

Elisangela Marli Zakszeski
(Org.)

AS
DIVERSAS
FACES
DOS
DIREITOS
FUNDAMENTAIS
E DA
DEMOCRACIA





Autores que contribuiram nesta obra:

André Luis Bortolini	Juliana Bianchini
Adriano Delfino Moreira	Jonathan Santos
Aletya Dahana Rollwagen	Nathan de Freitas Fernandes
Camila Salvatti	Ricardo José Feiten
Élder Teodorovicz	Rodrigo Barzotto Pereira de Souza
Elaine Kristina Krinski Silveira Gliese	Sabrina Bittey Cavallari de Carvalho
Elisangela Marli Zakszeski	Tairini Passarini
Elvis Jakson Melnisk	Tatiane Wegrnen



As diversas faces dos Direitos Fundamentais e da Democracia

As diversas faces dos Direitos Fundamentais e da Democracia

Organizadora:
Elisangela Marli Zakszeski



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ZAKSZESKI, Elisangela Marli (Org.)

As diversas faces dos Direitos Fundamentais e da Democracia [recurso eletrônico] / Elisangela Marli Zakszeski (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

551 p.

ISBN - 978-65-87340-36-4

DOI - 10.22350/9786587340364

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Fundamentais; 2. Democracia; 3. Coletânea; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

1.....	11
Desenvolvimento enquanto liberdade segundo Amartya Sen como marco para afirmações de igualdade às mulheres por meio de Políticas Públicas	
Camila Salvatti	
2	37
Argentina, Brasil e Chile: feminismo latino-americano como reflexo da sociedade civil além do Estado Nação	
Juliana Bianchini	
3	61
O acesso à justiça no Estado Constitucional Cooperativo	
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza	
4	89
O ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho de acordo com a ideia de justiça como equidade e a efetivação de direitos	
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza	
5	118
Análise da colisão entre os Direitos Fundamentais: liberdade de imprensa versus direitos à imagem, à honra, à intimidade no caso “Mostro da mamadeira”	
Adriano Delfino Moreira	
6	142
O método APAC como modelo alternativo para o cumprimento da pena privativa de liberdade	
Adriano Delfino Moreira	
Suelen Dondé	
7	171
A inclusão das pessoas com deficiência sob a perspectiva das teorias de justiça	
Aletya Dahana Rollwagen	

8	188
Capacidade e autonomia: os direitos das pessoas com deficiência sob a perspectiva dworkiana dos direitos como trunfos	
Aletya Dahana Rollwagen	
9	208
Direito à saúde: mecanismos constitucionais de efetivação dos Direitos Fundamentais sociais	
Elaine Kristina Krinski Silveira Gliese	
10.....	223
Democracia deliberativa: uma sugestão ao modelo democrático atual do Brasil	
Elaine Kristina Krinski Silveira Gliese	
11	241
Atuação judicial contramajoritária, entre a judicialização da política e o ativismo judicial: fundamentos de legitimação da decisão judicial adequada	
Nathan de Freitas Fernandes	
12.....	264
O fomento como instrumento de efetivação de interesses sociais e o princípio da socialidade: uma análise do compromisso da sociedade civil para com o desenvolvimento social	
Nathan de Freitas Fernandes	
13.....	285
O feriado da consciência negra: análise de caso sob o viés de Peter Häberle	
Élder Teodorovicz	
14.....	304
Controle de Convencionalidade: uma análise do instituto sob a perspectiva Democrática	
Élder Teodorovicz	
15.....	325
Poder contramajoritário como fundamento do constitucionalismo do estado social	
Elvis Jakson Melnisk	
16.....	342
Doação de órgãos presumida: uma abordagem comunitarista	
Ricardo José Feiten	
17.....	363
O argumento consequentialista nas decisões do poder judiciário brasileiro	
Ricardo José Feiten	

18.....	382
Violações de direitos humanos em ações militares e a limitação de competência da jurisdição militar	
André Luís Bortolini	
19.....	411
O papel do ministério público como empreendedor de políticas públicas: uma atuação legítima?	
Jonathan Douglas dos Santos	
20.....	433
A jurisdição nas favelas brasileiras: formas de manifestação de um pluralismo jurídico?	
Jonathan Douglas dos Santos	
21.....	462
Primeira tentação de Cristo e a colisão de Direitos Fundamentais de liberdade religiosa e de expressão	
Elisângela Marli Zakszeski	
22.....	481
O acesso à informação como meio de expansão das capacidades	
Sabrina Bittheyy Cavalari de Carvalho	
23.....	501
Poder de polícia e a proibição da eutanásia no Brasil	
Tairini Passarini	
24.....	514
A pluralidade do conceito de moral acentuada pelo pós-moderno	
Tairini Passarini	
25.....	533
Pressupostos da participação popular no processo democrático: uma justificativa com fundamento em Amartya Sen	
Tatiane Wegrnen	
Breve currículos autores.....	549

Desenvolvimento enquanto liberdade segundo Amartya Sen como marco para afirmações de igualdade às mulheres por meio de Políticas Públicas

Camila Salvatti

1. Introdução

As construções sociais, historicamente, estão marcadas por conjunturas de centralidade do masculino como dominante, isto é, da presença sempre presente nas relações sociais de assimetrias vivenciadas pelas mulheres, o que provoca redução de suas potencialidades. Diante deste cenário, políticas públicas podem surgir como mecanismos para a construção de caminhos que visem à transformação desta problemática. Ademais, o desenvolvimento como liberdade, atrelado às políticas públicas, para muito além do caráter econômico, pode ser apresentado como potência para as liberdades dos indivíduos - das mulheres, enquanto caminho de possibilidades de alternativas para realização de objetivos que valorizam em suas vidas.

Desta forma, ainda hoje, a posição das mulheres pode ser compreendida como posição periférica dos indivíduos nas relações sociais, razão da busca pela compreensão desta conjuntura a partir dos conceitos trabalhados e desenvolvidos por Amartya Sen, especificamente no tocante a relação entre liberdade e capacidade, atreladas ao desenvolvimento como liberdade enquanto elemento de potência para promover afirmações de

igualdade visando o alcance da expansão de liberdades basilares ao desenvolvimento das mulheres.

De modo geral, a ligação entre liberdade e capacidade¹ pode ser compreendida como as possibilidades de alternativas combinativas de funcionamentos (ações baseadas em avaliação racional) a fim de melhorar as escolhas dos indivíduos na realização de aspectos da vida que racionalmente valoriza, considerando para tanto os processos – condições contextuais presentes no momento das escolhas. Assim, somado aos aportes de Amartya Sen, surge como desejo a correlação com as políticas públicas enquanto processos que buscam uma nova perspectiva de afirmação da vivência humana.

O problema de pesquisa central está relacionado à compreensão da estruturação das relações sociais que privam as mulheres de possibilidades de alternativas para o desenvolvimento de desejos que valorizam. Desta forma, surge a seguinte questão: como compreender as políticas públicas e sua relação com as experiências das mulheres em sociedade com base nos conceitos de liberdade, desenvolvimento e capacidade a partir do pensamento de Amartya Sen?

Portanto, o presente artigo possui como objetivo relacionar os aportes acerca das políticas públicas às vivências das mulheres nas relações sociais, visando o surgimento de políticas públicas alicerçadas no desenvolvimento como liberdade.

Ademais, para alcançar os caminhos vislumbrados pela pesquisa, como teoria de base e abordagem, filiou-se a perspectiva crítica, efetuando para isso conjecturas e teorias a respeito da temática. O método de pesquisa utilizado é método bibliográfico com o emprego de análise bibliográfica e documental de materiais doutrinários.

Assim, o presente escrito estará estruturado em três grandes títulos, sendo que o primeiro título é “Compreensão inicial acerca das políticas públicas e a sistemática de formulação destas” que visa, como abordagem,

¹ “A perspectiva da capacidade humana, por sua vez, concentrasse no potencial - a liberdade substantiva - das pessoas para levar a vida que elas tem razão para valorizar e para melhorar as escolhas reais que elas possuem”. (SEN, 2010, p. 373)

um estudo teórico acerca do que são políticas públicas e como ocorre o caminho de formulação destas.

Na sequência, o segundo título “A análise teórica da posição da mulher enquanto inferiorizada a partir das construções sociais masculinas dominantes e a existência de políticas públicas enquanto desdobramento das vivências sociais”, possui como abordagem a análise teórica das relações sociais construídas historicamente, a partir de autores que teorizam de forma crítica tais relações de inferiorização da mulher, com a demonstração, na sequência, de alguns exemplos de políticas públicas já existentes, em âmbito internacional e nacional, que visam assegurar possibilidades de alternativas vivenciais.

Por fim, o terceiro título “Os conceitos centrais de liberdade, desenvolvimento e capacidade a partir do pensamento de Amartya Sen e a formulação de políticas públicas voltadas às mulheres”, possui como abordagem a compreensão dos conceitos referidos – capacidade (presença de possibilidades de alternativas para avaliação de realização ou não de desejos com alguma razão para serem valorizados), liberdades (aspectos criadores de condição para o desenvolvimento), desenvolvimento (presença de liberdades), a fim de estabelecer conexões entre ambas as construções teóricas desenvolvidas anteriormente, na tentativa de relacionar os aportes acerca das políticas públicas com as vivências das mulheres nas relações sociais para a construção alicerçada de compreensão pautada no desenvolvimento como liberdade, isto é, na expansão das liberdades e na presença de políticas públicas com fins de promoção de afirmações de igualdade para as mulheres.

2. Compreensão inicial sobre políticas públicas e a sistemática de formulação destas

Neste primeiro momento, parte-se da compreensão de base do que pode ser considerado como política pública, passando por algumas nuances da temática, bem como acerca da sistemática de formulação destas

políticas públicas, considerando, especificamente, etapas estabelecidas doutrinariamente, a fim de viabilizar a continuidade do presente escrito nos próximos títulos.

Assim, com base em Bitencourt (2012, p. 14-17), as políticas públicas envolvem decisões que se referem a competências que estão destinadas para a esfera política, isto é, esfera do Legislador e do Administrador, contudo o conteúdo decisório é eminentemente jurídico, sendo políticas públicas as consequências práticas das escolhas, havendo a necessidade de durante o processo de desenvolvimento das políticas públicas, atentar-se para os limites das possibilidades de intervenção judicial.

Nesse sentido, quando da formulação das políticas públicas, estas implicam em uma gama de escolhas para o Legislador e também para o Administrador, o que gera consequentemente exclusões das alternativas não escolhidas, provocando restringibilidade frente a alguns conteúdos, isto é, tratando-se de Direitos Fundamentais e sua relação com políticas públicas, alguns destes tem menor abrangência, em cada espectro temporal (passado, presente e futuro) e social, frente às escolhas estabelecidas. (BITENCOURT, 2012, p. 26-30).

Ademais, cumpre observar que as políticas públicas carregam em si tanto o político, quanto o jurídico, razão pela qual se pode dizer que as políticas públicas representam um meio, não o único, de realização de direitos sociais, mas não apenas destes, também de outros direitos. A interface entre o jurídico e o político é realizada pela Constituição. (BITENCOURT, 2012, p.26-29).

Considerando a Constituição como interface entre o jurídico e o político, bem como os caminhos de escolhas pelo agente legitimado, observa-se que a interpretação adequada do texto Constitucional serve como guia para as políticas públicas, apresentando dimensão política, bem como o ordenamento jurídico representa, justamente, as condições de possibilidade e limitação frente a interpretação da Constituição, isto é, frente as conformações sociais, as políticas públicas podem representar, com base na Constituição, a condição de possibilidade para a conexão entre o social

e o jurídico, visto que o texto constitucional carrega em si a expressão de direitos. (BITENCOURT, 2012, p. 28-29).

Isto é, as políticas públicas derivam da observação do sistema jurídico somado com os dados da sociedade, sendo em si mesma um novo dado da sociedade – o entrelaçar do jurídico com o político pela atuação da sociedade sobre ela mesma. Assim, tratam-se de formulações que cuidam da compreensão e ordenação do presente para o trilhar do futuro desejado. (BITENCOURT, 2012, p. 34-36)

Segundo Valle (2016, p. 76-77), a constitucionalização e a atuação conforme a Constituição em relação às políticas públicas como instrumento do agir estatal representa o centro de ação do Estado, uma vez que as ações planejadas enquanto instrumentos de enunciação de políticas públicas devem estar completamente atreladas ao texto constitucional a fim de abranger o caráter pluralista da sociedade, isto é, deve-se haver, quando se trata de políticas públicas, a observação das ações estatais somadas a articulação participativa da sociedade – articulação de atores para a ação pública. (VALLE, 2016, p. 64)

Percebe-se que a definição de políticas públicas é aberta, sendo que Bitencourt (2012, p. 37) as estabelece como

um conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias dimensões básicas da vida de uma população, devendo ser organizadas em uma determinada área de implementação, numa busca concretizada pelo procedimento explicitando diretrizes e objetivos numa sucessão de atos que se desenvolvem na busca de um fim determinado, posto.

Ou seja, a fim de atingir, por meio das políticas públicas, objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, o Estado coordena seus instrumentos, a fim de harmonizar as atividades estatais e privadas. Trata-se, portanto, da organização das ações no tempo enquanto respostas contingentes da situação do país, por meio de construções comunicativas do maior número de atores (não somente o Estado e nem de modo unilateral, apesar de ser o titular da ação), construções comunicativas estas que representam o ideal da formulação das políticas públicas. Assim, as

políticas públicas não são aportes de instantaneidade, mas sim de realização no transcurso do tempo, relação de continuidade e descontinuidade. (BITENCOURT, 2012, p. 37-40). Ademais, a sociedade deve representar força participativa dos objetivos, metas e diretrizes a serem atingidos. (BITENCOURT, 2012, p. 57-59)

Adiante, as políticas públicas ocorrem em ciclos, isto é, são compostas de fases de decisões, vislumbradas e tomadas especificamente pelo Poder Legislativo (ação primária com inúmeras alternativas de escolhas com base no texto constitucional como ponto de partida) e pelo Poder Executivo (de forma geral, alternativas delineadas pela lei), que compõe sua estruturação final, sempre pautada no texto constitucional e nas ações comunicativas democráticas. (BITENCOURT, 2012, p. 212-219)

A escolha da política pública ocorre frente às várias demandas sociais existentes, cuja adoção da política pública é determinada pelo Poder Legislativo (considerando o texto constitucional e as demais legislações) e idealizada pelo Poder Executivo, processo permeado pela formação e debate das opiniões públicas, como discursos que se autorreferenciam tanto como meio, quanto como fim. Assim, são decisões organizadas para alcançar fins e desenvolver ações estatais como busca de atendimento das demandas sociais. (BITENCOURT, 2012, p. 234-239)

Em relação ao ciclo das políticas públicas, de acordo com Valle (2016, p. 39-41), cabe destaque, ainda que breve, acerca de cada momento. Assim, quanto ao (1) reconhecimento do problema, representa a observação de um dado fático, que se apresenta como em busca de atuação estatal, e de um dado analítico, enquanto contingência de situações fáticas e estabelecimento do tema de efetiva discussão (VALLE, 2016, p. 39-40).

Em relação à (2) formação de agenda, há a vinculação entre atores não apenas estatais que estabelecem que determinada questão será contemplada para tratamento enquanto agenda governamental – priorização de um aspecto observado para tratamento (VALLE, 2016, p. 40). No que diz respeito a (3) formação de alternativas para políticas públicas, representa a observância de métricas para exploração das alternativas para a

formulação de políticas públicas frente à questão estabelecida (VALLE, 2016, p. 40).

Ainda, a (4) escolha ou tomada de decisão da política pública a ser implementada é a adoção de uma linha a partir da escolha realizada frente às alternativas anteriormente avaliadas, a fim de trilhar o melhor caminho para o desenvolvimento da alternativa adotada – formalização da intenção da política pública. (VALLE, 2016, p. 40-41).

Em relação a (5) implementação da política pública, representa o momento de concretização do inicialmente avaliado e escolhido enquanto momento de ação – transformação das intenções em ações (VALLE, 2016, p. 41). Quanto a (6) análise e avaliação da política pública implementada, diz respeito ao diagnóstico dos resultados (ex: avaliação de impacto, avaliação de eficiência, avaliação de eficácia, avaliação de produtividade), isto é, momento de (re)legitimação ou não da política pública frente as práticas exitosas e não exitosas para o aprimoramento da condução das ações futuras. (VALLE, 2016, p. 41).

Outrossim, Torres (2019, p. 62-63) ao citar Leonardo Sechi, apresenta também a etapa de extinção da política pública diante de três situações, quais sejam: 1) diante da solução do problema; 2) no momento que identificada como ineficaz e 3) em razão da retirada da questão como prioridade, saindo da agenda pública.

Valle (2016, p. 43) destaca que a linearidade das etapas, apesar de criticada, é relevante para compreensão enquanto processo de desenvolvimento, ainda que por diversos momentos os caminhos avancem e retornem, frente a complexidade do estabelecimento de políticas públicas, ainda mais considerando a pluralidade da sociedade atual, o que implica em maior atenção especificamente no tocante a formação de agenda (diversos grupos sociais com múltiplos olhares e perspectivas de alternativas a serem contempladas).

Assim, os fluxos de políticas públicas já existentes e de políticas públicas a serem estabelecidas representam crescimento do capital de conhecimento, a fim de, mais adequadamente, estabelecerem-se

progressividades e graduação para o alcance dos objetivos públicos, enquanto perspectiva dinâmica (VALLE, 2016, p. 43-44). As políticas públicas têm, portanto, íntima e necessária relação com o tempo, para sua situação e adequação em si mesmas, sob pena de ser vazia se não temporalizada do seu início ao seu fim, possuindo cada política pública, diante de seu espectro de aplicabilidade, um ritmo de funcionamento em cada ponto de desenvolvimento – Policronia (VALLE, 2016, 47-49).

Deste modo, diante da identificação do ciclo de políticas públicas, tem-se que a formação da agenda é um importante momento, uma vez que identificados problemas necessários de ação e de relevância para a sociedade (agenda sistêmica), somente com a chamada de atenção dos atores governamentais e do público, decorrentes de estudos pré-decisionais, estes passam a configurar na agenda governamental – filtragem de problemas/temas identificados na sociedade –, para então, assim, possuir força de formulação de uma política pública a respeito do problema identificado, o que representa um processo complexo e dinâmico (TORRES, 2019, p. 65-67).

Ademais, a chamada de atenção referida, comporta em si, em sua ocorrência, ações comunicacionais direcionadoras da atenção a partir de agentes que promovem as temáticas a serem incluídas na agenda, o que importa dizer que não basta a relevância da questão, uma vez que há confluência (*p.ex.* problemas, ideias, alternativas, símbolos, atores) para determinação de maior atenção a depender do que se trata a problemática identificada. Outrossim, a estabilidade das políticas públicas, e até mesmo sua entrada na agenda governamental, está intimamente relacionada a imagem da política pública e sua aceitação a partir das formações das comunidades políticas, isto é, transmitida a imagem de positiva e necessária, sua manutenção no tempo ocorre; ao revés, construída a imagem de negativa e com conflitos de aceite, esgota-se a necessidade de sua presença. (TORRES, 2019, p. 78-84)

Diante deste quadro, é possível perceber que os atores sociais, quando se trata de políticas públicas, são fundamentais para o

desenvolvimento destas². Contudo, necessário o alerta para a baixa participação democrática do povo na elaboração das políticas públicas, o que se demonstra como fragilidade, uma vez que este cenário pode provocar distorções entre a política pública estabelecida e a real vivência da sociedade e de suas peculiares questões, especialmente em razão da pluralidade de sujeitos e segmentos sociais, o que ao final acabaria por provocar déficits de inclusão social e promoção de Direitos Fundamentais. Ações de interlocução comunicativa entre gestão pública e sociedade, em termos de negociação nos processos de tomada de decisão, representando um processo deliberativo, possibilitariam, em primeira análise, processos mais racionais e inclusivos de formação de políticas públicas, ultrapassando meras ações instrumentais³. (TORRES, 2019, p. 79-98)

Nesse sentido, a realidade brasileira não contempla de forma adequada a participação democrática abrangente, o que provoca problemas decorrentes da ausência de força, pela falta de criação de espaço, para a levada de temas importantes para grupos vulneráveis até a discussão de formações de políticas públicas e, conseqüentemente, as políticas públicas não atenderão tais demandas, culminado em ausência de sintonia entre a realidade social e as promoções públicas estipuladas (TORRES, 2019, p. 100), o que pode ser observado em alguns aspectos quando se trata de igualdade de gênero.

Desta forma, realizado o aporte sobre as políticas públicas, a fim de concretizar, no último título, a abordagem conjunta entre os conceitos agora analisados e o próximo título, passe-se, na sequência, a trabalhar com a compreensão da posição da mulher em decorrência da estruturação

² Ver: COSTA, Marli Marlene Moraes da; SANMARTIN, Cleidiane. **O capital social como forma de efetivação da democracia através das políticas públicas**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 20, n. 20, p. 117-135, jul./dez.2016. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/759/467>>. Acesso em: 09/03/2020.

³ Ver: MALISKA, Marcos Augusto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Entre o pesado Estado Autárquico e o indifferente Estado Mínimo. Reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 20, n. 20, p. 159-173, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/851/469>>. Acesso em: 09/03/2020.

social historicamente construída que a coloca em posição periférica nas relações sociais e sua condição de agente.

3. Compreensão teórica da posição da mulher enquanto inferiorizada a partir das construções sociais masculinas dominantes e a existência de políticas públicas enquanto desdobramento das vivências sociais

Partindo-se deste quadro geral acerca das políticas públicas, cumpre trazer à baila a relação entre as políticas públicas e a promoção de afirmações de igualdade para as mulheres, especificamente no tocante a relações de assimetrias entre estas e os homens.

Assim, esclarece-se, já neste primeiro momento, que o presente escrito possui como recorte de análise a desigualdade enquanto desigualdade produzida pela dominação masculina em relação à mulher, em razão da necessidade de estreitamento do objeto de pesquisa. Contudo, não significa que o presente escrito deixa de reconhecer que existem determinações sobrepostas de desigualdade.

