Bahia. Aluna do Mestrado da UFBA. Assessora Jurídica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

Helenilson Santos Bispo

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Administração pela UFBA. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (Delegacia de Julgamento em Salvador/BA).

João Hora Neto

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Juiz de Direito do Estado de Sergipe. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT).

Juliana Nascimento da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Bahia (UEFS). Especialização em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada.

Laura Lucia da Silva Amorim

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) – DINTER. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA/AR. Mestre em Direito pela UCS/RS. Especialista em Mediação e Arbitragem. Professora de Direito da Faculdade Pio Décimo em Aracaju/SE.

Maria Beatriz Aragão Santos

Bacharela em Direito e advogada. Realiza pesquisas sobre Constelação Sistêmica. Tem interesse nas áreas penal, processual penal e direito da criança e do adolescente.

Moacir Silva do Nascimento Júnior

Doutorando do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), área de concentração Jurisdição Constitucional e Novos Direitos, modalidade interinstitucional. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (Unit). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio São Francisco (UniRios). Promotor de Justiça no Estado da Bahia. Coordenador da Comissão de Crimes Cibernéticos do Fórum Nacional dos Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência - Proinfância.

Patrícia de Menezes Brandão

Advogada, graduada pela Faculdade Ruy Barbosa (FRB). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador (Unifacs). Máster em Estudios em Derechos Sociales para los Magistrados del Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/

Espanha. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Vanessa Santana de Jesus Souza

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional e em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA. Advogada. Conciliadora no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.



Formato: 17 x 24 cm

Fontes: Aribau Grotesk, Merriweather

Extensão digital: PDF

Dirley da Cunha Júnior

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia, onde leciona nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Titular da Universidade Católica do Salvador (nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado). Professor Adjunto da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia.



A **Série Professor Edvaldo Brito** é composta por obras organizadas por professores do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) e conta com a contribuição de artigos de seus docentes, discentes e egressos. Egresso do PPGD, integrante do seu corpo docente há mais de 40 anos e seu ex-coordenador, Edvaldo Brito foi professor de boa parte dos organizadores dos volumes da coleção. A história do PPGD/UFBA está tão entrelaçada com a trajetória acadêmica do professor Edvaldo Brito que uma amostra representativa da produção intelectual deste programa não poderia deixar de portar o nome de tamanha referência no desenvolvimento de altos estudos nos âmbitos do Direito Tributário, do Direito Constitucional e do Direito Civil.

Ricardo Maurício Freire Soares
Coordenador PPGD/UFBA 2021

Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel
Coordenador PPGD/UFBA 2021-2023