Ademais, a amplitude de âmbitos de possibilidade de atuação em termos de políticas públicas é extensa, uma vez que várias frentes podem ser vislumbradas, como por exemplo, promoção de igualdade no âmbito laboral, alteração no quadrante econômico de inserção da mulher, ruptura com a violência de gênero, promoção de igualdade em termos de espaço público e privado (doméstico), dentro outros. Assim, o recorte é específico em termos de apresentação de um aporte teórico, no primeiro momento, e um aporte de alguns aspectos de promoção de políticas públicas para afirmação de igualdade para as mulheres, no segundo momento.

Desta forma, tomando como base as teorias feministas para investigação de quadros de desigualdade que provocam a mitigação do livre desenvolvimento das capacidades das mulheres, tem-se que é necessário compreender que há a presença de estruturas de dominação masculinas decorrentes de construções sociais e históricas que produzem reflexos nas experiências e vivências das mulheres (BUTLER, 2003, primeira parte).

Assim, o desenvolvimento dos seres humanos está intrinsecamente relacionado às experiências sociais vivenciadas por estes, de modo que as experiências provocam reflexos no meio de vivência e também sofrem a incidência dos “padrões” do meio nos quais estão inseridas. Por esta razão, é que o que está estabelecido como a “ordem das coisas” ou “mecanismos de legitimação” devem ser provocados fazendo surgir a necessidade de questioná-los. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 8)

Deste modo, de acordo com Bordieu (2012), observa-se que a estrutura de funcionamento da dominação masculina apresenta relação com o estabelecido como agir esperado ou adequado, por exemplo, quanto às ações e atividades desenvolvidas pelas mulheres, o que provoca o fechamento na formulação das possíveis posições a serem ocupadas por estas, uma vez que a dominação masculina permeia a construção social, não permitindo lugar ao desenvolvimento livre das expectativas das mulheres.

Assim, as teorias feministas, a partir da verificação dos quadros de desigualdade entre homens e mulheres, assinalam para o imperativo reconhecimento da utilização da linguagem enquanto dominação, cujo aspecto é importante para a adequada compreensão da produção e manutenção de desigualdades, uma vez que a linguagem é utilizada como forma de introjeção da dominação tanto pelos homens, como também pelas mulheres (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 119). Desta forma, proeminente é a observância dos denominados lugar de fala e lugar de escuta, posto que, “o lugar de fala constrói um contexto dialógico. Se luta é um conceito que implica oposição, implica necessariamente o diálogo” (TIBURI, 2018, p. 55).

O lugar de fala das mulheres pode ser compreendido enquanto expressão de anseios políticos exteriorizados em dado momento espaço-temporal a fim de oferecer aportes adversos à ordem dominadora, isto porque, as falas misóginas promovem a concepção da imagem (visual e verbal) da mulher vinculada ao posto como negativo, como o que está alheio ao poder (TIBURI, 2018, p. 39).

Entretanto, a compreensão central é marcada pela observância necessária de que o lugar de fala exige um lugar de escuta para as potencialidades das mulheres, isto é, “a escuta é um elemento prático no processo político que precisa ser experimentado com urgência, sobretudo pelos sujeitos que detém o privilégio da fala.” (TIBURI, 2018, p. 56)

Assim, o objetivo está na imprescindibilidade de “validar as preferências e as escolhas dos indivíduos, valorizando sua experiência e sua “autonomia decisória”, ainda que essas se definam em meio a redes intrincadas de incitações de constrangimentos sociais”. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 118)

Nesse sentido, a representação das desigualdades estruturais pode ser observada no fator que de os processos sociais provocam “[...] a limitação ao acesso a recursos diferenciados e as experiências autênticas, enquanto socialização da dominação na construção do horizonte de possibilidades de escolha das mulheres, em comparação aos homens [...]”, isto é, determinadas capacidades enquanto possibilidades de desenvolvimento são diminuídas e bloqueiam alternativas de experiências vivenciais em liberdade. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 113)

Portanto, em razão de construções sociais, determinados grupos se encontram em posição considera superior, o que acarreta na “prevalência” de reprodução de suas preferências, as quais culminam em produção social que difundem visão de mundo e de valores determinados, o que provoca o silenciamento das mulheres, uma vez que consideradas na posição inferior. (MIGUEL, 2015, p. 619).

Destarte, o caminho buscado é no sentido de um trilhar criador de possibilidades de desenvolvimento das potências das mulheres e ao mesmo tempo extintivo de limitações de posição prévia para estas, por meio da compreensão dos padrões de desigualdade para confrontá-los e assim não mais deixar presentes as desvantagens produzidas socialmente, visando à reconfiguração das relações enquanto promoção de igualdade (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 150).

Assim, notável que ações são imprescindíveis para a quebra desta construção social com conseqüente superação de desigualdades marcadas pelo olhar sobre gênero. Desta forma, a compreensão acerca das políticas públicas, apresentada no primeiro título, leva a visão de um caminho de possibilidade de promoção afirmativa de igualdade para as mulheres.

Desta forma, quanto às ações e iniciativas já existentes voltadas ao caminho para políticas públicas em relação à igualdade para as mulheres, no âmbito internacional, destaca-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) - Tratado Internacional aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, assinado e ratificado pelo Brasil, entrando em vigor em 1984. Outrossim, em 2010, há a criação da ONU Mulheres⁴, visando o fortalecimento e a ampliação de esforços em âmbito mundial para a defesa dos direitos humanos das mulheres. Ainda, no ano de 2012 o Banco Mundial desenvolveu um Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de Visão Geral – economia, igualdade de gênero e desenvolvimento.⁵

Em relação às implementações realizadas no Brasil, estas são inicialmente marcas da década de 80, com destaque para a criação em 1983 do Conselho Estadual da Condição Feminina – SP e em 1985 a criação do Programa de Assistência Integral a Saúde da Mulher. Ademais, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985, com objetivo de promover políticas que visassem eliminar a discriminação contra a mulher e assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país e apoiar a Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM/MDH) em suas articulações com diversas instituições da Administração Pública

⁴ “A Onu Mulheres tem como caminho a [...] defesa dos direitos humanos das mulheres, especialmente pelo apoio a articulações e movimento de mulheres e feministas, entre elas mulheres negras, indígenas, jovens, trabalhadoras domésticas e trabalhadoras rurais.” Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>> Acessado em 22.04.2019.

⁵ O relatório utiliza-se de bases da teoria econômica para compreender aspectos que impulsionam entre homens e mulheres seus bem-estares, como, por exemplo, acesso a educação, a saúde, a oportunidades econômicas e as possibilidades de realização de escolhas e medidas eficazes, bem como visa “explorar quais intervenções políticas e ações sociais mais amplas podem ser praticadas para reduzir essas diferenças de gênero e melhorar os resultados de desenvolvimento de um modo geral” Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf>> Acessado em 22.04.2019.

Federal e com a sociedade civil. Ainda, as Delegacias da Mulher no Brasil (1985), estas especializadas no combate à violência contra as mulheres. (FARAH, 2004, p. 51).

Ademais, há a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e Políticas de Geração de Renda com estabelecimento de dotações orçamentárias específicas, bem como em 2003 surge a Secretaria Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres, visando promover a igualdade e combater formas de preconceito e de discriminação, marcas da sociedade patriarcal e excludente.⁶ Em 2018 houve a instituição do Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres (Sinapom)⁷ e, juntamente, do Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica (PNaViD)⁸, que, de acordo com o governo federal, objetivam ampliar as políticas públicas voltadas às mulheres, bem como são integrativas da campanha demoniada “Você tem voz”, do Governo Federal, realizada por meio do Ministério dos Direitos Humanos (MDH).

Ainda, destaca-se a Plataforma Agenda 2030 que contém os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), uma vez que dentro dos objetivos estabelecidos para o Desenvolvimento, o objetivo de número 5 (cinco) representa a Igualdade de Gênero para “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”⁹

Assim, percebe-se que muitas iniciativas já foram tomadas visando à promoção de políticas públicas em relação à igualdade de gênero, o que

⁶A Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM) “está vinculada ao Ministério dos Direitos Humanos e [...] desde a sua criação em 2003, [...] vem lutando para a construção de um Brasil mais justo, igualitário e democrático, por meio da valorização da mulher e de sua inclusão no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.” Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/06/politicas-publicas-para-as-mulheres-ganham-espaco-em-estados-e-municipios>> Acessado em 22.04.2019.

⁷“O objetivo do Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres (Sinapom) consiste em ampliar e fortalecer a elaboração e execução das políticas públicas transversais de direitos das mulheres e enfrentamento de todos os tipos de violência, além da inclusão feminina no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do país” <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/novembro/governo-federal-lanca-plano-de-enfretamento-a-violencia-contra-mulher>> Acessado em 22.04.2019.

⁸“O Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica (PNaViD) é o conjunto de princípios, diretrizes e objetivos que condicionará a estratégia de combate à violência doméstica a ser implementada pelos três níveis de governo, de forma integrada e coordenada.” Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/novembro/governo-federal-lanca-plano-de-enfretamento-a-violencia-contra-mulher>> Acessado em 22.04.2019.

⁹ Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/ods/5/>> Acessado em 22.04.2019.

pode ser compreendido como avanço, uma vez que retratam o caminhar do início para o alcance do almejo final - a ausência de desigualdade em razão de gênero, mas ainda muito precisa ser implementado e incrementado para tanto, uma vez que os quadros e fatos sociais de desigualdade de gênero ainda são marca da sociedade brasileira presente.

Desta forma, a fim de trilhar o objetivo no presente escrito, tem-se que a configuração de desigualdade do pensar-viver deve ser rompida e ações devem ser constantemente desenvolvidas. Para tanto, apresenta-se, enquanto relação com este pensar-viver, a apreensão e aplicação dos conceitos desenvolvidos por Amartya Sen, somados ao que foi trabalhado na primeira e segunda parte deste escrito, visando o fomento de experiências vivenciais plenas e formulação de políticas públicas enquanto caminho para a liberdade, caminho que será desenvolvido na sequência.

4. Os conceitos centrais de liberdade, desenvolvimento e capacidade a partir do pensamento de Amartya Sen e a formulação de políticas públicas voltadas às mulheres

Partindo da compreensão das construções sociais que provocam a invisibilização da mulher e traçam limites ao desenvolvimento pleno de suas potencialidades, realiza-se abordagem que tem como base o pensamento desenvolvido por Amartya Sen em sua obra intitulada *Desenvolvimento como Liberdade* (2010).

Nesse sentido, os conceitos centrais da referida obra são Desenvolvimento, Liberdade e Capacidade, que podem ser compreendidos de modo breve como: Capacidade - presença de possibilidades de alternativas para avaliação de realização ou não de desejos com alguma razão para serem valorizados; Liberdades - aspectos criadores de condição para o desenvolvimento; Desenvolvimento - presença de liberdades e expansão destas. (SEN, 2010).

Outrossim, tem-se que, de modo geral, o desenvolvimento se dá por meio da expansão das liberdades, enquanto que a ligação entre liberdade

e capacidade pode ser compreendida como as possibilidades de alternativas combinativas de funcionamentos (ações baseadas em avaliação racional) a fim de melhorar as escolhas para realizar aspectos da vida racionalmente valorizados, considerando para tanto os processos – condições contextuais presentes no momento das escolhas. (SEN, 2010)

Destaca-se que na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, há o reconhecimento da existência de muitos problemas sociais, dentre eles, “a negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres”. Assim, salienta-se que a superação de tais problemas, através do reconhecimento das distintas formas de liberdade, é aspecto central do desenvolvimento. (SEN, 2010, p. 9)

Deste modo, o desenvolvimento é representado pelo processo de expansão das capacidades reais das pessoas, sendo que “requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade” (SEN, 2010, p.16-17), isto é, é possível compreender aqui a dominação masculina como uma privação de liberdade das mulheres.

Nesse sentido, dois são os enfoques importantes sobre as liberdades a fim de compreender o conceito de desenvolvimento e o desenvolvimento em si de uma sociedade, isto de acordo com Amartya Sen (2010, p. 17-33): a) o enfoque da avaliação, que diz respeito a essencialidade das liberdades individuais substantivas para o êxito de uma sociedade – o que influencia na liberdade global, e b) o enfoque da eficácia, que diz respeito as liberdades substantivas desfrutadas pelos indivíduos – oportunidades de resultados valiosos.

Estes dois aspectos citados são centrais na ideia de desenvolvimento como liberdade, bem como são relacionados às experiências empíricas analisadas por esta perspectiva, sendo que “a livre condição de agente não só é, em si, uma parte “construtiva” do desenvolvimento, mas também contribuiu para fortalecer outros tipos de condições de agentes livres.” (SEN, 2010, p. 18).

Entretanto, necessário é compreender que “a ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da

relação constitutiva [...]”. (SEN, 2010, p.18). Isto porque, realizações positivas praticadas pelas pessoas recebem interferência de disposições institucionais que proporcionam as oportunidades, por meio do “exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impedem o progresso dessas oportunidades.” (SEN, 2010, p. 18). Assim, por exemplo, a igualdade entre homens e mulheres pode ser influenciada por tais disposições. (SEN, 2010, p. 23).

Desta forma, para a compreensão do pensamento apresentado na obra *Desenvolvimento como Liberdade* (SEN, 2010), especialmente quando analisados estudos empíricos, são apresentados cinco tipos de liberdade distintos, todos vistos por uma perspectiva instrumental, sendo eles: “(1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantia de transparência e (5) segurança protetora,” de modo que a promoção da capacidade geral dos indivíduos está vinculada a cada tipo diferenciado de direito e oportunidade, sendo que a atuação de cada tipo em complementação mútua é parte do processo, razão pela qual “políticas públicas visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades distintas, mas inter-relacionadas”. (SEN, 2010, p. 25).

Assim, na visão de liberdade, considerando o contraste entre o aspecto do processo (os contextos que envolvem o exercício da liberdade) e o aspecto da oportunidade (alternativas de escolha para o exercício de liberdades), é essencial pensar a liberdade sempre de modo amplo, a fim de contemplar tanto a abordagem dos procedimentos apropriados, quanto das oportunidades adequadas para o desenvolvimento como liberdade (SEN, 2010, p. 32), uma vez que novas razões de valorização do existir ocorrem com a expansão das liberdades, o que possibilita que os indivíduos sejam seres sociais mais completos, enquanto seres que interagem mais com o mundo, influenciando e sendo influenciado por este. (SEN, 2010, p. 29)

Desta forma, atentando-se em especial para a expansão das “capacidades” enquanto valorização do estilo de vida de cada pessoa, a liberdade dos indivíduos é considerada elemento constitutivo básico. Isto é, há grande importância na relação entre influência nas capacidades e capacidades influentes nas relações sociais, posto que “essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelos efetivos das capacidades participativas do povo”. (SEN, 2010, p. 32-33)

De tal modo, a dinâmica entre as liberdades correspondentes de melhores potenciais de os indivíduos cuidarem de si e também de influenciarem o mundo pode ser chamada de “aspecto da condição do agente”, do indivíduo. Para tanto, Sen utiliza o termo “agente” no sentido de alguém que provoca mudanças, isto é, a condição de agente avalia o indivíduo como “membro público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas” (SEN, 2010, p. 33-34)

Assim, enquanto mecanismos que influenciam os indivíduos nos usos específicos de suas liberdades, as concepções individuais são dependentes de associações sociais que estão relacionadas às percepções que os indivíduos possuem sobre o público, bem como as compreensões cooperativas em relação a problemas e soluções, o que reflete diretamente nas análises das políticas públicas (SEN, 2010, p. 48-49), enquanto discussão necessária para que os indivíduos sejam reconhecidamente parte do processo democrático de debates políticos caracterizadores do desenvolvimento (SEN, 2010, p. 52-53).

Desta forma, o desenvolvimento deve ser considerado um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas, exercício das capacidades. Dito de outro modo, a expansão da liberdade no processo de desenvolvimento está vinculada as eliminações de privações na vida das pessoas. Assim, com a liberdade central no papel do desenvolvimento, as pessoas podem ser consideradas agentes ativos das promoções sociais e não apenas agentes passivos do socialmente posto. (SEN, 2010, p. 55-56).

Diante desta conjuntura, a fim de contemplar todos os aspectos do desenvolvimento pautado na expansão das liberdades substantivas (capacidades) de escolha do modo de vida desejado, estas devem ser compreendidas também pelo denominado processo avaliatório, o qual apresenta a importância das discussões informacionais, isto é, de que “o caráter da abordagem pode ser fortemente influenciado pela insensibilidade as informações excluídas” (SEN, 2010, p. 80-81). Ademais, a capacidade em liberdade para as realizações das pessoas tem relação com as oportunidades compreendidas enquanto possibilidades, aspectos necessários para avaliar a liberdade de cada indivíduo fazer ou não fazer determinada ação que deseja. (SEN, 2010, p. 104).

Assim, com base no conceito de “conjunto capacitário” apresentado por Amartya Sen (2010, 105), tem-se que este retrata “os vetores de funcionamento alternativos dentre os quais a pessoa pode escolher”, isto é, os funcionamentos, estes enquanto ações valorizadas racionalmente pelos indivíduos quando analisadas conjuntamente com as capacidades e as oportunidades, representam as efetivas concretizações de uma pessoa, considerando-se o “conjunto capacitário” como determinante para quais escolhas determinada pessoa pode optar diante da “liberdade para realizar as combinações alternativas de funcionamentos” (SEN, 2010, 105).

Portanto, partindo-se da compreensão da construção desenvolvida por Amartya Sen e abordada neste título, vislumbra-se que a condição de agente é perspectiva central no desenvolvimento pautado em liberdades substantivas, razão pela qual devem os agentes serem observados como forças ativas promotoras das relações sociais e responsáveis por estas, através da utilização das capacidades. Contudo, há inevitável vinculação das capacidades realmente exercíveis a “natureza das disposições sociais, as quais podem ser cruciais para as liberdades individuais. E dessa responsabilidade o Estado e a sociedade não podem escapar.” (SEN, 2010, p. 366).

Nesse sentido, há grande influência de discussões e debates públicos na formação e utilização dos valores sociais e efetivação das capacidades, uma vez que para a existência social é fundamental a liberdade enquanto

garantidora de avaliações críticas dos processos formadores de tais valores (SEN, 2010, p. 365-366).

Deste modo, considerando as estruturas de mitigação da mulher é preciso voltar à atenção para as circunstâncias sociais que mitigam o bem-estar destas e provocam tratamentos desiguais. Isto porque, esse cenário representa a privação de liberdades, ou seja, são diminuídas as possibilidades de alternativas para que estas realizem as suas vidas de acordo com o que valorizam. Isto implica uma responsabilidade social de todas as pessoas para a promoção de políticas públicas para o desenvolvimento por meio da expansão das liberdades das mulheres.

Desta forma, nos escritos de Amartya Sen há o relacionamento entre os seus pensamentos teóricos e estudos de análises empíricas, posto que demonstra como relevante tal vinculação para a efetiva compreensão da teoria aplicada. Dentre as análises empíricas, Sen aborda a correlação entre a condição de agente das mulheres e a mudança social.

Assim, segundo Amartya Sen, relevante a perspectiva voltada à livre condição de agente da mulher, bem como a visão de que os movimentos feministas possuem como ponto de debate a promoção de bem-estar das mulheres e também a sua livre condição de agente. De acordo com Sen, “as mulheres são vistas cada vez mais, tanto pelos homens como por elas próprias, como agentes ativos de mudança: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida das mulheres e dos homens.” (SEN, 2010, p. 246)

Nesse sentido, quanto às relações sociais, importa vislumbrar que “os seres humanos diferem um dos outros de muitos modos distintos”, isto é, há diferenças decorrentes do ambiente, do social e de atributos externos e pessoais que são relevantes para a avaliação da desigualdade (SEN, 2001, p. 50). Isto implica dizer que, “dadas as suas características pessoais, origens sociais, situação econômica, etc, uma pessoa tem o potencial de fazer (ou ser) determinadas coisas que ela valoriza” (SEN, 2010, p. 373).

Ademais, a presença de disparidades sistemáticas entre homens e mulheres é reconhecida, aspecto gerador de desigualdades substanciais

em liberdade, posto que afetados importantes funcionamentos e capacidades das mulheres (SEN, 2001, p. 190-192), isto é, “o problema da desigualdade entre os sexos é, em última análise, de liberdades díspares.” (SEN, 2001, p. 193)

Ainda, Amartya Sen chama a atenção para o não estabelecimento, em qualquer caso, de embates entre liberdade e igualdade, uma vez que não são alternativas, pois “a liberdade está entre os possíveis campos de aplicação da igualdade, e a igualdade está entre os possíveis padrões de distribuição da liberdade”. (SEN, 2001, p. 54)

Deste modo, imprescindível a chamada da atenção para o reconhecimento e valorização da condição de agente ativa das mulheres e para sua força quanto a formulação de políticas públicas, a fim de combater circunstâncias sociais que mitiguem o bem-estar das mulheres e causem tratamentos desiguais - privação de liberdade. Isto é, para potencializar a expansão das liberdades e promoção de afirmações de igualdade se torna de suma importância a abertura de campo para a visibilidade da condição de agente da mulher. (SEN, 2010, p. 247)

Nesse sentido, em relação às políticas públicas relacionadas à garantia de igualdade de gênero, cumpre destacar que ao longo da história avanços foram alcançados. Os movimentos e lutas feministas, desde seus princípios, pautam investigação de quadros de desigualdade referente à mitigação do livre desenvolvimento das capacidades das mulheres, a fim de gerar a expansão destas por meio da promoção de atos afirmativos, enquanto olhar ampliativo dos processos participativos, apresentando-se as políticas públicas como um meio.

Assim, compreendendo que desenvolvimento é a expansão de liberdades, tem-se que na invisibilização da mulher, há privação de liberdades, ou seja, são diminuídas as possibilidades de alternativas para que estas realizem as suas vidas de acordo com o que valorizam. Isto implica uma responsabilidade social de todas as pessoas para promoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento por meio da expansão das liberdades

das mulheres, a fim de assegurar novas dinâmicas para afirmação e fomento da condição de agente e capacidades das mulheres.

Desta forma, para a abordagem do desenvolvimento pautado em liberdades substantivas, a condição de agente da mulher surge como perspectiva central, uma vez que enquanto agentes devem ser vistas como forças ativas que promovem as relações sociais e são responsáveis por estas, por meio do uso das capacidades (SEN, 2010), o que permite que o desenvolvimento como liberdade seja observado na formulação das políticas públicas, enquanto presença efetiva das mulheres como promotoras de ações e receptoras de resultados, ocasionando novos caminhos de possibilidade de abertura para a concretização de igualdades e expansão das liberdades destas.

5. Considerações finais

O presente escrito visou compreender o que são políticas públicas e suas etapas de formação, bem como a construção social da qual é marca a centralidade do pensamento masculino dominante que provoca assimetrias nas posições sociais ocupadas pelas mulheres, ou seja, compreender que as mulheres estão em posição cujas vivências são marcadas por privações de liberdades, com conseqüente mitigação do desenvolvimento enquanto expansão de liberdades, pois experimentam as situações a partir de circunstâncias sociais que limitam o exercício das capacidades.

Diante de tal quadro, pautando-se com aportes de base na expansão das liberdades, por meio do pensamento de Amartya Sen, buscou-se apresentar que a condição de agente da mulher surge como perspectiva central da abordagem do desenvolvimento pautado em liberdades substantivas, uma vez que como agentes devem ser vistas como forças ativas que promovem as relações sociais e são responsáveis por estas, por meio do uso das capacidades, isto é, apresentar uma possibilidade de que estas estejam marcadas pelo desenvolvimento como liberdade para a promoção de afirmações de experiências de igualdade pelas mulheres.

Desta forma, quando da pesquisa acerca de formulação de políticas públicas e igualdade de gênero, é possível constatar que existe um número grande de trabalhos acerca da temática, cada qual com uma abordagem de aspecto específico dentro da igualdade de gênero. Ademais, considerando de modo amplo a igualdade de gênero, nota-se que a ausência de igualdade de gênero, pensando ainda no ciclo das políticas públicas, já foi identificada como uma problemática, com surgimento de agendas governamentais nesse sentido, busca e análise de algumas alternativas a serem adotadas frente a questão, com a seleção de algumas alternativas para iniciativa de implementação.

O aspecto, portanto, do ciclo de políticas públicas está iniciado, apesar de compreender que não basta a criação de políticas públicas, estas devem representar implicação na realidade social, devendo-se, ainda, considerar que o ciclo permite o avanço e retorno de “etapas” quando detectada a necessidade frente a problemas de adequação das políticas públicas, o que decorre justamente do momento de análise e avaliação das políticas públicas.

Ademais, em relação às políticas públicas especialmente quanto à igualdade de gênero, ainda, tem-se que estas devem representar a incorporação do olhar de gênero nos mais variados âmbitos da sociedade, representando, até mesmo transversalidades entre políticas públicas que tratam de outras demandas, mas que podem e muitas vezes, devem, estar vinculadas as políticas públicas referentes a igualdade de gênero.

Portanto, observa-se que, apesar da ainda presente desigualdade de gênero em diversos âmbitos da sociedade, caminhos estão sendo debatidos e estudos realizados, a fim de trilhar o alcance da igualdade de condições independentemente do gênero, o que implica dizer que deve ser constante e contínuo o caminho iniciado, visto que se trata de questão com muito ainda a ser desenvolvido e concretizado.

Ao fim, a abordagem da temática neste momento de escrita não visa a apresentação de aspectos fechados, mas sim de aportes para o pensamento acerca do desenvolvimento da igualdade de gênero por meio de

políticas públicas, isto é, ultrapassar a barreira da dominação, através da vivência das relações sociais pautadas no desenvolvimento como liberdade, enquanto olhar ampliativo das potencialidades dos indivíduos, em especial das mulheres, como aporte de realização e fortalecimento dos caminhos de desenvolvimento pela expansão de liberdades nas realizações das capacidades das mulheres.

Referências

BITENCOURT, Caroline Müller. **O controle jurisdicional de políticas públicas a partir das contribuições da teoria discursiva e democrática com base na dogmática e na realidade brasileira.** Santa Cruz do Sul, 2012. Tese (Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul). Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/dissertacoes/2012/caroline_bitencourt.pdf>. Acesso em: 07/07/2019.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 11^o ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; SANMARTIN, Cleidiane. **O capital social como forma de efetivação da democracia através das políticas públicas.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 20, n. 20, p. 117-135, jul./dez.2016. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/759/467>>. Acesso em: 09/03/2020.

FARAH, Marta Ferreira Santos. **Gênero e Políticas Públicas.** Revista Estudos Feministas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2004.

MALISKA, Marcos Augusto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Entre o pesado Estado Autárquico e o indiferente Estado Mínimo. Reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto.** Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 20, n. 20, p. 159-173, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/851/469>>. Acesso em: 09/03/2020.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. **Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências**. Revista Opinião Pública, Campinas, v. 21, nº 3, dezembro, 2015. 601-625 p.

ONU MULHERES. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>> Acessado em 22.04.2019.

Plataforma Agenda 2030 - contém os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/ods/5/>> Acessado em 22.04.2019.

Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de Visão Geral 2012 - Igualdade de Gênero e Desenvolvimento, realizado pelo Banco Mundial. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf>> Acessado em 22.04.2019.

Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/06/politicas-publicas-para-as-mulheres-ganham-espaco-em-estados-e-municipios>> Acessado em 22.04.2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres (Sinapom) e **Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica** (PNaViD). Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/novembro/governo-federal-lanca-plano-de-enfrentamento-a-violencia-contramulher>> Acessado em 22.04.2019.

TORRES, Fernando O. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do Judiciário na agenda política**. Paraná, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Paraná).

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

Argentina, Brasil e Chile: feminismo latino-americano como reflexo da sociedade civil além do Estado Nação

Juliana Bianchini

Considerações Iniciais

O movimento feminista latino americano pode ser compreendido como um fenômeno complexo e com reflexos variáveis de um novo paradigma do Estado Nação moderno, qual se constitui sob um solo de lutas pela democracia: Estado que possui uma sociedade civil, uma Constituição e um perfil aberto e integrativo, propiciando a fertilização e efetivação de Direitos Fundamentais.

Partindo de tais premissas, abordar-se-ão pontos singulares do feminismo na Argentina, Brasil e Chile, baseado em relatos de estudiosas feministas de cada país, com enfoque nos últimos cinquenta anos, destacando as convergências culturais e sociodemográficas, a resistência às ditaduras militares que acometeram os três países no século XX, e a unicidade das agendas feministas, que por vezes se aglutinam em apenas um movimento.

Em seguida, focará na compreensão do Estado moderno, suas modificações, limitações, transposições, chegando à compreensão do Estado moderno no século XXI os obstáculos que devem superar: a necessidade de ser pautado em um Constitucionalismo aberto, que permita a cooperação e integração interna e externa, construindo uma América Latina

democrática, igualitária e empoderada. Neste cenário, serão abordadas as lições do constitucionalista Marcos Augusto Maliska, qual retrata com maestria a complexidade e as contradições das sociedades do século XXI, em que a legitimidade democrática da Constituição depende de sua inserção na ordem internacional, bem como dá atenção às diferenças no plano interno.

Para tanto, será traçado um limiar entre o movimento feminista da Argentina, Brasil e Chile e os fundamentos da Constituição para se chegar à abertura, cooperação e integração social, econômica, política e cultural que liberte e emancipe a sociedade civil.

Ao final, realizar-se-á um breve recorte da associação dos feminismos da Argentina, Brasil e Chile atualmente, precisamente em redes sociais, e seus reflexos em cada Estado e no cenário internacional, emoldurando uma forma nova de relação e integração.

1. Feminismo latino americano: singularidade do recorte Brasil, Argentina e Chile

O feminismo¹ latino americano pode ser compreendido sob diversas nuances, pois espelha as peculiaridades de diferentes culturas, sociedades, pluralismos. No entanto, considerando as similaridades das gênesis dos Estados latino americanos, pode-se perfeitamente traçar uma linha comum dos feminismos construídos neste cenário, sobretudo em Estados que possuem convergência de nuances.

Neste sentido, encontra-se o paralelo do feminismo na Argentina, Brasil e Chile, considerando neste estudo, especificamente, os últimos cinquenta anos destes Estados, os quais passaram por ditaduras militares na

¹ Neste estudo, filia-se às ideais de Patricia Hill Collins, bem pontuadas por Djamilia Ribeiro, de que não há uma separação entre a teoria feminista e o movimento feminista, sendo o segundo a execução dos ideais do primeiro: *“Corroboro com a visão de Patricia Hill Collins, de que a teoria é a prática pessoal. Uma deve existir para interagir dialeticamente com a outra, em vez de serem dicotomias estéreis, A teoria ajuda na prática, e vice-versa”*. RIBEIRO, Djamilia. Quem tem medo do feminismo negro? Companhia das Letras. Edição do Kindle.

segunda metade do século XX, e que iniciaram o século XXI elegendo mulheres para a presidência de suas Repúblicas.

Nestes Estados, o panorama cultural e ideológico prevalecente nos últimos cinquenta anos recebeu diferentes influências que marcaram os movimentos de resistência, havendo tarefas urgentes como a reconquista da democracia, a ampliação das cidadanias das mulheres, a luta contra a desigualdade social, as quais passam a ser tarefas primordiais do movimento feminista (BLAY; AVELAR, 2017).

Segundo Blay e Avelar (2017), nos últimos cinquenta anos o movimento feminista da América Latina

[...] conduziu uma mudança cultural visível sobretudo no trabalho, na educação, na estrutura familiar, na política, e no uso de mídias escritas, visuais e digitais. Contudo, foram necessários anos de mudanças progressivas, o passado resistindo em confronto com o presente. Nas últimas décadas, a sociedade, e em particular as mulheres atravessaram tempos de ditadura até o alcance da democracia; na etapa contemporânea, se desenvolvem processos de construção de novos paradigmas culturais, a incorporação de novas tecnologias, como a virtual, e velhos e novos conflitos entre os movimentos sociais (BLAY; AVELAR, 2017, p. 9).

As autoras lecionam que os feminismos do Brasil, Argentina e Chile são dos mais evidenciados internacionalmente, justamente pela articulação entre eles e a atuação conjunta em organizações identitárias, fóruns, organizações da sociedade civil, sendo que o panorama latino americano recebeu diversas influências que marcaram os movimentos de resistências.

Primeiramente, em relação ao Brasil, tem-se que a formação da história nacional das mulheres é permeada pelos aspectos de uma sociedade duramente patriarcal, com acentuada desigualdade social, mão de obra escrava, latifúndios e propriedades rurais, fatores que desencadearam na limitação da mulher ao ambiente doméstico, privado. Tantas intempéries, no entanto, não obstaram o surgimento e a força do movimento feminista, o qual teve seus primeiros traços nesta terra com Nísia Floresta (1810-

1885), Bertha Lutz (1894-1976), e Patrícia Galvão (1920-1962), desbravadoras das bandeiras feministas e libertárias, as quais lutaram pela educação pública, pelo direito ao voto, bem como pela liberdade e expressão (ALVES, 2017).

De acordo com Wilson Ramos Filho (2012), com a modificação socio-demográfica do Brasil, marcada pelo êxodo rural e a construção de espaços urbanos cada vez mais vivos, modificando a configuração familiar, rompendo com os laços do colonialismo, na virada do século XIX para o século XX surge uma nova estrutura econômica, expandindo o capitalismo e construindo doutrinas que organizam as relações de trabalho, criando rotinas capazes de controlar os fatores de produção, ao passo que prometia-se a ampliação da capacidade de consumo para os bens e produtos produzidos.

Avançando nos marcos temporais, imperioso destacar os reflexos do regime ditatorial no movimento feminista, trazendo ao palco a ideia de “o pessoal é político”, evidenciando a repressão vivenciada pelas mulheres no período, indo além de questões que confinavam à mulher ao espaço privado, buscando compreender o âmago de questões como a divisão sexual do trabalho.

De acordo com Costa (2010), os anos 1960,

[...] foram marcados internacionalmente por uma intensa onda contestadora. Foram os movimentos pacifistas contrários à guerra do Vietnam, as lutas anti-racistas e a rebelião ao “*american way of life*” nos estados unidos. o movimento estudantil que varria vários países da Europa questionando as velhas estruturas autoritárias do sistema educacional, a desilusão pós-socialismo e a crítica ao stalinismo, o movimento hippie etc. É dentro desse contexto que ressurgem o movimento feminista internacional. ressurgem no sentido de renascer após algumas décadas de desmobilização depois da conquista do direito de voto e de um conjunto de direitos civis na maioria dos países chamados ocidentais. ressurgem a partir da consciência de que a mudança pura e simples das leis não é suficiente para mudar as estruturas ideológicas pautadas em bases patriarcais. (COSTA, 2010, p. 189).

É neste cenário tortuoso que o novo feminismo – questionador e paupado na busca pela verdadeira emancipação da mulher –, toma corpo. Diversas militantes são também militantes políticas (e em sua maioria filiadas às perspectivas políticas de esquerda), além de haver aproximação com a igreja católica, criando um ambiente peculiar, diferenciado, onde todas as forças buscavam navegar contra o autoritarismo imperante, o que definirá os rumos da agenda feminista no país das próximas décadas (SARTI, 2010).

Além disso, as transições demarcadas pela urbanização e alteração demográfica, propiciando a presença feminina em todos os aspectos da vida brasileira, os avanços da medicina (inclusive com a diminuição de óbitos maternos), a diminuição drástica da diferença educacional – que hoje mostra um avanço considerável, mas que ainda não é totalmente refletido positivamente no mercado de trabalho –, a modificação da compreensão das desigualdades de gênero no uso do tempo – com a (re)compreensão do que é o uso do tempo e do modelo de vida humano alinhavado com as noções e desejos de realização de homens e mulheres² –, a diversificação dos arranjos familiares, bem como as desigualdades de gênero nos espaços de poder – que demonstra que a representação feminina no parlamento brasileiro é uma das últimas fronteiras a serem transpostas, não fazendo jus à contribuição das mulheres na sociedade –, demonstram que nunca na história estivemos em um ambiente tão propício às lutas e conquistas pela equidade de gênero no país como nos últimos cinquenta anos (ALVES, 2017).

Leciona Alves *et al* (2017), que embora tenhamos iniciado o século com uma mulher (Dilma Rousseff) chegando à Presidência da República, ter sido instituído um ministério de políticas para mulheres (Secretaria de Política para Mulheres), e haver uma legislação que busca mitigar a

² Sobre o tema, interessante os apontamentos de Rigol, que pondera sobre uma curvatura necessária e improrrogável nas relações de homens e mulheres com os afazeres domésticos, paternidade e maternidade. Segundo a autora, “[...] não importa o sexo, idade ou profissão uma pequena onda começou a movimentar a esfera tempo e trabalho. As motivações podem ser diversas. A maternidade é uma grande propulsora de busca por nova fonte de renda, novos projetos que conciliem mais equilíbrio e satisfação com ganhos materiais. E os homens agora também começam a querer ter mais liberdade para se dedicar à família” (RIGOL, 2018, p. 136-139).

violência doméstica (Lei Maria da Penha), há muralhas a serem desbravadas pelo movimento no Brasil, notadamente a distância entre a participação parlamentar feminina e a taxa de feminicídios, a qual é monstruosamente alta.

Para Barrancos e Archenti (2017), da análise da história e situação atual do feminismo na Argentina, visualizam-se pontos de convergência marcante com o caminhar brasileiro. Assim como nestas terras, o surgimento do feminismo na Argentina foi alavancado no final do século XIX e início do século XX, com a transformação de uma sociedade em que, embora a mulher fosse adstrita aos cuidados da prole e do marido, também opinavam e influenciavam a vida política, embora não tenham sido reconhecidas e estivessem longe de alcançarem o direito à cidadania.

Assim como no Brasil, as mulheres argentinas lutaram na virada do século pelo direito à igualdade perante os homens, eis que tratadas como inferiores no Código Civil, alinhavaram a bandeira pela educação, e a luta pela cidadania através do sufrágio.

No início do século passado a conquista pelo voto feminino foi marcado pela luta pela dignidade das mulheres em razão da condição de mãe, movimento que ficou marcado como “maternalismo”, entendido como estratégia fundamental para o sucesso da ação. Apenas em 1947 o Parlamento Argentino sancionou o sufrágio feminino, processo intimamente ligado ao peronismo e à imagem de Eva Duarte de Perón, sendo que a primeira experiência do voto das mulheres no país ocorreu somente em 1951, ocasião em que de forma extraordinária as mulheres alcançaram cerca de trinta por cento das cadeiras das câmaras do Congresso (BARRANCOS; ARCHENTI, 2017).

Neste sentido específico, a autora argentina pontua que é digno de nota que, entre 1976 e 1983, a Argentina viveu o regime ditatorial mais brutal de sua história. A atuação das mulheres neste momento obscuro foi salutar, pois

[...] foi um grupo de mulheres que enfrentou a situação com maior contun-
dência, exigindo a aparição com vida de seus familiares. É amplamente

conhecida a trajetória das Mães da Praça de Maio, grupo do qual surgiu a associação das avós à procura dos netos apropriados pelos repressores. A restauração da democracia significou, entre outras coisas, o retorno de associações civis, o renascimento da vida cívica, e velhas e novas vozes irromperam no espaço público. O movimento feminista reapareceu com uma mudança notável de posições epistemológicas e, sobretudo, de agenda, graças à crítica proporcionada pela segunda onda – movimento que havia aprofundado as transformações exigidas pelo feminismo, especialmente nos Estados Unidos e na Europa na década de 1960 (BARRANCOS; ARCHENTI; 2017).

Após o período ditatorial, o movimento feminista na Argentina, assim como no Brasil, ateu-se à luta contra a violência doméstica e pelo reconhecimento político, sendo aquele o primeiro país a sancionar lei de cotas de participação feminina nas listas eleitorais, seguido mais tarde por doze países da América Latina (BARRANCOS; ARCHENTI, 2017). A lei nº 24.012, de 1991, segundo Souza (2014),

[...] estabelece cotas eleitorais de gênero, a “Ley de Cupo Femenino” de 1991, altera o art. 6o do Código Eleitoral argentino, para estabelecer que “as listas que se apresentam deverão ter mulheres num mínimo de 30% dos candidatos aos cargos a eleger e em proporções com possibilidades de resultar eleitas. Não será oficializada nenhuma lista que não cumpra estes requisitos”. Por ocasião do Dia Internacional da Mulher, em 8 de março de 1993, o presidente Carlos Menem promulgou o Decreto 379/93 para regulamentar a lei. Este Decreto ressalta que a porcentagem de 30% deve ser interpretada como uma quantidade mínima de presença feminina nas listas (SOUZA, 2014).

Em recente mudança legislativa, de 8 de março de 2019, o governo publicou no Boletim Oficial, a regulamentação da lei de paridade de gênero para o Congresso, elevando de 30% para 50% a cota destinada à mulheres no parlamento (COLOMBO, 2019).

Outro destaque necessário do movimento feminista na Argentina a busca pela liberdade e decisão sobre o corpo feminino, já tendo sido apresentados diversos projetos de leis para garantir às mulheres o direito ao aborto seguro, mas nenhum foi apreciado pelas Câmaras do Congresso

Nacional. Diversas campanhas pelo aborto seguro no país foram deflagradas desde o início dos anos 2000, passeatas, ações nas mídias.

Além da pauta do aborto legal e seguro, da luta contra a violência doméstica e pela participação política, o feminismo na Argentina atualmente tem se apresentado com força coletiva, existindo diversos círculos feministas em variadas regiões do país, com efeitos medidos pelas transformações que produzem na subjetividade das militantes (BARRANCOS; ARCHENTI, 2017).

De outra baila, em relação ao contexto do feminismo no Chile, vê-se o mesmo quadro descrito em relação aos outros dois países quanto ao processo de organização e reflexão de mulheres nas mudanças democratizantes, consubstanciada na luta por direitos em uma sociedade patriarcal e profundamente desigual.

Assim como em outros países da América Latina, no findar do século XIX e início do século XX, o movimento das mulheres chilenas buscou a emancipação econômica, jurídica, biológica e política da mulher. Nas lições de Largo (2017), o Movimento Pró-Emancipação da Mulher Chilena – MEMCH (1935-1953), com fulgor nacional exigia direitos civis e políticos, exigiam o divórcio, acesso à contraceptivos e ao aborto, além de denunciar a acentuada segregação social marcada pela pobreza, e os promovia por meio de um feminismo maternal, o que marca um dualismo do movimento, ora com discurso emancipatório e progressista, ora com retóricas conservadoras de um civismo materno. Dois anos após a Argentina, a luta pelo sufrágio feminino rende frutos em 1949, quando é conquistado tal direito pelas chilenas.

Notadamente em relação ao regime ditatorial vivido pelo país no século passado, merece destaque os apontamentos da chilena Eliana Largo, que narra que nos anos de 1980,

[...] foi articulado outro grande movimento de mulheres como resposta à imposição a ferro e fogo de duas décadas de ditadura militar. “Democracia no país e em casa” foi o *slogan* feminista que se expandiu a outros países da região. Minha própria transformação como feminista se iniciou quase às cegas

no fim dos anos 1970, pouco depois de ter estudado antropologia na Universidade do Chile, onde não se falava de gênero nem de feminismo – tampouco no país em que sobrevivíamos. A solidariedade entre mulheres e o apoio mútuo permitiram não apenas a sobrevivência física e anímica, a cooperação internacional possibilitou a concretização de importantes projetos feministas relacionados aos estudos e diagnósticos, com formação e capacitação e com iniciativas de movimentos, como foram *La Morada*, *Radio Tierra* e o jornal *Marea Alta*, entre outras. Em um contexto de repressão aguda, foram gerados processos centrais para a autoafirmação entre mulheres e deslegitimação de toda a ordem autoritária (LARGO, 2017, p. 102).

Não é demasiado afirmar que existe um antes e depois do movimento ditatorial no Chile (bem como na Argentina e no Brasil), o que transforma e remodela as pautas feministas, o qual inclusive foi silenciado pelo duro regime. Neste cenário, emergem os Centros de Mães, escamoteando as mulheres para atuarem sem que descuidem do lar e da família, havendo uma verdadeira ilusão de integração. Nos anos de 1970 o Movimento Mulheres no Desenvolvimento (MED), oriundo da Organização das Nações Unidas (ONU), evidenciava o objetivo de igualdade, colocando em voga o papel produtivo subutilizado das mulheres. Com a efervescência das mudanças do mundo ocidental naqueles anos, as mudanças mais significativas buscaram mesclar a atuação da mulher no ceio familiar com sua atuação no mercado de trabalho, considerando a demanda por mão de obra em razão do crescimento global do capitalismo, exigindo das mulheres sucesso em sua dupla jornada de trabalho (LARGO, 2017).

Notadamente em relação à ditadura militar, os reflexos da postura feminina são coincidentes aos outros dois países já mencionados. No Chile, as mulheres são as primeiras a se unirem em busca da sobrevivência e proteção de familiares, fazendo com que (re)pensassem a situação – e principalmente sua situação – política no país, aproximando-as da realidade nada democrática que as cercava, o que impulsionou encontro de diversos grupos, estudos – inclusive com a formação do *Centro de Estudios de la Mujer* (CEM) e a *Casa de la Mujer La Morada* –, espaços onde eram solidificadas as lutas e agendas feministas, e, no início dos anos 1980,

passaram a participar de encontros latino-americanos feministas, o que deu azo à eclosão do movimento após a queda do regime ditatorial, em 1988 (LARGO, 2017).

No século XXI, o movimento feminista chileno luta contra a desigualdade estrutural que assola o país, as tensões e desafios do gênero no desenvolvimento e a liberdade dos corpos, compreendendo a impossibilidade da igualdade de gênero como solo das batalhas que continuam (e continuarão) a ser travadas. Destaca-se, por fim, que assim como no Brasil e na Argentina, no início do século XXI, precisamente em 2006, foi eleita a primeira mulher para o cargo de presidente, Michelle Bachelet.

O que se vê, de uma breve análise dos ciclos dos movimentos latino americanos, especificamente do arvorado na Argentina, Brasil e Chile, é que as transformações dos feminismos foram ditadas pela modificação econômica e política desses Estados, o que desencadeia em emolumento do feminismo: o período de crise vivenciado em razão das ditaduras militares gerou questionamentos e união, inclusive internacional, de grupos que buscavam tanto se proteger da dureza dos regimes, como proteger os seus, além de buscar ferramentas de luta contra o poderio Estatal descomedido.

É dizer: com o movimento global vivido nos últimos cinquenta anos, aliado às ditaduras militares na Argentina, Brasil e Chile, há um desenvolvimento do feminismo latino americano enquanto sociedade civil, instituindo agendas que impulsionam o crescimento da mulher no cenário público, com sua efetiva participação no cenário político, colocando as mulheres como agente a ser considerado e impossível de ser ignorado nas relações estatais internacionais.

2. Sociedade civil feminista: abertura e integração

A fim de compreender de que forma é possível associarmos o ponto nevrálgico da discussão – o feminismo latino americano como reflexo da sociedade articulada, aberta e integrada –, é salutar compreender o Estado

aberto, cooperativo, e a compreensão da sociedade civil transnacional. Para tanto, volta-se os olhos para a formação do Estado moderno, sendo possível realizar análise aprofundada de sua necessária (e inarredável) abertura na atualidade.

Nas lições de Maliska (2003), no Estado Absolutista, estava-se diante de uma sociedade marcada por profundas tensões ideológicas, razão pela qual se buscou no Estado a manutenção da ordem e a ruptura cabal com o sistema feudal/medieval – o que trilhou os caminhos para o Estado liberal das revoluções burguesas –, principalmente ao se almejar as definições de centralização do poder político, traduzido neste cenário pelo direito divino dos reis, sua natureza transcendental, sacra.

Segundo o autor, a transição do Absolutismo ao Estado Liberal ocorre sob a tônica da força política da burguesia, que no estado absolutista era pouca, e passa a ocupar postura dominante em razão da força da expansão do capitalismo. Isso se deve ao estímulo dado pelos reis (sedentos de recursos para manter a burocracia e seus exércitos), e pela aristocracia (que também lucrava sua parte), levando à contraditória tentativa de manter a superestrutura estatal existente, ao mesmo tempo em que buscava abrir caminhos à estrutura mercantil da burguesia. A ascensão da burguesia, marcada pela transição do escalonamento feudal para o individualismo baseado no dinheiro e no êxito, leva a busca por “leis para todos”, traços iniciais da igualdade – neste momento tão somente formal –, levando também a passagem do poder concentrado nas mãos do rei às mãos de todos (ao menos em princípio). Tal cenário condiciona um novo conceito de lei, solidificando o desejo burguês da generalidade e impessoalidade, retirando sua definição das tradições clássicas para ser repaginado pelas conveniências do terceiro estado.

É possível destacar que a formação do Estado moderno tem em sua gênese a busca por uma abertura ao novo: a transição do Absolutismo para o Estado Liberal, que com o avançar dos tempos se amolda à perspectiva de Estado de Bem Estar Social, adequando-se às vielas construídas pelo caminhar da sociedade e suas transformações, sobretudo em razão da

conquista por direitos. Pertinente realizar uma ponte com a compreensão de abertura do Estado atualmente, e principalmente a identificação da integração Política e Soberana, Econômica, Social e Cultural, a qual marca as relações mundiais atuais.

Maliska leciona sobre aportes marxistas quanto à crítica radical ao Estado Moderno, ótica importante neste estudo. Segundo o autor, Marx desenvolveu um trabalho teórico pensando a mudança prática, a transformação do mundo, visando unir teoria e prática, despidendo as máscaras da ideologia liberal e do sistema econômico capitalista a partir da compreensão das relações sociais por meio de um método que parte do concreto, do material: o capitalismo é uma etapa do desenvolvimento, sendo apenas um degrau para se chegar à emancipação humana contra a alienação – o que apenas o socialismo, de fato, pode realizar.

Com Marx o pensamento moderno sofre uma profunda inversão, a compreensão das relações sociais é impulsionada por um método de investigação que parte do concreto, do material e que denuncia as estruturas ideológicas que mascaram a real estrutura social. Para Marx o capitalismo seria apenas uma etapa necessária do desenvolvimento com vista à emancipação humana. Segundo escreve Garaudy, a emancipação política que os burgueses realizaram contra o Feudalismo, é apenas um degrau, um necessário degrau para a emancipação humana contra a alienação, e esta emancipação apenas o Socialismo sozinho pode realizar completamente (MARLISKA, 2003, p. 48).

A ideia de indivíduo abstrato, portanto, não revela o indivíduo concreto, o qual tem seu papel na sociedade capitalista enquanto questionador da condição de classe. O funcionamento da economia capitalista traz à baila discussões atinentes a importância da economia e de outros fatores, sendo que o determinismo econômico não é exclusivista, mas necessário para uma crítica da sociedade burguesa sob outras perspectivas.

Há que se ponderar, também, que Maliska leciona que, de acordo com o marxismo, o Estado no sistema capitalista é um instrumento da classe dirigente, um mecanismo ideológico que legitima o sistema (como a religião e a cultura), não servindo à razão e ao direito, mas a interesses

privados, em contradição a sua real condição. Sob essa tônica, na sociedade de classes, baseada na propriedade privada, dever e direitos são diferentes, pois nem todos são proprietários, sendo que o Estado merece destaque na ordem social burguesa, pois compreende o espaço comum para a discussão, através de representantes do sujeito privado.

Ao se pensar nas lutas sociais, pautas dos movimentos sociais, como no caso, o feminismo, é salutar transpassar o desafio de pensar Marx no século XXI, buscando uma resposta humana ao avanço desumano do capitalismo globalizado. Marx chama os “operários do mundo” para se unirem, o que leva a análise da luta contra as forças das multinacionais e dos demais atores globais do palco internacional, buscando uma força (perdida) de ideologias modificáveis.

A síntese de Maliska define precisamente tais apontamentos, pois o início do século XXI,

[...] mostrou que a história não acabou e que um novo ciclo está apenas no seu começo. Nesse ponto o velho Marx continua atual como nunca. Sua universal e profunda análise do sistema capitalista faz com que, ainda que ele tenha escrito seus trabalhos numa época completamente diferente da atual, suas análises sejam perfeitas para um capitalismo que se globalizou e que hoje se apresenta sob diversos aspectos como uma ameaça. Nesse sentido está correto Milton Santos quando fala de uma “mais-valia à escala mundial” de “um motor único”. Além do que, Marx nunca deixou de ser atual quanto a crítica ao modelo capitalista. Marx foi o autor que melhor analisou o capitalismo (MALISKA, 2013, p. 98).

Esse novo ciclo pode ser compreendido pela necessidade de repensar as relações sociais, estatais e internacionais no século XXI. As alterações no globo não podem, e não são, despercebidas. As relações humanas, econômicas, territoriais foram completamente desestruturadas e reorganizadas com a sedimentação das novas formas de interação e socialização, inclusive das relações sociais, e nesse sentido a internet e as mídias sociais desempenham um papel complexo e um tanto quanto ainda não compreendido.

O cenário remonta à integração política, qual compreende o entrelaçar dos valores da sociedade com o Direito, sendo necessário repensá-la para que sociedades plurais cheguem à cooperação internacional. A integração política é um pressuposto da ideia de unidade constitucional, compreendendo que uma Constituição aberta, cooperativa e integracionista apresenta o Estado como uma realidade espiritual constituída a partir da interação dos processos de vida individual, levando à Constituição a sua função real e original: a união real da vontade (MALISKA, 2013).

A integração não pode ser conceituada de forma pura, pois o que a determina são os jogos do exercício do poder. Pode-se compreendê-la em três tipos: pessoal, funcional e fática. O primeiro, pessoal, diz respeito a governabilidade e liderança, como o Gabinete institucional; o segundo, funcional, o funcionamento estatal como um organismo que se articula pelos jogos de poder, como as eleições; e o terceiro, fático, os valores comuns, políticos, a força integrativa espiritual, como festas, bandeiras e o hino nacional. Os três tipos se inter-relacionam de forma simbiótica, traduzindo-se na harmonização dos contrastes de um Estado. Para atingir a integração necessária em sociedades plurais, chegando-se à cooperação internacional, é necessária uma teoria constitucional que una a ordem e a tensão desses contrastes (MALISKA, 2013).

Para tanto, é necessária uma moderna interpretação constitucional, hasteando a integração como um processo público de fatos comuns, como objetivos constitucionais temáticos, com uma interlocução institucional para fora, pois

A Constituição exige a integração política, visto que a democracia é vivenciada de forma mais robusta apenas no contexto das Constituições nacionais, que garantem o princípio da soberania popular, a ideia fundamental de que todo poder emana do povo. Até mesmo as estruturas supranacionais e que as organizações internacionais criadas possuem personalidade jurídica distinta dos entes que a criaram, o papel das Constituições nacionais é fundamental enquanto fonte de legitimação democrática (MALISKA, 2013, p. 98).

Assim, a integração como via de mão dupla pode ser compreendida interna e externamente, havendo um subjetivo interesse do Estado nos contornos da integração. A abordagem paradigmática da “Constituição não estar sozinha”, significa que ela não pode ser considerada sozinha, isolada, fechada, mas situada no âmbito da integração, conferindo-lhe novos contornos. É necessário compreender que a Constituição se insere em uma “rede de Constituições”, todas buscando efetivar Direitos Fundamentais, em um cenário onde o constitucionalismo moderno exige a interlocução, e refuta o isolamento. Tudo isso, ao mesmo tempo em que deve ocorrer a integração política, sendo a democracia vivenciada de forma mais robusta no âmbito interno.

Segundo Maliska (2013), falar em Constituição é falar em integração, sendo que a efetivação de suas diretrizes somente é possível com a integração. Não há como falarmos em efetivação de princípios quase indefiníveis, complexos, sem considerar uma abertura e interligação de matizes, sobretudo quando pensamos em América Latina.

A solidariedade, neste viés, compreende o bem-estar social, o modelo democrático que coloca acima de tudo a autodeterminação coletiva em uma sociedade pluralista, pois a única forma de se tê-lo é por meio do não cognitivismo perante as tensões da sociedade plural, sendo necessário encontrar uma polidimensionalidade que compreenda a integração dos contextos sociais.

Portanto, o feminismo latino americano, aqui recortado como os arranjos entre Brasil, Argentina e Chile, reflete a sociedade civil como força que sobressalta o Estado Nação, compondo redes que não são afligidas pelas barreiras territoriais, nacionais, integrando-as e as tornando mais abertas e atentas ao empoderamento da mulher, movimento que em cada camada se torna mais robusto, assumindo assim uma postura supranacional.

Neste sentido, a identidade nacional no contexto da integração política interna e supranacional perpassa o constitucionalismo clássico, chegando hoje em uma democracia social, com participação ativa, com

democratização dos espaços. Grife-se que a existência dessa unidade é possível em razão de elementos comuns dessa pluralidade, que caminha na direção de uma identidade comum, mostrando-se como ferramenta de renovação das instituições estatais. Com isso, há uma valorização das histórias e culturais latino-americanos, fundamental para que haja respeito à relação entre identidade e diversidade, o respeito de um povo às diferenças, pois a identidade cultural,

não é algo estático, acabado; ela está sempre se transformando com a dissolução de aspectos culturais do passado e com a assimilação de novas culturas no contato com outros povos. [...] a consciência de sua identidade passa necessariamente pelo conhecimento das relações históricas com as outras culturas. Aí, então, toma-se consciência também das relações de dominação entre as culturas ou o reconhecimento entre elas (MALISKA, 2013, p. 119).

As relações do feminismo na Argentina, Brasil e Chile pode ser visto como um dos espectros da modificação do Estado Nação na modernidade, pois esse se molda em bases democráticas modernas, assentado em novos paradigmas: uma estrutura aberta e plural revestida de solidariedade entre diferenças.

3. O feminismo latino americano: integração e ferramenta de luta no século XXI

Além das agendas feministas da Argentina, Brasil e Chile, o que se vê nos últimos anos, principalmente com o avanço a modificação das relações por meio de redes sociais, notadamente nos primeiros anos do século XXI, é o entrelaçamento mais forte e facilitado do feminismo existente nestes três países, demonstrando uma agenda única, consolidadas nas últimas décadas em encontros, congressos e integração de militantes, uma nítida transformação da forma de se relacionar e compreender a militância latino-americana.

Essa integração supranacional das sociedades civis é marcada pela similaridade histórica entre as nações. A breve análise histórica demonstra

que há uma convergência das lutas feministas, respeitadas as especificidades nacionais, mas atenta à cultura da qual se emergem, desnaturalizando e desconstruindo submissões e violências vividas pelas mulheres latino-americanas (CONTRETAS, 2017).

Neste sentido, tem-se os Códigos Civis do século XX da Argentina e do Brasil, ambos tratando a mulher como propriedade do homem, parcialmente capaz de praticar os atos da vida civil, demonstrando um cenário comum de poder político sobre o feminino, assim como a luta comum dos movimentos feministas sufragistas nos três países, e a resistência no período ditatorial pelos quais passaram, especialmente a posição das mães naquele tortuoso cenário.

Todos estes acontecimentos, permeados pela proximidade cultural – derivada inclusive da proximidade dos países colonizadores –, aproxima as lutas de cada um dos países, formando uma sociedade civil supranacional, que desempenha seus papéis além do Estado. Exemplo são os Encontros Feministas Latino-Americanos e Caribenhos, que em novembro de 2018 teve seu 14^a encontro realizado em Montevidéu, com o *slogan* “Diversas, pero no dispersas!”³, o qual por si já demonstra que embora o movimento latino-americano seja formado pela diversidade, é dotado de unicidade. O próximo encontro, agendado para 2020, ocorrerá em El Salvador, e os preparativos e chamadas para os encontros são realizados através das redes sociais de uso difundido, como Facebook⁴, Instagram⁵, Twitter⁶ e Youtube⁷, chegando facilmente às mulheres que não integram ativamente os movimentos feministas.

Alvarez (2003) afirma que os Encontros Feministas Latino-Americanos e Caribenhos também promovem

³ Informações obtidas junto ao site do EFLAC – Encontro Feminista Latino-americano e do Caribe. Disponível em: <https://www.14eflac.org/>. Acesso em 10 de março de 2019.

⁴ Disponível em <https://www.facebook.com/14EFLACUruguay/>. Acesso em 10 de março de 2019.

⁵ Disponível em <https://www.instagram.com/explore/tags/eflac/>. Acesso em 10 de março de 2019.

⁶ Disponível em <https://twitter.com/14eflacuruguay>. Acesso em 10 de março de 2019.

⁷ Disponível em <https://www.youtube.com/channel/UC63vAAd4QHNFY3BFqUMRqjQ>. Acesso em 10 de março de 2019.

[...] novas modalidades de ativismo transfronteiras. De fato, um produto-chave desses diálogos tem sido a formação de numerosas redes intra-regionais que tratam de questões e identidades específicas, assim como coalizões de advocacy (ou promoção e defesa de direitos) relacionadas a uma série de questões como a saúde da mulher e direitos sexuais e reprodutivos, violência contra a mulher, e representação política das mulheres. Essas conversas regionais periódicas também ajudam a reorientar as práticas do movimento, os discursos culturais e até as políticas estatais, à medida que as participantes aprendem com a experiência de suas semelhantes de outros países da região e, geralmente, voltam para casa inspiradas pelas novas estratégias organizacionais e pelas novas formas de enquadrar e encaminhar suas questões e reivindicações. Os discursos e estratégias em debate nesses espaços transnacionais do movimento, por sua vez, são traduzidos e adaptados de acordo com contextos locais e nacionais específicos. Sugerimos ainda que os movimentos locais têm se beneficiado com a alternância dos países que sediam os Encontros, já que cada Encontro enfatiza questões ou problemas específicos do país-sede, permitindo que esses problemas sejam discutidos e, às vezes, resolvidos em um ambiente supranacional(ista). Defendemos que os Encontros, dessa forma, representam um espaço mediador de vital importância entre arenas nacionais, regionais e globais do movimento (ALVARES, 2003, p. 575).

Neste sentido, diversos acontecimentos de relevância internacional têm aproximado ainda mais as agendas, tornando o movimento dos países realmente únicos. Além dos grupos, canais e perfis criados para interação de movimentos regionais, por meio de uso de *hashtags*⁸ nas redes sociais, um número preponderante de postagens e movimentos tem se unido, comunicado, e aproximado agendas, além de alcançar um número indefinível de pessoas.

Exemplo marcante foi o movimento “nem uma a menos”, promovido nas redes sociais pela *hashtag* #NiUnaMenos. O movimento foi em razão da comoção que o feminicídio de Chiara Páez, de apenas 14 anos de idade e que estava grávida, fazendo com que um grupo de jornalistas e escritoras

⁸ Palavras-chaves acompanhadas do símbolo cerquilha (#), ou termos associados a uma informação, tópico ou discussão que se deseja indexar de forma explícita no aplicativo Twitter, e adicionado ao Facebook, Google+, Youtube e Instagram. As *hashtags* viram hiperlinks dentro da rede, indexáveis pelos mecanismos de busca. Assim, outros usuários podem clicar nas *hashtags* (ou buscá-las em mecanismos como o Google) para ter acesso a todos que participaram da discussão.

se manifestasse sob o lema "Nem Uma A Menos". A convocação viralizou e a marcha contra a violência machista daquele 3 de junho reuniu multidões. Dois anos e três meses depois, o autor do crime foi condenado pela Justiça Argentina a 21 anos de prisão (CENTERA, 2017). Uma rápida pesquisa nas redes sociais, demonstra que ao menos três eventos foram originados na rede social Facebook⁹ a partir desse movimento, mais de um milhão de pessoas utilizaram a *hashtag* na rede Instagram¹⁰, e uma conta na rede Twitter¹¹ cotiza mulheres para manifestações populares do movimento feminista.

Sobre o movimento "Nem uma a Menos", Maciel e Neto (2018) afirmam que

O feminismo surge como um ideal de empoderamento e de discussão sobre esses arquétipos femininos, sobre o que é ser mulher e seu papel na sociedade. A primeira, segunda e terceira onda feminista representam as mais diversas formas de lutas das mulheres pela igualdade de gênero e o fim do feminicídio, já a quarta onda feminista, localizada na contemporaneidade e em desenvolvimento constante, indica pela primeira vez a luta de mulheres latino-americanas. O movimento Ni una menos, originalmente argentino, mas com alcance em toda América Latina, é de crucial importância para essa nova onda feminista ao descentralizar e ao descolonizar as problemáticas de gênero e ao lutar de forma justa pelo fim do feminicídio e pela igualdade de gêneros (MACIEL; NETO, 2018).

Movimento que também desencadeou em ações não só na América Latina, mas no mundo todo, foi o assassinato da vereadora do Rio de Janeiro pelo PSOL, Marielle Franco. Com os termos "Marielle Presente" e "Marielle Franco Vive", milhares de manifestações pelo mundo demonstraram a força do movimento feminista. De uma rápida pesquisa nas redes sociais pelas mencionadas palavras-chaves, tem-se que o movimento se tornou um coro internacional na luta pelos direitos das mulheres,

⁹ Disponível em https://www.facebook.com/search/events/?q=%23niunamenos&epa=SERP_TAB. Acesso em 10 de março de 2019.

¹⁰ Disponível em <https://www.instagram.com/explore/tags/niunamenos/>. Acesso em 10 de março de 2019.

¹¹ Disponível em https://twitter.com/NiUnaMenos_. Acesso em 10 de março de 2019.

localizando mais de trinta eventos na rede social Facebook¹² de reunião de mulheres tanto no Brasil, como nos Estados Unidos e Europa, de rodas de conversas, aulas, vigílias e protestos pela vida das mulheres, especialmente das mulheres negras. Na Argentina, o Senado realizou sessão em homenagem à vereadora em setembro de 2018 (RODRIGUES, 2018).

Outrossim, no 8 de março de 2019, Dia Internacional da Mulher, foram grandiosos os movimentos nas redes sociais que desencadearam em manifestações, movimentos de rua, publicações, vídeos, matérias jornalísticas, com as *hashtags* “8M” e “8M2019”. Nas redes sociais, milhares de postagens demonstram a nova face do feminismo latino-americano: uma luta comum que se solidariza pelas amarguras enfrentadas por todas as mulheres do continente, que embora sofram diferentes tipos de repressão e violência em seus países, irrefutavelmente marcham em prol de suas vidas e seus direitos.

A união feminista latino-americana da Argentina, Brasil e Chile é fruto dos laços criados e mantidos especialmente nos últimos cinquenta anos pelos movimentos dos três países, em razão das adversidades vividas, destacando-se as lutas contra as ditaduras militares. Assim como no passado, o feminismo presente busca compreender e lutar contra os cenários sociais e políticos desses países, que se inclinam em direção à mitigação de direitos das mulheres, momento que demanda reforço dos movimentos sociais.

O feminismo latino-americano demonstra que as barreiras do Estado Nação já foram superadas pela união e força da sociedade civil no campo transnacional, demonstrando não somente a abertura da sociedade e dos países para as novas pautas de lutas pelos Direitos Fundamentais e pela manutenção da democracia na América Latina, mas também a cooperação e integração nacional, revelando que as lutas não são mais locais.

Portanto, o feminismo em sua pluralidade retrata a diversidade interna no âmbito constitucional, e a diversidade externa, consistente na

¹² Disponível em https://www.facebook.com/search/str/marielle+franco/keywords_events?epa=SEARCH_BOX.

inserção da ordem constitucional nacional num ambiente de convívio com outras ordens constitucionais (MALISKA, 2013).

Considerações Finais

Sem a pretensão de esgotar os debates aqui suscitados, o estudo buscou demonstrar o feminismo latino-americano através do prisma da sociedade civil aberta, cooperativa e integrativa, que revela uma democracia construída na modernidade ancorada na Constituição nacional, na qual o povo exerce sua soberania no espaço político, em planos mais altos, para além da Constituição (MALISKA, 2013).

O interculturalismo desencadeado pelo feminismo latino americano é ferramenta de renovação da compreensão do pluralismo, levando a indagações sobre o Estado Constitucional aberto, cooperativo e integrativo: as instituições em sua essência são integrativas? O que se vê, é a que a sociedade civil está a frente das instituições estatais, organizando-se e refletindo os novos referenciais sociais e a forma de ver o mundo, sobretudo buscando uma estrutura aberta e plural que se baseia na solidariedade entre as diferenças.

A abertura ocasionada pelo movimento feminista latino-americano é reflexo da abertura para fora da ordem constitucional, pois ao haver uma simbiose do pensamento e movimento entre Argentina e Chile, por exemplo, há um maior relacionamento com elementos externos, com uma ordem maior de interação e integração sociocultural. A pluralidade desse movimento retrata a diversidade interna e externa dos Estados, reforçando o pluralismo na ordem constitucional, pois há um ambiente maior e um convívio com outras ordens constitucionais.

Os novos contornos do feminismo latino-americano ainda estão sendo desenhados. Com a modificação das formas de relações por meio das redes sociais, os movimentos ganharam maior visibilidade, difundindo-se e propiciando que mais pessoas sejam atingidas por pautas antes

restritas àqueles que se identificam com o feminismo. No entanto, seus reflexos ainda estão sendo apurados, pois

O júri ainda vai se pronunciar sobre como os movimentos latino-americanos feministas e de mulheres poderiam mais efetivamente engajar-se com o atual momento neodesenvolvimentista ou pósneoliberal. E da mesma forma que os momentos neoliberais anteriores discutidos neste ensaio, ativistas continuam a trabalhar para mobilizar políticas sociais e de desenvolvimento de estados pós-neoliberais em direções mais feministas e, como sempre, permanecem ambivalentes em seus engajamentos com aquelas arenas políticas. No entanto, agora de forma mais consciente, buscam desafiar e ir além do discurso de desenvolvimento dominante, mesmo o da esquerda e centro-esquerda (ALVAREZ, 2014, p. 77).

Não se pode esquecer que as novas formas de relações e integrações são permeadas pela mobilidade e maleabilidade das relações humanas no século XXI: Chefes de Estado se comunicam com a população por meio de redes sociais, propagandas são difundidas pelos meios digitais, notícias são impulsionadas pelas redes. Portanto, a estudo de seus reflexos não podem ser ignorados, pois revelam a diversidade mundial de forma irreversível.

Assim, o feminismo latino-americano, especialmente a teoria e militância da Argentina, Brasil e Chile, demonstra uma nova vertente do movimento constitucional, mergulhado na análise culturalista e social, aberta e disposta à compreensão das mudanças e avanços sociais.

Referências

ALVAREZ, Sonia E. **Engajamentos ambivalentes, efeitos paradoxais: movimentos feminista e de mulheres na América Latina e/em/contra o desenvolvimento.** Revista feminismos: Vol.2, N.1 Jan. - Abr. 2014, p. 57-77. Disponível em www.feminismos.neim.ufba.br.

_____. **Um outro mundo (também feminista...) é possível: construindo espaços transnacionais e alternativas globais a partir dos movimentos.** Florianópolis: Revista Estudos Feministas, julho-dezembro/2003, p.533-440.

_____. **Feministas na América Latina: de Bogotá a San Bernardo**. San Bernardo: Revista Estudos Feministas, 1992.

BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (org). **50 anos do feminismo: Argentina, Brasil e Chile. A construção das mulheres como atores políticos e democráticos**. 1ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017.

CENTENERA, Mar. **Autor do crime que originou o movimento ‘Nem Uma A Menos’ é condenado a 21 anos de prisão**. Buenos Aires: Jornal EL País, 2017. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/08/internacional/1504901804_295940.html. Acesso em 10 de março de 2019.

COSTA, Ana A. A. O feminismo brasileiro em tempos de ditadura militar. In **Gênero, Feminismos e Ditaduras no Conesul**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2010.

COSTA, Cláudia L. **Feminismo e Tradução Cultural: sobre a colonialidade do gênero e a desconcolização do saber**. Florianópolis: Portuguese Cultural Studies, 2012, p. 41-65.

DOMINGUES, José M. **Os movimentos sociais latino-americanos: características e potencialidades**. Conselho Latino Americano de Ciências Sociais – CLACSO. IESP/UERJ, Instituto de Estudios Sociales y Políticos. Rio de Janeiro: 2007.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Galeano de Freitas. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991.

MACIEL, Thaynná S.; NETO, Antonio C. B. S. **Resistência das mulheres latino-americanas: ni una menos**. XIII Colóquio nacional representações de gênero e sexualidade – CONAGES: 2018. Disponível em <http://www.editorarealize.com.br/revistas/conages/resumo.php?idtrabalho=161>. Acesso em 10 de março de 2019.

MALISKA, Marcos A. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação e integração**. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

_____. O Estado Moderno. In. **Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional**. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PEDRO, Joana M.; WOLFF, Cristina S. **Gêneros, ditaduras e feminismos no Cone Sul**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2010.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012, p. 427.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** Companhia das Letras. Edição do Kindle.

RODRIGUES, Alex. **Senado argentino realiza sessão em homenagem a Marielle Franco**. Agência Brasil: 2018. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/senado-argentino-realiza-sessao-em-homenagem-marielle-franco>. Acesso em 10 de março de 2019.

RIGOL, Eliana. **Moscas no labirinto**. Porto Alegre: Editora Pergamus, 2018.

SANTOS, Boaventura de S.; MENDES, José M (org.). **Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas**. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

COLOMBO, Sylvia. **Argentina aumenta cota de mulheres no Congresso para 50%**. Folha de São Paulo: 8 de março de 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/03/argentina-aumenta-cota-de-mulheres-no-congresso-para-50.shtml>. Acesso em 10 de março de 2019.

SOUZA, Cristiane A. **A eficácia das cotas eleitorais na Argentina e no Brasil**. Projeto de investigação Democracia e Paridade de gênero”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Revista Novos Estudos Jurídicos UNIVALI: 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej>. Acesso em 06 de março de 2019.

O acesso à justiça no Estado Constitucional Cooperativo ¹

Rodrigo Barzotto Pereira de Souza

Introdução

O ideal de Estado Nacional Cooperativo deve garantir os Direitos Fundamentais do cidadão e efetivar a persecução criminal dos Estados, o que passa, na maioria dos casos, pela judicialização da pretensão. Intessa para o preente artigo como o Estado Nacional Cooperativo garante o acesso à justiça na perspectiva de que as garantias e as ferramentas para a resolução de conflitos podem ser imprescindíveis para o sucesso da cooperação.

Se propõe o trabalho a estudar a normatização do acesso à justiça no nível do Estado Nacional Cooperativo e as ferramentas para a garantia desse direito objetivando a resolução de conflitos no âmbito geral, na região do Mercosul e no Brasil.

Buscará verificar se a garantia do acesso à justiça deve existir ao nível cooperativo e como isso ocorre no plano normativo internacional, ou seja, quais as bases para a atuação transnacional nas relações privadas e na persecução criminal que interessa aos Estados, sem descuidar da soberania deles e da cidadania de seu povo.

Pretende tratar das implicações para o acesso à justiça especificadas no plano internacional para a garantia da efetividade e manutenção do

¹ Artigo apresentado para obtenção de nota parcial na disciplina de Estado Constitucional e Democracia ministrada pelo professor Dr. Marcos Augusto Maliska.

cooperativismo conforme as definições de Peter Häberle e, também, como ocorre a Cooperação Jurídica Internacional no Código de Processo Civil Brasileiro e no campo do Direito Processual Penal, verificando institutos existentes e aplicáveis à essa forma de atuação.

Finalmente, interessa descrever de forma sucinta e sem esgotar o assunto, as dificuldades na Cooperação Jurídica Internacional, notadamente o conflito entre o interesse internacional e os nacionais que envolvem princípios sensíveis, além de outros eventuais problemas como: o tempo do processo, o formalismo e a complexidade em razão da pluralidade de procedimentos, os custos elevados e a eficácia das decisões que envolvem juízes de diferentes estados, para identificar se as regras e ferramentas que garantem o acesso à justiça permitem, efetivamente, a resolução de conflitos e com isso a pacificação dos povos e a garantia de punição àqueles que cometem os crimes, com vistas à manutenção e à expansão do sistema cooperado.

1. Conceito e características da cooperação jurídica internacional

Cooperação significa trabalhar junto, colaborar. De acordo com o dicionário da Língua Portuguesa Michaelis (2020, p. 10) Cooperação significa: sf. 1 Ato ou efeito de cooperar. 2 Prestação de auxílio para um fim comum; colaboração, solidariedade.

Entende Ricardo Seidenfus (2005, p. 173) que o princípio da cooperação é “fundamento do multilateralismo das Nações Unidas”. A Carta das Nações Unidas, que reordena o direito e as relações internacionais após o conflito de 1939-1945, expressamente ocupou-se da cooperação como algo imprescindível para a realização da paz, pois quem coopera está, a princípio, em situação de amigo e não de oponente, o que seguramente previne a beligerância.

Entre os propósitos da ONU está: “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos

direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”².

Nas palavras de Maristela Basso (1997, p. 343), a cooperação judiciária internacional seria: “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas judiciais provenientes da Judicatura de outro Estado e para a execução extraterritorial da sentença estrangeira”.

De acordo com Amílcar de Castro (2000, p. 551):

Sempre que houver qualquer ato de cooperação jurisdicional, haverá o reconhecimento da soberania alheia. Esse reconhecimento se dá através da jurisdição delibatória, através da qual o Estado requerido apenas analisa alguns requisitos formais para, então, dotar a decisão estrangeira de executoriedade através da expedição do exequatur, a partir de quando a referida decisão será comparada às decisões nacionais para efeitos executórios.

Para o mesmo autor emprega-se a palavra *exequatur* para denominar a autorização necessária à execução; terceira pessoa do singular do verbo latino *exsequi*, executar, cumprir, significando, portanto, seja executado, cumpra-se” (CASTRO, 2000, p. 552).

Nas palavras da autora Nádia de Araújo (2003, p. 50):

A exceção da ordem pública, em direito internacional privado, principal óbice à operacionalização da justiça transfronteiriça, funciona como verdadeira válvula de escape àquele país onde é requerida a execução de algum provimento judicial. Tal exceção embarga a cooperação porque a homologação do ato requerido violaria o conjunto de valores fundamentais do foro. Entretanto, como se denota do Estudo da obra de Mancini e Jayme, a regra deve ser sempre a cooperação, de modo que a exceção de ordem pública deve ser utilizada apenas excepcionalmente.

Utiliza-se da carta rogatória como veículo de transmissão destinado ao cumprimento de diversos atos judiciais: citação, notificação e cientificação (denominados atos ordinatórios ou de mero trâmite), coleta de provas (os chamados atos instrutórios) e aqueles que contenham medidas

² Artigo 1º, §3º da Carta de São Francisco

restritivas (os chamados executórios), ou seja, presta-se essencialmente ao reconhecimento e ao cumprimento de decisões interlocutórias (ARAÚJO, 2003, p. 51).

A carta rogatória em sentido lato é aquela que carrega um procedimento administrativo. A carta rogatória em sentido estrito tem origem em uma decisão judicial estrangeira, mesmo que de natureza meramente processual, geralmente destinada ao impulso meramente processual. Roga-se ao Estado requerido que dê eficácia a determinações como citações e intimações, produção de provas, perícias, medidas cautelares, etc. Esses atos processuais só podem ser realizados no Brasil com a expedição do *exequatur* (ARAÚJO, 2003, p. 51).

Normalmente a tramitação das cartas rogatórias é efetivada pela via diplomática ou através das autoridades centrais, sendo seu cumprimento sujeito às determinações legais do país rogado, no juízo de delibação. Para ser autorizado o cumprimento das diligências rogadas, é preciso o *exequatur*. No Brasil, por exemplo, o STJ é o responsável pelo juízo de delibação, conforme art. 105 da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 (BRASIL[1], 1988, p. 1).

Tem-se que a homologação de sentença estrangeira é um processo mediante o qual se confere eficácia, em território nacional, a decisões judiciais estrangeiras. A homologação destina-se ao reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras terminativas, de caráter definitivo (TIBURCIO; BARROSO, 2006, p. 8).

Além das cartas rogatórias e da homologação de sentença, os atores da cooperação jurisdicional dispõem de laudos arbitrais estrangeiros e de outra modalidade de mecanismo: o auxílio direto – trata-se de um procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (matéria penal) ou AGU (matéria cível) propor a demanda desde o início (TIBURCIO; BARROSO, 2006, p. 8).

O auxílio direto configura pedido que não necessita de juízo de delibação no STJ, seja pela sua natureza administrativa ou pelo fato de buscar uma decisão judicial brasileira relativa ao litígio que tem lugar em Estado estrangeiro (TIBURCIO; BARROSO, 2006, p. 8).

No auxílio direto, a autoridade central é o órgão responsável para efetuar o trâmite dos pedidos, cabendo a ela encaminhar os casos às autoridades competentes para pleitear as medidas cabíveis perante o juízo de primeiro grau. Em geral, os pedidos de auxílio direto são alicerçados em tratados ou acordos bilaterais (BRASIL [3], 2008, p. 1).

2. O acesso à justiça no contexto de jurisdições concorrentes

Notadamente a publicização do Direito surgiu com o crescimento das funções do Estado. A socialização do fenômeno normativo colocou o “planejamento e as políticas públicas em prol do novo sentido operacional e instrumental conferido às normas jurídicas” (RANIERI, 2001, p. 154).

Nas palavras de Menelick Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2011, p. 108), a centralidade das políticas públicas na concepção do Estado social promoveu uma profunda alteração na imagem do Estado na *justificação dos Direitos Fundamentais*. De acordo com os autores, verificou-se, a partir de então, “a preponderância da ideia de autonomia pública onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de *bem comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata”.

De acordo com Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 101):

Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico (ou pseudo-publicístico, pois fruto do subjetivismo particularista dos juízes em várias hipóteses) do ativismo e protagonismo judicial (...). Tais tendências de socialização do processo representavam um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no “duelo judiciário” em que o processo se transformava.

Para Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2009, p. 253), o desafio ao acesso à justiça, logo após a Revolução Industrial – Século XVIII, estava em dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém constitucionalizados. Para tanto, foi preciso pensar instituições mais comprometidas com as contingências sócio-políticas e menos apegadas ao formalismo conservador do período liberal.

Atua o estado para garantir o acesso à justiça num modo utilitarista conforme prevê Amartya Sen (2010, p. 82): “[...] abordagem utilitarista não atribui importância intrínseca a reivindicações de direitos e liberdades (eles são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades). É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassalos delirantes”.

Nas palavras de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2009, p. 254):

O Estado procurara gerar igualdade material, mas seus métodos acabaram por dar lugar à “opressão burocrática e administrativa”. Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta final do Estado Social), o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente.

Aplica-se o direito para fins coletivos ou para atingir metas sociais. Como prevê Jürgen Habermas (2003, p. 171-172):

[A] partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente. Pois, na implantação de tais programas, entram medidas de efetividade capazes de medir o emprego do poder administrativo, as quais substituem medidas de legitimidade da regulação jurídica. De fato, esse perigo parece crescer quando as tarefas do Estado se ampliam. A partir desse momento, o direito instrumentalizado para fins políticos, é açambarcado por um sistema administrativo independente e degradado à condição de meio entre outros meios aptos a resolver problemas de integração funcional.

Acerca do acesso à justiça, prevê Carreira Alvim (2003, p. 2):

[o] acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12) o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, constitui requisito fundamental de um sistema jurídico que pretenda não só proclamar, como garantir o direito de todos. Salientam que é o acesso de todos ao efetivo exercício de seus direitos, portanto, pressuposto de justiça social, que Aristóteles chamava de distributiva.

O acesso à justiça no paradigma democrático – também chamado de acesso à justiça qualitativo – é construído em consonância com uma Teoria da Constituição e uma Teoria Geral do Processo, adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito como contraponto daqueles que buscam um acesso à ordem jurídica justa e a efetividade processual a todo custo, desconsiderando os riscos. Assim, surge como contraposto ao acesso à justiça defendido no paradigma social – quantitativo (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 179).

No âmbito internacional a base para a cooperação e acesso à justiça é o Código Bustamante de 1928. Esse Código de Direito Internacional Privado é composto de 437 artigos contendo, inicialmente, as regras gerais e, posteriormente, quatro livros: direito civil internacional, direito comercial internacional, direito penal internacional e direito processual internacional (CASELLA; ARAÚJO, 1998, p. 10). O acesso à justiça é previsto no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, p. 2):

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Nesse mesmo sentido há o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, 1966 e o art. 8º, item 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969.

Sobre o acesso à justiça em cooperação internacional, tem-se o que ocorre a partir do Tratado de Roma, que passou a ter viabilidade técnica com a Convenção sobre Competência e Homologação de Matéria Cível e Mercantil, de 27/09/1968. Mais conhecida como Convenção de Bruxelas, a referida convenção tratou da competência jurisdicional e da execução das decisões em matéria civil e comercial. Também trouxe elementos a Convenção de Roma³ de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, que estabeleceu critérios de competência.

De acordo com o texto de Paulo Borba Casella e Nádya de Araújo (1998, p. 70), o Tratado de Amsterdã transformou a cooperação jurisdicional, tradicionalmente formulada pelos Estados, em matéria comunitária, legislada pela UE e imposta aos Estados-Membros.

Conforme João Grandino Rodas e Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2007, p. 10) a Conferência Permanente de Direito Internacional Privado – DIP, sediada em Haia, na Holanda, é uma organização intergovernamental que tem como objetivo trabalhar no estudo e desenvolvimento da unificação progressiva das regras de DIP.

Atualmente a codificação do DIP tem sido feita em pequenas parcelas, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT, organização intergovernamental independente, com sede em Roma, na Itália (POZZATTI JUNIOR, 2010, p. 159).

³ A Convenção de Bruxelas, de 1968 e artigo 220 do Tratado de Roma, previram as competências para a execução de decisões estrangeiras, assim como unificou os requisitos para o reconhecimento de decisões estrangeiras.

Tendo em vista o aumento do número de processos com elementos de conexão internacional ao redor do mundo, a Conferência de Haia sobre o Direito Internacional Privado produziu Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça em 1980, tendo a mesma entrado em vigor internacionalmente em 1988.⁴

Na América do Sul, as convenções de harmonização do Direito Internacional Privado estão vinculadas a um projeto maior de integração regional, que as transcende, pois tem como objetivo dar efetividade ao tratamento judicial das relações entre os entes privados com conexão internacional. Ainda que a harmonização do DIP não construa um sistema institucionalizado de integração econômica, com uma zona de livre comércio e uma união aduaneira, é inegável que tal iniciativa fortalece a integração judiciária regional, o que é tarefa indispensável para a construção de uma sólida integração econômica da região (POZZATTI JUNIOR, 2010, p. 118).

Ainda, no âmbito americano, foi criada em 1948 a Organização dos Estados Americanos – OEA tem por função promover o desenvolvimento progressivo dos povos do continente americano. Para tanto, uma das suas funções é a codificação do direito internacional e o estudo dos problemas jurídicos referentes à integração e às possibilidades de uniformidade legislativa (POZZATTI JUNIOR, 2010, p. 131).

Conforme Jacob Dolinger (1993, p. 73), a partir da Conferência Especializada de Direito Internacional Privado, de 1971, adotou-se o mecanismo de codificação parcial e progressiva – Codificação Internacional do Direito Internacional Privado – CIDIP com uma ideia de substituir o Código Bustamante e os Tratados de Montevideú.

O Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, instituiu o MERCOSUL com o objetivo de promover a integração econômica entre os seus Estados signatários e, ao contrário do que ocorre na União Europeia,

⁴ A Convenção de Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça foi assinada pelo Brasil em 25/10/1980 e aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 658 em 01/09/ 2010. O depósito do instrumento aconteceu em 15/11/2011, sendo que entrou em vigor internacionalmente em 01/02/2012 A ratificação aconteceu pelo Decreto Executivo no 8.343 de 13/11/2014.

há ausência de regras supranacionais, visto que a construção dos mecanismos mercosulinos depende inteiramente da vontade de cada um dos seus Estados-partes. Esta dependência dos governos nacionais para a implementação das políticas do bloco caracteriza o paradigma da intergovernamentalidade (ILHA; VENTURA, 1999. p. 21).

Foram criadas, no âmbito do MERCOSUL, regras próprias para a promoção da integração através da cooperação jurisdicional, ao invés de fazer uso direto dos mecanismos criados pelas CIDIP's (ARAÚJO, 2003, p. 11).

Refere Claudia Lima Marques (2005, p. 45) que entre outros, os mais importantes protocolos acerca da cooperação jurisdicional no MERCOSUL são: o Protocolo de *Las Leñas* de 1992 e o Protocolo de Medidas Cautelares de 1994.

No Brasil o acesso à justiça tem a ver com a conjuntura político-jurídica da história mais recente e à necessidade de enfrentar a questão da desigualdade social, conforme aponta Eliane Botelho Junqueira (1996, p. 1-2):

[A] análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *Welfare State* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós- 64. (...) Os motivos para o despertar do interesse brasileiro no início dos anos 80 para esta temática, portanto, devem ser procurados não neste movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça, mas sim internamente, no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se iniciava.

Nas palavras de Julia Porto (2009, p. 51):

(...) o acesso à justiça no Brasil é envolvido por fatores que fogem inclusive à fundamentação de seu surgimento como forma de expandir-se o Estado Social e efetivar os direitos sociais já consagrados formalmente. Tem-se, então, que, no contexto brasileiro, a temática em questão é bem mais complexa que tornar efetivos direitos sociais promulgados em outrora.

De acordo com Cleber Francisco Alves (2005, p. 60) existe conexão entre acesso à justiça e cidadania, pois para ele o conceito de cidadania implica na luta pela efetividade de direitos meta-individuais que não perdem o caráter de Direitos Fundamentais. Trata-se de direito à terra e à moradia, do direito ao meio ambiente, do direito do consumidor, além dos direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, das minorias étnicas, entre outros, associados aos chamados direitos de “terceira geração” e que por sua vez normalmente costumam ser vinculados à “segunda onda” do movimento mundial de acesso à Justiça.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL[1], 1988, p. 2), em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No plano de acesso à justiça, também se destaca a inclusão do direito à assistência jurídica aos hipossuficientes. A Constituição (BRASIL[1], 1988, p. 2) inovou ao assegurar a todos o direito à assistência jurídica integral e gratuita, nos termos de seu art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Finalmente a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que inseriu no ordenamento jurídico novos Direitos Fundamentais e normas de organização do Poder Judiciário, deu positividade constitucional ao direito de acesso à justiça em um prazo razoável. Prevê o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição (BRASIL[1], 1988, p. 3): “direito à razoável duração do processo”.

3. Direito internacional privado e o estado nacional cooperativo

Para o civilista brasileiro, Pontes de Miranda, o Direito Internacional Privado – DIP é um direito sobre o direito. Dispondo de regras sobre a aplicação de um determinado direito, o DIP regulamenta a vida social das pessoas – físicas ou jurídicas – privadas, ou, se públicas, atuando como se privadas fossem, implicadas na ordem jurídica internacional (MIRANDA, 1935, p. 10).

De acordo com Francisco de Miranda (1935, p. 11):

O DIPr é o ramo da ciência jurídica que procura soluções adequadas para os conflitos emergentes de relações jurídicas privadas internacionais, que emergem dos conflitos de leis no espaço. O DIPr atual tem as relações transnacionais no seu conteúdo nuclear: a compra de produto em *site* sediado no estrangeiro, famílias inteiras viajam para o exterior, ou passam a viver no exterior permanentemente. A finalidade do DIPr é disciplinar todas essas relações jurídicas que contenham um elemento de conexão internacional. Trata-se de um conjunto de normas de *direito interno*, público, que indica ao juiz local qual *arcabouço jurídico* deverá ser aplicado em um dado caso concreto: o do foro ou alguma lei estrangeira.

Para a concepção clássica, o DIP tem por função apenas a indicação da cultura jurídica a ser aplicada em um caso concreto, sendo que o problema do DIP, para a doutrina clássica, não é um problema de justiça material, mas sim a escolha da lei aplicável indicada pela norma de conflito. Essa corrente de pensamento tem por maior preocupação a segurança e a certeza jurídica das partes envolvidas, cuidando no sentido de atingir a justiça formal (MIRANDA, 1935, p. 11).

Nas palavras de Erik Jayme (2004, p. 105):

O DIPr clássico tem como finalidade principal a garantia da harmonia na comunidade jurídica internacional e na execução das decisões estrangeiras. É um ideal formal e objetivo, devido a autoridade de grandes autores do século XIX como, por exemplo, Savigny. A justiça conflitual baseia-se nas ideias de conexão, no caso concreto, com um país, que justifique a aplicação do direito desse país, qualquer que seja o resultado concreto da aplicação dessa norma.

Segundo o mesmo autor: “de certa maneira, o direito internacional privado aparece como um sistema que preserva a sua estrutura tradicional e que é, ao mesmo tempo, aberto a realização de valores novos” (JAYME, 2004, p. 146).

Dentre os ramos do Direito Internacional Privado o Processo Civil Internacional é o ramo responsável pela cooperação jurisdicional. De acordo com Nádya de Araújo (2003, p. 193):

O chamado Processo Civil Internacional tem por objetivo as situações processuais civis com contatos internacionais. Trata desde a regulação dos conflitos internacionais de jurisdição – aí incluídas as questões de competência internacional e imunidade de execução – à determinação das condições para o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, bem como a realização, em uma jurisdição, de atos processuais do interesse de outra jurisdição. Estas duas últimas ações integram o que se chama de cooperação judiciária internacional, às quais se adiciona, dentro dessa modalidade, a informação do direito estrangeiro.

Tem-se que a cooperação jurisdicional garante o direito de o Estado e seus cidadãos processarem e julgarem litígios de sua competência, mesmo quando elementos indispensáveis a conclusão do processo se encontrem em espaço sob jurisdição estrangeira. Então a cooperação jurisdicional nada mais é do que o auxílio mútuo prestado entre os Estados. Refere-se especificamente à concretização de direitos em um espaço além das fronteiras do Estado nacional (POZZATTI JUNIOR, 2010, p. 61).

Raul Cervini e Juarez Tavares (2000, p. 51) definem a cooperação jurídica internacional como:

[...] o conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma

natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseca do auxílio requerido.

De acordo com Peter Häberle (2007, p. 6-7), os elementos que norteiam o Estado encontram-se em constante interação com fatores externos, especialmente, devido à globalização. Levando-se em consideração esse fato, afirma-se que o Estado-nação, individualmente considerado, depende do direito internacional ou, se assim se preferir, o direito internacional está implicado com ele.

Nas palavras de Otto Kimminich (1990, p. 10):

O Estado constitucional cooperativo trata, ativamente, da questão de outros estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos “estrangeiros”: sua “abertura ao meio” é uma “abertura ao mundo” (cf. art. 4º da Constituição do Jura. A cooperação realiza-se política e juridicamente. Ela é, sobretudo, um momento de configuração. O Estado Constitucional Cooperativo “corresponde” a desenvolvimentos de um Direito Internacional cooperativo.

O Estado Constitucional Cooperativo vai ao encontro das ideias expostas acerca das novas concepções sobre os conceitos de soberania e cidadania, justamente por se apoiar no questionamento acerca da impermeabilidade da soberania e das fontes do direito nos Estados (KIMMINICH, 1990, p. 16-17).

4. A cooperação jurídica internacional do Código de Processo Civil – artigos 26 a 36

Nas palavras de Ademar Pozzatti Junior (2015, p. 312), o Código de Processo Civil – CPC, aprovado pelo Senado Federal sob a Lei nº 13.105/15, embora conste com um capítulo específico, não trouxe qualquer inovação significativa sobre a prática da cooperação jurídica internacional, sendo que apenas organiza algumas práticas já positivadas em legislação esparsa.

Conforme o mesmo autor, no que se refere aos limites da jurisdição nacional, o artigo 24 continua a não reconhecer a litispendência

internacional, “não obstante que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil (POZZATTI JUNIOR, 2015, p. 312)”.

No artigo 26, o CPC (BRASIL[2], 2015, p. 2) prevê:

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;

V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

§ 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

§ 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira.

§ 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

§ 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

Conforme Ademar Pozzatti Junior (2015, p. 314), o artigo 27 do CPC elenca as diligências que poderão ser objeto de cooperação jurídica internacional: citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, colheita de provas e obtenção de informações, homologação e cumprimento de decisão, concessão de medida judicial de urgência, assistência jurídica internacional e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Em relação ao mecanismo de tramitação dos pleitos cooperacionais, o CPC prevê o “auxílio direto”, quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil, e a “carta rogatória”. Dessa forma, fica vetada qualquer contato direto entre as autoridades judiciais requerentes. Somente quem se comunica diretamente são as

autoridades centrais. Há também opção pelo auxílio direto para a atividade judicante (POZZATTI JUNIOR, 2015, p. 314).

O CPC também manteve a concentração no STJ da concessão do *exequatur*, através de jurisdição contenciosa, não admitindo que o juízo de primeira instância se responsabilize pela cooperação jurisdicional, conforme artigo 36:

Art. 36. O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

§ 1º A defesa restringir-se-á à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil.

§ 2º Em qualquer hipótese, é vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira.

Conforme explica Ademir Pozzatti Junior (2015, p. 314) o CPC também manteve a intermediação da autoridade central em todo e qualquer procedimento, assim como a necessidade de se providenciar tradução oficial. Por fim, com relação às decisões estrangeiras, o CPC tratou do tema de forma lacônica, estabelecendo apenas a obrigatoriedade da homologação para que então surtisses efeitos no território nacional, mantendo todas as formalidades previstas na Resolução no 09/2005 do STJ. A decisão estrangeira, então, somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado, nos termos do artigo 961, com exceção a sentença estrangeira de divórcio consensual que

produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. A cooperação internacional no campo do Direito Processual Penal

De acordo com Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2015, p. 254), o avanço da criminalidade internacional dificulta, e por vezes inviabiliza, a persecução penal, e exige das nações atingidas o desenvolvimento de arcabouço normativo específico, de modo a possibilitar a obtenção de provas de fatos ilícitos ocorridos no exterior, alcançar provas que estejam em outros países, ou ainda obter a extradição ou captura de indivíduos envolvidos nos esquemas criminosos.

A partir desse problema desenvolveu-se a teoria do Direito Penal Internacional, compreendida como:

[...] ramo do direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas, estabelece também as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais, a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional (FERNANDES, 2013, p. 5).

Kai Ambos (2008, p. 43) defende que não só houve uma consolidação do direito penal internacional, mas também do sistema de direito penal da comunidade internacional, de modo a assegurar a ampliação da regulação destes institutos para zonas acessórias do direito penal, como é o caso da execução penal, cooperação jurídica internacional e assistência judicial.

Para Denise Neves Abade (2013, p. 40), a cooperação jurídica internacional compreende as atividades processuais ou pré-processuais a serem cumpridas por órgãos jurisdicionais competentes de Estados

diferentes, podendo ser entendida como um conjunto de atos de auxílio entre os Estados no campo jurisdicional.

Ainda, a mesma autora propõe uma classificação da cooperação jurídica internacional relativamente aos fins almejados, que pode ser dividida em: a) colaboração no cumprimento de atos instrutórios e cautelares necessários ao início e desenvolvimento de determinado processo penal; b) colaboração na localização, detenção e devolução do acusado ou do culpado na prática de um delito, para, respectivamente, responder a processo ou cumprir sanção penal; e c) colaboração na produção de efeitos, no território de um Estado, originários de uma sentença penal condenatória, havida em outro Estado (ABADE, 2013, p. 41).

Então, a cooperação jurídica internacional pode ser prestada através de três diferentes formas:

a) **via diplomática** - será utilizada sempre que houver tal previsão em tratados ou costumes internacionais. Assim, os pedidos de cooperação jurídica internacional realizados através de canais diplomáticos deverão obedecer os mesmos procedimentos utilizados em outros tipos de comunicações formais realizados entre os Estados. No entanto, trata-se de uma via de cooperação que não é especializada, tampouco é exclusiva a estes fins, de modo a comprometer significativamente a celeridade e eficiência dos procedimentos adotados.

b) **via autoridade central** - trata-se de um órgão de comunicação, com previsão em tratados internacionais, e cuja função consiste em “gerenciar o envio e o recebimento de pedidos de auxílio jurídico, adequando-os e os remetendo às respectivas autoridades nacionais e estrangeiras competentes. No Brasil, a autoridade central examina os pedidos ativos e passivos, sugerindo adequações, exercendo uma sorte de juízo de admissibilidade administrativo, tendente a acelerar e melhorar a qualidade dos resultados da cooperação”. A cooperação jurídica internacional realizada via autoridade central tende a ser mais célere, haja vista a altíssima especialização deste órgão.

c) **via contato direto** - nesta modalidade há o contato direto entre os órgãos que procuram cooperar, sem a intermediação do Corpo Diplomático ou da Autoridade Central (ABADE, 2013, p. 45).

Tem-se que os pedidos de cooperação jurídica internacional podem ser classificados a partir dos instrumentos utilizados, como as cartas

rogatórias, as ações de extradição, a homologação de sentença estrangeira, e a transferência de presos, entre outros (ABADE, 2013, p. 45).

5.1 Cartas rogatórias

Conforme aponta Márcio Adriano Anselmo (2013, p. 125), carta rogatória embute, em sua origem uma decisão judicial estrangeira, de modo que se roga, ao Estado requerido, por meio de tal instrumento, que se execute ato jurisdicional já proferido, dando eficácia a determinados atos decisórios e não decisórios, tais como citações e intimações, produção de provas, medidas cautelares, dentre outros.

5.2 Extradição

Para a doutrina de Francisco Rezek (2008, p. 197), a Extradição:

É a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena. Cuida-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o governo requerente da extradição só toma essa iniciativa em razão da existência do processo penal – findo ou em curso – ante sua Justiça; e o governo do Estado requerido (...) não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local.

Romeu Tuma Junior (2008, p. 1) prevê a classificação da extradição em ativa ou passiva. Na extradição ativa o interessado/requerente é o Estado, e na passiva o Estado é o acionado/requerido.

No Brasil o instituto da extradição é regulado pelo art. 16 da Lei 6.815 de 1976 – Estatuto do Estrangeiro e no Decreto nº 86.715/81.

5.3 Homologação de sentença penal estrangeira

De acordo com Denise Neves Abade (2013, p. 56), homologação de sentença penal estrangeira consiste em espécie de cooperação jurídica

internacional na qual um determinado Estado executa, em seu território, sentença penal oriunda de outro Estado. Essa espécie de cooperação baseia-se no reconhecimento, pelos Estados, da existência de obstáculos, em geral vinculados à nacionalidade ou residência habitual do sentenciado, para entregar determinado indivíduo a outro Estado, para que cumpra lá a sentença condenatória.

5.4 Transferência de presos

Conforme Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi (2014, p. 33), a transferência de presos está prevista na Convenção da ONU sobre Crime Organizado Transnacional (art. 21), no art. 8º da Convenção Europeia sobre Transferência de Processos em Matéria Penal (*European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*), que foi assinada em 15 de maio de 1972 e entrou em vigor em 30 de março de 1978, bem como na Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, ou Convenção de Manágua, de 1993, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.919, de 3 de outubro de 2006 (Inter-American Convention on Serving Criminal Sentences Abroad – OEA), mas, como não há previsão desse instrumento na legislação interna brasileira, a transferência depende de tratados internacionais bilaterais ou multilaterais e da promessa de reciprocidade, conforme consta do HC 84.078 julgado em 05.02.2009 pelo STF – Relator Min. Eros Grau.

5.5 Cooperação policial

Amparada por diversos documentos internacionais, tais como a Convenção de Palermo (art. 19), a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Europeia (art. 6) e a Nota Interpretativa à Recomendação 40, do GAFI/FATF, a cooperação policial direta pode ser desempenhada de diversas formas como, por exemplo, ocorre a partir da criação, em 1923, da Organização

Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), que constitui o maior e um dos mais antigos mecanismos de cooperação internacional entre organismos policiais, e também, a criação de Equipes de Investigação Conjunta, previstas em instrumentos internacionais bilaterais e multilaterais, as quais possibilitam uma atuação coordenada entre autoridades competentes de dois ou mais países, para fins de investigação criminal (DURSI, 2017, p. 47-48).

6. Dificuldades na cooperação jurídica internacional

Exemplo de problema da cooperação jurídica internacional é descrito pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Gilson Dipp (2012, p. 10):

Em uma carta rogatória, recebida em 2003, a autoridade judiciária na Suíça pediu cooperação à autoridade judiciária brasileira para investigar tráfico de mulheres brasileiras para a Suíça. Já sabíamos que o tráfico de seres humanos, principalmente de mulheres, abduzidas e escravizadas no seio do mundo que se considera civilizado, é dos mais abomináveis, execráveis e odiosos crimes que tomam proveito da incapacidade da efetiva Cooperação Jurídica Internacional entre os Estados. Pretendiam os suíços obter informações de contas bancárias localizadas no Brasil e o sequestro de bens dos acusados - medidas essenciais para o desmantelamento daquela organização criminosa. Não obstante a severidade do caso, indeferimos o fornecimento das pretendidas informações bancárias, sob o fundamento de que “as diligências de sequestro de bens e quebra de sigilo de dados, além de atentar contra a ordem pública, possuem caráter executório, o que inviabiliza a concessão do *exequatur*”. Assim, por uma inexplicável lógica interpretativa, somente atribuível a um territorialismo exacerbado, considerávamos que a prestação de informações bancárias essenciais à investigação, em outro país, de crimes como o tráfico de seres humanos atenta contra a ordem pública.

Outro problema identificado é o tempo do processo. Sobre o tema é a doutrina de Nádia de Araújo, Carlos Alberto de Salles e Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 33):

Atualmente, os procedimentos para execução das cartas rogatórias e das sentenças estrangeiras estão sob fogo cerrado em todo o mundo, ante a necessidade de respostas mais rápidas aos pedidos formulados. Por isso, há o crescimento de outras modalidades de cooperação, especialmente algumas iniciativas que procuram efetuar a de forma mais direta. A essa nova modalidade chama-se auxílio direto, ou assistência direta.

Ainda, de acordo com Ademar Pozzatti Junior (2015, p. 446-447), no sistema atualmente vigente no Brasil, os mecanismos de cooperação jurídica internacional são limitados e revestidos de alto grau de formalismo e complexidade, demandando ao mesmo tempo intervenção das autoridades centrais, juízo de delibação e intervenção diplomática. Por seu turno, o mecanismo de auxílio direto também enfrenta grandes dificuldades práticas, frente à ausência de disposição normativa no ordenamento jurídico interno. Outros problemas identificados são: a) a pluralidade de procedimentos, pois há um grande número de organizações internacionais e um emaranhado de normas; b) os custos elevados, pois há necessidade de assistência jurídica especializada e o tempo da demanda causa exacerbada despesa; c) ineficácia das decisões, pois mesmo com os tratados internacionais sobre a cooperação jurídica internacional, não há rápido e efetivo cumprimento das decisões e atos exarados por juízes de um Estado por juízes de outro Estado.

Considerações finais

A discussão acerca do Estado Nacional Cooperativo, conforme definido por Peter Häberle, é importante na medida em que interessa aos cidadãos a garantia de Direitos Fundamentais ou mesmo a resolução de conflitos privados no âmbito internacional e também para a efetividade da persecução criminal que interessa aos Estados, mas em última análise aos próprios cidadãos, e tudo isso passa pela garantia do acesso à justiça no âmbito internacional, o que se faz a partir de normas internacionais e de procedimentos disciplinados pelo ordenamento jurídico, inclusive interno, visando o sucesso da Cooperação, que, como visto, interessa a todos.

Foi possível verificar a normalização do acesso à justiça no âmbito do Estado Nacional Cooperativo e as ferramentas para a garantia desse direito no contexto internacional, mas especialmente para a região do Mercosul e como estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

É interessante observar que a garantia do acesso à justiça numa atuação transnacional para resolução dos conflitos privados e na persecução criminal não pode deixar de observar princípios sensíveis, a soberania dos Estados e a cidadania de seu povo e essas implicações abrem a possibilidade de um estudo mais aprofundado, o que poderá ocorrer em trabalho futuro, elaborado por quem se propuser nessa direção.

O trabalho realizado é uma síntese, que obviamente não esgota o assunto, mas pretendeu expor como ocorre a Cooperação Jurídica Internacional, não só a partir da norma internacional, mas a partir do Código de Processo Civil brasileiro e no Direito Processual Penal, conferindo os diferentes institutos existentes e importantes, aplicáveis no âmbito internacional e que visam à efetivação do direito material.

Nota-se que há, na doutrina e na jurisprudência, relatos de dificuldades na Cooperação Jurídica Internacional, que a brevidade deste trabalho não consegue contemplar em sua plenitude, mas que já apontam para uma diversidade de fatores que, se não impedem, atrasam muito a efetivação de direitos, especialmente porque há princípios que podem entrar em conflito ou estar em colisão entre dois ou mais países, a partir de seus interesses locais, devendo-se sempre ter como baliza a não intervenção em assuntos locais, mas que se busque ao final a pacificação dos povos, garantindo a resolução de conflitos e a punição daqueles que cometem crimes e podem pretender ficar cobertos pela ineficácia de procedimentos, pela morosidade, e por outros aspectos verificados.

Então, o presente trabalho no mesmo momento que apresenta conceito e características da Cooperação Jurídica Internacional, da forma de acesso à justiça no contexto de jurisdições concorrentes, trata do direito internacional privado e do Estado Nacional Cooperativo, além de abordar aspectos de Processo Civil e de Processo Penal, apontando para as

dificuldades na Cooperação Jurídica Internacional, abre a perspectiva de um trabalho mais aprofundado sobre eventuais sugestões para a resolução desses problemas identificados, o que ao final seria interessante para os Estados, para seus cidadãos e para a manutenção da pacificação dos povos.

Referências

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional – Extradicação, Assistência Jurídica, Execução de Sentença Estrangeira e Transferência de presos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio Rio de Janeiro: PUC, 2005.

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: acesso e descesso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br> >. Acesso em: 05 mar. 2020.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral Do Direito Penal Internacional - Bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de Dinheiro e Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul**. Revista de Processo. 2005. São Paulo: RT, v. 30, n. 123.

_____, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

BASSO, Maristela. **Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BRASIL[1]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 02 mar. 2020.

_____. **Código de Processo Civil**. Aprovado pela Lei nº 13.105/15. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL[3]. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil**. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça. Ministério da Justiça. 1 ed. Brasília, 2008. Disponível em www.justica.gov.br acesso em 03 mar. 2020.

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

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nádia. (coord.). **Integração jurídica interamericana: as convenções interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1998.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. **A defesa na cooperação jurídica internacional penal. Dissertação de Mestrado**. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014.

DIPP, Gilson. **A Cooperação Jurídica Internacional e o Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução no. 9/05. A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional**. In: Ministério da Justiça. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**, 2012.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. XXX 1993.

DURSI, Carla Roberta Dantas. **A Cooperação Jurídica Internacional e o Combate à Criminalidade Organizada Transnacional**. 11º Curso de Especialização em Ciências Criminais da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito Processual Penal Internacional**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

ILHA, Adair da Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima [Orgs.]. **O MERCOSUL em Movimento II**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

JAYME, Erik. **Direito Internacional Privado e cultura pós-moderna**. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir**. UFRGS. Vol. I, n. 1, 2 ed. - Porto Alegre: PGDir./UFRGS, 2004.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista de Estudos Históricos: Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2.

KIMMINICH, Otto. **A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlim. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. 1990.

MARQUES, Cláudia Lima. **Conflitos de Convenções de Processo Civil Internacional: por um Diálogo das Fontes Universais e Regionais nos Países do Mercosul**. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em 01 mar. 2020.

MIRANDA, Francisco de. **Tratado de Direito Internacional Privado. Volume I.** Rio de Janeiro: José Olympio Editor, 1935.

NUNES, Dierle. **Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em <https://na-coesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 06 mar. 2020.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie.** São Paulo: Mackenzie, 2009.

POZZATTI JUNIOR, Ademar. **O Direito Processual Civil Internacional a Serviço da Integração Regional: A Cooperação Jurisdicional e a Construção de um Espaço Sul-Americano de Justiça.** Florianópolis: UFSC, 2010.

_____, Ademar. **Cooperação Internacional Como Acesso à Justiça nas Relações Internacionais: Os Desafios do Direito Brasileiro Para a Implementação de uma Cultura Cosmopolita.** Florianópolis: UFSC, 2015.

RANIERI, Nina Beatriz. **Do Estado Liberal ao Estado contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. n. 36, ano 9, jul./set. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conferencia de Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade.** Salvador: Juspodium, 2015.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUMA JÚNIOR, Romeu. **Extradição: conceito, extensão, princípios e acordos internacionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1906, 19 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 07 mar. 2020.

O ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho de acordo com a ideia de justiça como equidade e a efetivação de direitos ¹

Rodrigo Barzotto Pereira de Souza

Introdução

Seguidamente ocorre o embate no campo judicial e legislativo acerca da atuação do Tribunal Superior do Trabalho na interpretação da norma, na aplicação de súmulas ou precedentes no caso de omissão legal e na atuação permitida pelo legislador, como no caso das sentenças normativas em dissídios coletivos. Para muitos a atuação extrapola o limite técnico e judicial e merece correção, para outros a interpretação expansiva ou a atuação expansiva visa, em última análise, a efetivação do direito do trabalhador, razão de ser do processo do trabalho, em regra.

Muito se fala em ativismo judicial a partir da atuação do juiz para a defesa da ética, garantia de direitos e para o próprio funcionamento da sociedade. Nesse aspecto há pontos de vantagens como: a) garantia dos direitos das minorias; b) imposição de condutas ou abstenções do poder público, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam Direitos Fundamentais. Há também objeções como: a) a ausência de legitimidade democrática dos juizes; b) o risco de politização judicial; c) a possibilidade de extrapolação de capacidade institucional do Judiciário.

¹ Artigo apresentado para obtenção de nota parcial na disciplina de Teorias da Justiça e Filosofia da Constituição, ministrada pelo professor Dr. Paulo Ricardo Schier.

Observa-se que não há estudos recentes sobre a atuação do TST sob a ótica da teoria de justiça e da filosofia da constituição e isso pode ser importante para o entendimento da sociedade em relação à atuação legislativa que visa limitar o ativismo judicial brasileiro, podendo representar, ao final, em prejuízo para a própria sociedade.

O estudo tem importância, do ponto de vista geral, pois pretende verificar se as decisões estão de acordo com a visão utilitarista ou da teoria de justiça, de maneira interpretar a atuação do Tribunal Superior do Trabalho, pois não são poucas as correntes que atuam no sentido de limitar esta atuação que pode vir de encontro à ideia de Justiça Como Equidade e à efetivação de direitos.

1. Aspectos gerais do ativismo judicial

1.1. Conceito e origem do ativismo

Segundo a doutrina clássica, a sentença judicial declara a vontade concreta da lei. O juiz, ao decidir o caso concreto, expressa o que se contém na lei, estando a ela subordinado, até pelo princípio da separação dos poderes.

De acordo com Luiz Carlos Amorim Robortella (2013, p. 1) a interpretação do direito é dinâmica e, na atualidade, ampliou-se a liberdade do julgador, que não se limita a revelar o conteúdo da norma, mas também a atualizá-la, produzindo o direito. Passou de mero aplicador a intérprete da lei, com visão jurídica, política e social dos fenômenos que lhe são submetidos, no exercício do poder estatal. Não faz sentido um Poder Judiciário que aplique a lei de forma inflexível e acrítica; por isto se pode afirmar que a interpretação faz uma “reconhecimento” da lei, com efeito produtivo do direito. Essa atuação dá origem ao Ativismo Judicial.

Peter Häberle cunhou o termo sociedade aberta dos intérpretes da constituição e visa instituir uma nova hermenêutica constitucional. A

constituição passa a ser interpretada por todos os participantes da sociedade pluralista em que vivemos (NASCIMENTO, 2010, p. 1).

Assim, não só o juiz, o legislador, o administrador público e os órgãos estatais seriam intérpretes da constituição, mas sim todos os cidadãos enquanto participantes de processos judiciais. Um cidadão que formula um pedido constitucional é um intérprete da constituição (NASCIMENTO, 2010, p.1).

A discussão sobre Ativismo Judicial, nasceu em terra Norte Americana, a partir de uma decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade, quando a Constituição não previa tal atribuição à Corte (PEREIRA, 2015, p. 1).

De acordo com Luís Roberto Barroso A atribuição da expressão Ativismo judicial teve sua origem na jurisprudência dos Estados Unidos empregada, sobretudo, como rótulo para classificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren [...] (PEREIRA, 2015, p. 2).

Nesse sentido, a Suprema Corte Americana obtinha notoriedade por tentar resguardar os direitos civis da minoria, e depois, este instituto foi aderido em outros países, quando diversas cortes fizeram frente a tomada de decisões de grande relevo político e moral em temas controversos da sociedade (PEREIRA, 2015, p. 2).

Com o final da Segunda Guerra Mundial, houve uma grande ascensão da Justiça Constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular em países ocidentais (PEREIRA, 2015, p. 2).

E no Brasil, com o avanço do constitucionalismo, também ocorreu uma significativa mudança no modo de atuação do Poder Judiciário, com o advento da Constituição de 1988, ocorreu uma facilitação para este órgão expandir o alcance da jurisdição constitucional, é o que ficou configurado como o neoconstitucionalismo, uma nova interpretação da Carta Magna (PEREIRA, 2015, p. 2).

De acordo com Kelly Aparecida Parizi (2016, p. 9):

A redemocratização da Constituição de 1988, com inspiração na sede por justiça, o descrédito nos gestores eleitos pelo povo e a reaproximação entre a moral e o direito e a conseqüente busca ao Judiciário para suprir as falhas na efetividade de direitos a serem garantidos por outras esferas do Poder.

O novo padrão Constitucional, o neoconstitucionalismo, passou a garantir e Direitos Fundamentais de forma ampla, no entanto, o poder público dificultou a efetivação destes direitos, para fazer importar tais direitos o Judiciário passou a ser a instância mais atrativa, o que provocou uma maior intermédio do judiciário no meio político, assim:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (NASCIMENTO, 2010, p. 10).

Juliana Azevedo Nascimento (2010, p. 10), ao tratar de ativismo judicial, preleciona:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

De acordo com Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 15):

Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de Direitos Fundamentais [...]. Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista judicial se sua decisão criar a norma adequada para o caso concreto. Ressalte-se que somente um juiz com formação ética humanista e que busca a justiça desenvolverá o ativismo para efetivar direitos trabalhistas, podendo ser que para isso tenha até mesmo que negar a lei, caso esta venha a acarretar decisões injustas.

Da mesma forma, no processo do trabalho, o ativismo judicial é baseado na concepção de pró-atividade do Poder Judiciário, um exercício da competência predominante da imagem do julgador, especificamente dos magistrados do trabalho em perceberem o instante oportuno para privilegiar fatos determinantes dentro do processo (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 10).

De acordo com os mesmos autores:

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais. O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 10).

O ativismo judicial nasce de uma atividade proativa do poder judiciário, diante de uma omissão do Poder Legislativo. Isto ocorre como meio de garantir e concretizar os direitos e garantias fundamentais previstos na constituição. De modo amplo, com o ativismo judicial busca-se concretizar os valores constitucionais que muitas vezes são esquecidos (NASCIMENTO, 2010, p. 11).

Assim, o ativismo judicial trata do modo do emprego do direito voltado à eficácia de suas normas-princípios, passando o Julgador a analisar fenômenos outrora não considerados (TAVARES, 2010, p. 5).

Consta que a norma ou a lei não alcança todas as circunstâncias de litígio, sendo levadas à análise do judiciário e, nestas ocasiões, especialmente, construídas no cotidiano do realismo da prática social é que estão propensos ao ativismo judicial (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 11).

Conforme escreve Kelly Aparecida Parizi (2016, p. 10):

A norma dita o “dever-ser”, as variações possíveis que podem ocorrer necessitam de atividade jurisdicional, atividade esta que não se resume na simples subsunção das normas. O Poder Judiciário se vê então imbuído de apreciar os

casos concretos utilizando-se da interpretação hermenêutica, principalmente para dar respostas pontuais e de caráter responsável aos anseios da sociedade.

É em momentos pontuais que se observa o real ativismo judicial, especialmente, no que tange à área trabalhista, onde se empenha admitir o direito verdadeiro do trabalhador dignificando-o através do conteúdo constitucional e das normas infraconstitucionais (PARIZI, 2016, p. 10).

Reestabelece-se assim o sentido da norma para aquela conjuntura concreta, visto que a abstração faz parte dos formulados normativos, recaindo, desta forma numa metodologia que emprega a indução ao invés da mera dedução (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 12).

Cumprе sustentar que o ativismo judicial intenta monitorar o abuso dos demais poderes e a excessiva lentidão com que estes poderes demoram para instituir leis para garantir os Direitos Fundamentais dos indivíduos (PARIZI, 2016, p. 10).

Outra expressão bastante utilizada e vinculada a temas que envolvem a discussão é o “protagonismo judicial”, espécie de ativismo que se ausenta do comprometimento que deve ser intrínseco à atividade jurisdicional (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 12).

De acordo com Lênio Streck:

[...] há uma forte acusação ao protagonismo judicial. Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 12).

Para Elival da Silva Ramos (2015, p. 286) o modelo de estado intervencionista trazido com o fenômeno do neoconstitucionalismo permitiu que o Poder Judiciário não só efetuasse o controle jurídico dos demais poderes, mas também atuasse de forma ativista. Nas palavras do autor:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio Estado-providência constituiu força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a revelar em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem queimar etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.

Para que se tenha um razoável posicionamento do Judiciário é preciso que o mesmo multiplique as atividades interpretativas e hermenêuticas para só assim apurar-se uma adequação determinadora e positivo no que se refere ao ativismo judicial (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 12).

1.2. Críticas ao ativismo judicial

Para muitos, o modelo vinculado em Súmulas e Orientações Jurisprudenciais encontra-se ultrapassado e cria uma insegurança jurídica, pois estabelece uma pseudo-norma jurídica de aplicação imediata com o objetivo de pacificar-se um entendimento jurisprudencial sem qualquer possibilidade de análise do âmbito normativo (GUIMARÃES, 2016, p. 35).

A justificativa para a vinculação à jurisprudência é a grande demanda de ações e as metas a serem cumpridas para objetivar o princípio da celeridade processual, enquanto que a resposta da sociedade seria o ativismo judicial, com o único intuito de resolver os problemas do próprio judiciário, de modo a entregar a tutela jurisdicional de “qualquer forma” ou a “qualquer custo”, sem se preocupar com a segurança jurídica ou a usurpação de Poder (GUIMARÃES, 2016, p. 35).

Jeremy Bentham, sempre contrário aos precedentes do sistema anglo-saxônico, descreveu-o como forma de “atuar sem razão, para a exclusão explícita da razão e, ao cabo, em oposição à razão” (SCHAUER, 2013, p. 10).

Segundo Georges Abboud (2014, p. 421), o malefício do ativismo judicial no sistema brasileiro é um problema sem precedentes:

O ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo escrito ou subsunção do fato ao texto normativo [...] Em suma, ativismo, em termos brasileiros, deve ser considerado o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções. Daí nossa crítica à discricionariedade judicial, uma vez que é por meio dela que, atualmente, legitima-se a utilização das convicções pessoais do julgador em vez das fontes normativas.

De acordo com Luiz Carlos Amorim Robortella (2013, p. 2), no uso de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, invocam-se os princípios da proteção e da regra mais favorável para a criação de precedentes *contra legem* e *praeter legem*. Para o autor é um ativismo judicial que extrapola os limites traçados pela CF/88 e legislação ordinária, questionando: “de que vale a lei, fruto da vontade popular, se pode ser modificada arbitrariamente pelo juiz?”

Para Ronald Dworkin (2011, p. 451-452) ativismo judicial:

[...] é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 15), por outro lado, em contraponto, cita a positividade do ativismo judicial:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Destacam Ricardo Pereira de Freitas Guimarães e José Eduardo Trevisano Fontes que, mesmo existindo meios constitucionalmente assegurados ao Poder Judiciário de buscar, junto ao Poder Legislativo, a edição de lei a partir de iniciativa àquele outorgada, procura o Órgão de Cúpula Trabalhista Brasileiro, ele mesmo, criar suas próprias leis através das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, impondo uma disciplina judiciária positivista (GUIMARÃES; FONTES, 2016, p. 38).

Fato questionado é a criação de uma Súmula ou Orientação Jurisprudencial sem ocorrer a unanimidade de entendimento dos Ministros. Por exemplo tem-se a criação da Súmula 277 do TST, onde no julgamento foi validada a Súmula por votação apertada em 14 votos a favor da criação contra 13 votos pugnando pela não criação. Isso reflete que os próprios Ministros divergem na criação da precedente então não poderia passar a nortear a decisão em todos os processos (GUIMARÃES; FONTES, 2016, p. 39).

2. O ativismo judicial na justiça do trabalho

2.1 Aspectos gerais

Historicamente, supõe-se que modelo brasileiro da Justiça do Trabalho inspirou-se na “Carta del Lavoro” da Itália fascista, que no ano de 1926 que conferia ao judiciário trabalhista italiano o poder de conceder novas condições de trabalho, na ocorrência de divergências coletivas de trabalho. No entanto, apenas com a Constituição de 1946 o poder normativo da Justiça do Trabalho firmou sua força imperativa (NASCIMENTO, 2016, p. 7).

Na Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar a estrutura do Poder Judiciário, conforme determinava seu artigo 94. Já o artigo 122 deliberava:

Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

- I -Tribunal Superior do Trabalho;
- II - Tribunais Regionais do Trabalho;
- III -Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento”.

E o artigo 123 § 2º dispunha, acerca do que se interpretou ser o poder normativo da Justiça do Trabalho:

A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

Após sua inserção no âmbito do Poder Judiciário e, conseguinte, menos vinculada a relevâncias locais, a Justiça do Trabalho aparece grifada pelo âmago protecionista e intervencionista do Estado, com a pretensão de tutelar o trabalhador definido como “hipossuficiente” (MOREL; PESSANHA, 2007, p. 91).

A Constituição de 1988, não alterou a Justiça do Trabalho, apenas definiu que deveria haver ao menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada unidade da federação (MOREL; PESSANHA, 2007, p. 92).

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 45 – EC/45, ocorreu a ampliação da competência da Justiça do Trabalho sobre todas as relações Trabalhistas (MOREL; PESSANHA, 2007, p. 92).

Nesse aspecto Carlos Henrique Bezerra Leite remete a um entendimento mais histórico, a saber:

Modestamente, e para nos adaptarmos à nova ordem constitucional reinaugurada com a EC/45, passamos a conceituar o direito processual do trabalho brasileiro como o ramo da ciência jurídica, constituído por um sistema de normas, princípios, regras e instituições próprios que tem por objetivo promover a pacificação justa dos conflitos individuais, coletivos e difusos decorrentes direta ou indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento dos órgãos que compõe a justiça do trabalho (BRILHANTE, 2016, p. 4).

A EC/45, modificou extremamente a competência da Justiça do Trabalho e, a partir de então, poderia criar normas e condições de trabalho, obedecendo as obrigações legais mínimas de proteção ao trabalhador (DROPPA; OLIVEIRA, 2013, p. 91).

Esse poder normativo significa a possibilidade de a Justiça do Trabalho elaborar normas trabalhistas, por meio de suas deliberações nos conflitos individuais, coletivos e difusos decorrentes das relações trabalhistas (DROPPA; OLIVEIRA, 2013, p. 92).

Resta evidente que o aprimoramento constitucional criado com o poder constituinte de 1988, além da renovação trazida com a dilação da competência material da justiça do trabalho, pela EC/45, resultou uma nova classificação, do anterior direito processual do trabalho, como direito processual constitucional do trabalho (BRILHANTE, 2016, p. 5).

Atualmente, o ofício do magistrado não é mais considerado como mera subsunção, ele é visto como uma atividade intelectual multiforme, que se verifica no resultado na matéria do próprio requerimento jurídico. A intervenção criativa do juiz é fundamental, e o processo de interpretação acontece como ressalta Mauro Capelletti: “interpretação sempre implica certo grau de discricionariedade de escolha e, portanto, de criatividade,

que tende a se intensificar quando se trata da justiça constitucional, da proteção de direitos sociais e de interesses de coletividades” (ASSIS, 2011, p. 52).

Com a atual posição neoconstitucionalista em que a Constituição é composta de natureza vinculante com intenção de tutelar um dos valores centrais da ordem jurídica que é o trabalho, o legislador passou a prever um conjunto de direitos e garantias fundamentais sociais ao trabalhador. Primeiramente, mudou sua visão para a efetivação dos Direitos Fundamentais, a inclusão social a partir do direito ao trabalho, motivado na dignidade da pessoa humana. Nesse momento, houve uma nova compreensão do Direito do Trabalho, voltada para um alicerce constitucional, tendo como cunho a busca pela concretização dos direitos (PARIZI, 2016, p. 10).

É através do Poder Judiciário que é exercido o ativismo judicial no Brasil, e conforme Alexandre Vieira Prado Filho (2014, p. 13):

São diversos os casos de ativismo judicial presentes no Judiciário brasileiro. Desde decisões de primeiro grau, até acórdãos de Tribunais Superiores, incluindo Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Na Justiça do Trabalho o ativismo judicial se popularizou muito no decorrer da última década, principalmente, pelo motivo de que quando uma lei é produzida, os legisladores, por vezes, não realizam uma averiguação cautelosa sobre suas consequências, ficando a cargo do judiciário verificar cada caso, interpretando-os e chegando a um entendimento para determinada situação, se necessário, com o intuito de não permitir que direitos sejam lesados (RILLO, 2018, p. 210).

Exemplo prático da atuação do judiciário trabalhista é exposto por Kelly Aparecida Parizi (2016, p. 16):

Fato é que na Justiça do Trabalho brasileira existe um poder normativo conferido por lei aos sindicatos e aos empregadores, para que no exercício de sua

autonomia, estipulem acordos e convenções coletivas a serem aplicáveis as relações de trabalho estabelecidas em seu campo e âmbito de atuação.

Também possuem os Tribunais do Trabalho o chamado poder normativo *stricto sensu* de proferir sentenças aplicáveis a todos os membros envolvidos no dissídio coletivo, tendo assim o Judiciário trabalhista a responsabilidade de instituir normas que possam ser aplicáveis às relações individuais dos setores que são sentados pelo processo do dissídio coletivo.

Outros exemplos da atuação ativista da justiça são trazidos por Alexandre Vieira Prado Filho (2014, p. 20):

O direito de greve dos servidores públicos civis merece uma breve análise. Constitucionalmente assegurado, conforme artigo 37, VII, da Carta Magna, o direito fundamental ao movimento paredista do servidor público civil estaria subordinado à edição de legislação específica, consoante previu a Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998. (...) Com fundamento na profunda omissão do Poder Legislativo em editar legislação específica e ante a necessidade de assegurar o direito constitucional à greve, a Corte Superior alterou seu posicionamento. Para tanto, ficou estabelecida a aplicação da lei de greve referente à iniciativa privada no âmbito do serviço público, até que a correspondente lei específica fosse editada.

Paralelamente, na esfera do TST, a conduta do magistrado segue o mesmo caminho. Tendo por escopo a concretização dos fins constitucionais, o Judiciário trabalhista adotou a ideologia do STF e vem produzindo, assim, a figura do magistrado ativo, com amplos poderes para interpretar a lei conforme o caso concreto, em que pese, por vezes, seja voltada não para o Estado, mas para as relações privadas. A presunção como discriminatória da dispensa de empregado portador de doença grave prevista na Súmula nº 443, do TST, é um dos exemplos do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Nesse ínterim, o verbete sumular presumiu discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, competindo ao empregador demonstrar causa plausível à dispensa para assim não ser considerada.

Mauro Cappeletti lembra o quão importante é a contribuição dos Magistrados ao interpretarem o direito, quando também demonstram sua capacidade de criação:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma, produto de conciliações superadas (ALKIMIN, 2016, p. 309).

A razão dessa atuação dos juízes do trabalho, verifica-se, principalmente, quando uma norma legal afeta direitos ou mesmo quando não existe uma norma, o que ocasiona o impedimento do exercício de direitos, em decorrência disto, o Judiciário é provocado e, como há uma proibição que este órgão evite dar uma decisão, deve se expressar a respeito do caso (RILLO, 2018, p. 210).

Quando ocorre omissão por parte do Poder Legislativo, existe a possibilidade de ingressar no Judiciário para admitir a ausência de norma e comunicar o Legislativo a necessidade de sua produção, no entanto, até a elaboração dessa nova norma, há possibilidade que o Judiciário estabeleça como ficarão as relações, atuando por meio do Ativismo Judicial (RILLO, 2018, p. 212).

Entretanto, aponta Edinilson Donizete Machado:

A decisão judicial em casos difíceis não possibilita que os juízes sejam legisladores. Portanto, devem respeitar as atribuições de competências dadas a cada Poder pelo princípio da separação de poderes. Não se atribui poder político aos juízes; portanto, não podem eles fundamentar suas decisões em diretrizes políticas e, assim, cabe-lhes o julgamento com fundamento em regras e em

princípios do Direito. A força normativa dos princípios reconhecidos pelo sistema jurídico leva ao questionamento contido nas obrigações positivas, a cargo do Estado, que demandam opções políticas para a implementação das políticas públicas necessárias à efetividade de direitos sociais (RILLO, 2018, p. 212).

Portanto, um magistrado que possui uma índole criativa, ativa e participativa dentro do processo, garante a prestação jurisdicional efetiva, justa e tempestiva (ALKIMIN, 2016, p. 309).

O ativismo judicial é bastante comum em situações em que o Estado deixa de oferecer suporte para o exercício de um determinado direito, em especial quando não adota medidas eficazes para a criação de políticas públicas (RILLO, 2018, p. 211).

Esse cenário de o Poder judiciário interferir em situações políticas provém da própria Constituição, frente a impossibilidade do legislador an-terver todas as configurações de relações jurídicas prováveis em situações concretas (RILLO, 2018, p. 212).

Salienta-se que essa dogmática presente, alcança a situação de que o campo processual trabalhista tem que estar em função da sociedade, do hipossuficiente, na consumação do direito material almejado, isto é, o direito processual do trabalho – na tendência neoconstitucionalista – deve estar em função do direito material específico, fazendo com que este seja integralmente materializado (BRILHANTE, 2016, p. 10).

Nesse sentido, esclarece Cleber Lúcio de Almeida:

as normas de direito processual não são um fim em si mesmas. Elas são criadas para um fim determinado: a garantia da realização prática do direito material não atuado espontaneamente. Direito material e direito processual encontram-se no processo, sendo este instrumento de realização concreta daquele. As normas de direito material são a razão de ser das normas processuais (BRILHANTE, 2016, p. 11).

A atuação do constituinte originário, reflete a tentativa de valorizar o trabalhador com base na sua dignidade humana e garantindo-o segurança jurídica, que proporciona à sociedade a conquista da tão esperada paz social. Procura também, satisfazer o direito material por meio da

instrumentalidade do processo do trabalho, promovendo a total efetividade da prestação jurisdicional e sua razoável duração procedimental (BRILHANTE, 2016, p. 11).

Como visto, afare-se à Justiça do Trabalho questões de justiça material com base em dispositivos constitucionais, potencializando o modelo trabalhista de “juiz ativo” comprometido com a proteção e implementação dos Direitos Fundamentais para efetivação dos direitos sociais. Assim, é por meio do Ativismo Judicial que a Justiça do Trabalho tem garantida a efetivação dos preceitos constitucionais que são aplicados ao caso concreto, uma vez que, o Poder Legislativo não consegue prever todas as situações provenientes das relações de trabalho (ASSIS, 2011, p. 217).

2.2 A criação de súmulas e orientações jurisprudenciais no TST

A criação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, previstas também nos artigos 159 a 174 do Regimento Interno do TST, revela, ou ao menos revelava até a edição da Lei nº 13.467/17 – Reforma Trabalhista, um poder – absolutista – do judiciário impondo, sob a égide da vontade do povo, criações de "normas unilaterais" para guiar as decisões judiciais desde o juízo de primeira instância.

Nos termos do Regimento Interno do TST, as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais são expressão da jurisprudência do próprio Tribunal, em que se examina, inclusive, a constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.

Prevê o art. 161:

Quando se tratar de exame de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, a edição de Súmula independe da observância dos dispositivos regimentais que regem a matéria, salvo quanto à exigência relativa à tomada de decisão por maioria absoluta (BRASIL[2], 2008, p. 1).

Importante destacar que, ao menos até a alteração do art. 702 da CLT, havia singeleza dos pressupostos de edição da súmula, o artigo 165 do

Regimento Interno do TST exige número de acórdãos dos Tribunais Regionais necessários para edição de uma súmula, e em comparação ao número de acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se disparidade de tratamento, posto que para aqueles exige-se número muito superior a este.

Comparando-se a criação de uma Súmula e Orientação Jurisprudencial à criação de uma lei, em especial sob o enfoque constitucional dos artigos 64 e seguintes da CF/88, há grande diferença. Na criação de uma lei existe um controle normativo de seu projeto diante da análise de seu texto em diversas “casas” até a sua promulgação, diferentemente do que ocorre na criação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais.

Contudo, estas são equiparadas em sua aplicabilidade no Poder Judiciário, bastando analisarmos a alínea “a” do artigo 896 da CLT que trata dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista; isto porque caberá o aludido recurso quando:

[...] derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (BRASIL[1], 1943, p. 50).

Tem-se que as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais são “superleis” criadas de um modo bem mais singelo que uma lei, mas que vinculam toda estrutura judiciária à sua aplicação, sob a denominação da chamada disciplina judiciária, em que todos devem se curvar ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

3. A ideia de justiça como equidade e a efetivação de direitos

A atuação da Justiça do Trabalho, especialmente do tribunal superior objetiva, entre outros aspectos, e no mais importante deles, efetivar os direitos do trabalhador. Forma-se um protecionismo temperado para ao final entregar direitos sociais e garantir que o hipossuficiente tenha

possibilidade de acesso àqueles direitos que foram sonegados durante a relação laboral. A atuação do judiciário trabalhista pode ser vista como ativista para garantir a equidade na relação capital e trabalho.

3.1 A ideia de justiça como equidade

Em *Uma Teoria de Justiça*, na sua primeira parte (Teoria) John Rawls expõe e funda uma ideia de “fairness”, com seus dois princípios, na posição original de igualdade regida pelo “véu da ignorância”, na segunda parte (Instituições), desenvolve algumas implicações práticas daquela concepção, tanto político-constitucionais, defendendo um esquema de liberdades e direitos políticos básicos como geralmente encontrados na tradição constitucionalista, quando econômicos, defendendo o que ele chama de “background institutions” da justiça, como mecanismos que garantam distribuição equitativa de renda, entre elas a taxação da herança e o imposto de renda negativo; na sua terceira parte (Metas) desenvolve uma teoria do bem vinculada à sua concepção de justiça como equidade, defendendo a estabilidade que o senso de justiça contratual desfruta, permitindo ser conhecida publicamente e ser suportada por qualquer agente de uma maneira racional (BONELLA, 1998, p. 2-3).

De acordo com Alcindo Eduardo Bonella (1998, p. 5), o utilitarismo aparece como a mais racional concepção de justiça se nós pensamos a sociedade com a extensão do modelo de escolha individual-prudencial:

[...] um indivíduo pesa os prós e os contras de uma decisão levando em conta como ela afetará seus próprios interesses. Fazendo isso ele pesa suas perdas e ganhos e pode escolher impor um sacrifício de alguns interesses de curto prazo em favor de outros de longo prazo. Por que o grupo social não poderia ser pensado do mesmo modo, visando avançar o quanto possível o bem-estar geral e realizar a maior extensão do sistema compreensivo de desejos alcançado a partir dos desejos dos membros do grupo? Para Rawls isto significa que assim como um indivíduo compara as perdas presentes em função dos ganhos futuros, “uma sociedade pode pesar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos”. O princípio de escolha seria o princípio da prudência racional.

A prudência racional aplicada à sociedade e a extensão do princípio de escolha de um indivíduo. Para guiar esta extensão é que foi imaginada a posição de um espectador imparcial, ou seja, aquele que reconhece todos os desejos presentes, e enfatiza a simpatia, que reconhece as experiências de desejos dos outros como se fossem do próprio espectador. Para Rawls, isto significa que a escolha social de princípios fica assemelhada à escolha do empresário que visa maximizar seus lucros, ou do consumidor, que visa sua satisfação comprando determinado bem. Decidir bem seria administrar corretamente.

Na visão do autor, ponto fraco do utilitarismo seria que, ao considerar a produção do maior bem possível, desconsideraria como esta produção é distribuída entre os membros. O problema principal seria que o utilitarista se preocupa apenas indiretamente com a distribuição do bem estar, pois seu critério decisivo é a utilidade geral, e assim, os preceitos intuitivos da justiça (o equilíbrio entre reivindicações conflitantes e a imparcialidade de consideração) se tornam em princípio, dependentes do fim ao maior saldo positivo possível de satisfação de interesse. Direcionado para uma das partes, apenas, isso poderia vir de encontro ao princípio da equidade buscada pelo judiciário trabalhista (BONELLA, 1998, p. 5).

Ainda, de acordo com o mesmo autor:

A “justiça como equidade” tenta expressar e justificar filosoficamente a convicção do senso comum sobre a justiça. Nesta convicção se distingue, como questão de princípio, as reivindicações da liberdade e do direito de um lado, e o interesse no bem estar social agregado, de outro, dando-se peso maior, se não absoluto, ao primeiro. Com isso se nega o princípio do sacrifício e a possibilidade de negociação política sobre direitos e liberdades individuais (BONELLA, 1998, p. 6).

Neste aspecto a proposta de Rawls tem a suposição de um contrato social hipotético e a-histórico, no qual as pessoas seriam reunidas numa situação inicial – por ele chamada de posição original – a fim de deliberar uma série de princípios que seriam responsáveis por embasar as regras do justo – os princípios da justiça – nas instituições, uma vez que seriam as instituições as intermediadoras entre as pessoas no convívio social.

Segundo John Rawls: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (RAWLS, 1981, p. 27).

De acordo com Luis Augusto Rabelo Junior (2011, p. 2) a ideia de equidade se configurou desde os primórdios e delineou-se até a contemporaneidade incidindo na visão rawlsiana. Ele propôs um modelo de instituição o qual deveria fomentar e aplicar o valor da justiça e dessa forma poderia minimizar as discrepâncias sociais. A ideia de justiça para Rawls deveria ser pactuada anteriormente às instituições.

Nas palavras de Luis Augusto Rabelo Junior (2011, p. 2):

Para que isso ocorresse, porém, os integrantes deveriam estar num estado de igualdade, cobertos pelo denominado véu da ignorância. Nesse estágio ninguém definiria valores de justiça os quais propusessem vantagens para certos indivíduos em detrimento dos outros, visto que por ninguém saber o porvir, a escolha de valores genéricos determinaria um estágio inicial onde todos adquiririam o bem-estar.

De acordo com John Rawls:

Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. [...] A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade (RABELO JUNIOR, 2011, p. 3).

Do texto de Luis Augusto Rebelo Junior (2011, p. 3) extrai-se:

A justiça rawlsiana procura resolver o conflito pela distribuição de bens sociais entre as pessoas. Um primeiro ponto de superação deste conflito como pensado por Rawls é considerar a sociedade como um sistema equitativo de cooperação. Rawls considera também que as pessoas são seres racionais e razoáveis, isto é, que possuem interesses próprios de acordo com a concepção de bem que formulam para as suas vidas, mas que, ao mesmo tempo, dispõem-se, em função do sentido de justiça que possuem, a ponderar umas com as outras sobre quais os justos termos de cooperação devem nortear o convívio social e a distribuição dos benefícios sociais. Dessa forma, segundo Rawls, as

peçoas chegam a um acordo sobre os princípios de justiça que serão escolhidos.

[...] Para a solução do conflito gerado pela distribuição dos benefícios da cooperação social, Ele desenvolve princípios de justiça aplicados à estrutura básica da sociedade que sejam aceitos por todos de maneira equitativa. Rawls imagina uma sociedade caracterizada por uma situação de igualdade democrática, em que, por meio da justiça contida nas suas instituições sociais, esteja garantido o direito de todas as pessoas se favorecerem dos benefícios da cooperação social.

[...] É preciso, portanto, de acordo com Rawls, que a sociedade seja regulada por uma concepção política de justiça a fim de promover os justos termos de cooperação entre seus membros. Tal concepção política de justiça - a justiça como equidade - caracteriza a sociedade bem-ordenada como aquela na qual todos aceitem e saibam que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que elas satisfazem, esses princípios.

Então, conforme o mesmo autor, a justiça, na concepção de Rawls, deve, através das instituições sociais, garantir que não ocorram distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos na sociedade e garantir também regras que proporcionem um equilíbrio estável entre reivindicações de interesses concorrentes das vantagens da vida social e na distribuição de renda e riqueza. É a partir então da concepção política de justiça gestada numa condição de equidade entre as pessoas que se desenha o cenário de justiça social rawlsiana (RABELO JUNIOR, 2011, p. 4).

Nesse contexto pode surgir o judiciário trabalhista como responsável pela garantia da equidade entre as pessoas para que ocorra a justiça social sugerida.

3.2 A afetivação de direitos através do ativismo judicial

Tem-se que o Poder Judiciário brasileiro se fortaleceu e a sua participação nas deliberações de assuntos relevantes para a sociedade tornou-se

frequente. A influência da justiça na história política cresceu na medida em que nada mais se esquivava do exame judicial, visto que, além de julgar litígios entre particulares e entre particulares e o Estado, o Poder Judiciário, dotado de independência constitucional, passou a decidir, de mérito, as pelepas políticas que são frequentemente colocadas ao seu crivo.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 6):

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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Na concepção de Amartya Sen (1985, p. 170):

Nossa interpretação do que é possível em nossa situação e posição pode ser crucial para a intensidade de nossos desejos, e pode afetar até mesmo o que ousamos desejar. Os desejos refletem compromissos com a realidade, e a realidade é mais dura com uns do que com outros. O destituído desesperançado que deseja somente sobreviver, o trabalhador sem-terra que concentra seus esforços em garantir a próxima refeição, a empregada doméstica em regime de dia-e-noite que anseia umas poucas horas de descanso, a dona de casa subjugada que luta por um pouco de individualidade podem ter, todos eles, aprendido a ajustar seus desejos a suas respectivas condições. As destituições que sofrem são silenciadas e abafadas pela métrica interpessoal da satisfação de desejos. Em algumas vidas, as pequenas mercês têm de contar muito.

Hans Kelsen (2003, p. 10) tratou desta possibilidade:

Assinala-se, de regra, o estilo executório das decisões judiciais como meros atos de aplicação das normas, ao contrário da natureza criativa ou inovadora da legislação. Apesar disso, as decisões judiciais também possuem feições criativas e inovadoras porquanto não se restringem a reportar o que se encontra

nos escritos, visto que são amoldadas diante da conjuntura fática que demandou a jurisdição. Entretanto, não se nega que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico ao magistrado é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo.

De acordo com Adriana Silva Maillart e Bruno Carlos dos Rios (2016, p. 5), Ronald Dworkin é um dos mais influentes representantes do pensamento moralista, contudo, persevera em negar que sua concepção de integridade do direito vá ao encontro do ativismo judicial. Para os autores, na concepção de Dworkin, o ativismo é uma forma de pragmatismo jurídico, ao passo que um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. Ainda, a alternativa ao passivo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, porque não se deve ceder espaço à tirania, ignorando-se tudo para se impor aos outros poderes do Estado.

Para Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 42) o direito contemporâneo necessita de mecanismos que efetivem os direitos e as garantias individuais do cidadão, por meio da promoção da justiça qualitativa:

O constitucionalismo moderno permite um exame das relações entre a decisão judicial e sistema político não apenas sob a ótica da divisão de poderes, mas também a partir de uma discussão sobre o Estado de Direito. Estado de Direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa, igualmente – e, para os efeitos aqui buscados, esse é o aspecto fundamental – controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo. Evidentemente, esse controle só pode ser compreendido como uma projeção aplicativa dos princípios da legalidade e publicidade. Mas é exatamente nesse ponto, ou seja, no controle jurisdicional dos demais Poderes, que reside o caráter eventualmente político da decisão judicial. Aqui, também os problemas fáticos são enormes: transformações importantes na forma e no conteúdo da legalidade promoveram modificações profundas no conceito do Estado de Direito e, por via de consequência, nos papéis atribuídos ao Judiciário.

Ainda, da Doutrina de Luís Roberto Barroso (2012, p. 6), destaca-se a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política: o ativismo judicial consiste na participação maior do juiz por meio da hermenêutica jurídica expansiva, com o objetivo de oferecer o direito das partes e materializar as normas constitucionais, sem que seja invadida a seara da criação do direito; já a judicialização da política consiste no deslocamento da decisão de certas questões que tradicionalmente eram de competência dos Poderes Executivo e Legislativo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Tem-se, nas palavras do mesmo autor (BARROSO, 2012, p. 6) que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Finalmente, para os autores Adriana Silva Maillart e Bruno Carlos dos Rios (2016, p. 29) o ativismo judicial consiste num método apto, devidamente respaldado na Constituição Federal, para que o cidadão tenha acesso à justiça eficiente, alcançando, dentro do cenário democrático do país, Direitos Fundamentais individuais e sociais para efetivação dos direitos humanos, do desenvolvimento e da paz social.

Considerações finais

A discussão referente à postura proativa do Poder Judiciário, em especial do Judiciário Trabalhista, é complexa e suscita inúmeros pontos positivos e negativos. Atualmente há uma frente que pretende diminuir até acabar com o ativismo judicial, a exemplo do que ocorreu com a Reforma Trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/17, que modificou substancialmente o procedimento para edição de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Por outro lado, a atuação do judiciário pode ser a alternativa para o trabalhador que teve direitos sonegados durante o vínculo. A inexistência de lei para o caso concreto, ou as lacunas, não podem servir para aviltar ainda mais a situação do hipossuficiente. Em outras palavras, a atuação do judiciário, especialmente o trabalhista, deve ser no sentido de efetivar direitos individuais e pode lançar mão de uma atuação proativa, como a própria legislação permite em alguma medida, visando entregar ao jurisdicionado aquilo que pode representar a justiça ou pelo menos a ideia de equidade ou que houve o equilíbrio entre as diferentes partes, resultando na efetivação de direitos.

Acerca do ativismo judiciário, verificou-se sua origem e seu desenvolvimento, que está sendo aplicado, inclusive no judiciário brasileiro, garantindo ao trabalhador papel de destaque nas relações sociais, ou ao menos, equilibrando a diferença existente na relação capital e trabalho.

A interpretação proativa da Constituição Federal, ou ainda no caso de lacunas legais, com o objetivo de extrair o máximo dos preceitos constitucionais e legais, sem criar novas leis, o que nem é função do judiciário,

ocorre a partir de uma visão sistêmica ao ordenamento jurídico, garantindo a inafastabilidade da jurisdição e assegurando a máxima efetividade aos Direitos Fundamentais e trabalhistas no caso do judiciário específico.

Quando atua o magistrado, nesse sentido, atua com legitimidade, pois foram omissos os verdadeiros legitimados. O aplicador do direito age consoante os ideais do constituinte originário e com permissivo constitucional, com o fito de proporcionar máxima concretização dos direitos aos cidadãos, inclusive a valorização social do trabalho, havendo ao final, a efetivação de direitos através do ativismo judicial.

Referências

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **O Ativismo Judicial como instrumento de transformação do Estado democrático de Direito**. Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, n 34, p. 300-318, jan/jun. 2016. Disponível em <www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/> Acesso em 16 fev. 2020.

ASSIS, Luis Fabiano de. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. 58 f. Orientador :Antonio Rodrigues de Freitas Junior. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito USP, São Paulo, 2011. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>> Acesso em 15 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2012. Disponível em Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 10 fev. 2020.

BOLWERK, Aloísio Alencar; BEREZOWSKI, Maria Leonice da Silva. **Ativismo Judicial Trabalhista: Um ensaio entre a razoabilidade e a proteção da dignidade do trabalhador**. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5a6ce3e53bbfb06d>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BONELLA. Alcino Eduardo. **Justiça como Equidade e Utilitarismo. Educação e Filosofia**. 1998. Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/EducaoFilosofia/article/view/866>> Acesso em 18 fev. 2020.

BRASIL[1]. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.** Aprovada pelo Decreto-lei n 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 17 fev. 2020.

BRASIL[2]. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do TST.** 2008. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html> Acesso em 18 fev. 2020.

BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho.** Jus-navigandi. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho>. Acesso: 11 fev. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

DROPPA, Alisson; OLIVEIRA, Walter. **Os processos da Justiça do Trabalho como fonte pesquisa: a preservação da memória da luta dos trabalhadores.** MÉTIS: História & Cultura. Doutorado em História Social do Trabalho pela Universidade de Campinas (UNICAMP). v. 12, n. 23, p. 86-99, jan/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a03v19n2>>. Acesso: 11 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; FONTES, José Eduardo Trevisano. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais na Justiça do Trabalho: “Super” Leis ou Ativismo Judicial?** Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 9, Nº 1, Jan./Jun. 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAILLART, Adriana Silva; RIOS, Bruno Carlos dos. **O alcance do acesso à justiça eficiente por intermédio do ativismo judicial.** 2016. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/3764/pdf>> acesso em 19 fev. 2020.

MOREL, Regina Lucia M; PESSANHA, Eliana G. da Fonte. **A justiça do Trabalho.** Tempo Social, revista da sociologia da USP, v. 19, n. 2. p. 87-109, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a03v19n2>>. Acesso: 11 fev. 2020.

NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. **Ativismo Judicial e a efetividade das normas constitucionais**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1se-mestre2010/trabalhos_12010/juliananascimento.pdf>. Acesso em 01 fev. 2020.

_____, Rafael Monteiro de Castro. **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho e os Efeitos da Sentença Normativa. Conteúdo Jurídico**. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-poder-normativo-da-justica-do-trabalho-e-os-efeitos-da-sentenca-normativa,56563.html>>. Acesso: 11 fev. 2020.

PARIZI, Kelly Aparecida. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. 2016. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

PEREIRA, Gírlânio de Souza. **Ativismo Judicial: Uma análise no contexto contemporâneo**. 2015. Disponível em: <<https://girlanio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo>> Acesso: 01 fev. 2020.

PRADO FILHO, Alexandre Vieira. **O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização**. 2014. Disponível em <http://www.amatra20.org.br/amatravi/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=1881&tmp_secao=3&tmp_topico=Revista%20Eletr%F4nica&tmp_menu=3> Acesso em 15 fev. 2020.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. **A justiça como equidade em Jonh Rawls**. 2011. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em 20 fev. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Súmulas do TST: avanço ou retrocesso?** 2013. Disponível em <<https://juslaboris.tst.jus.br>>. Acesso em 01 fev.2020.

SCHAUER, Frederick. **Pensar como um Abogado**: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SEN. Amartya. Well-Being, agency and freedom. **The Journal of philosophy**, New York, LXXXII, 1985.

TAVARES, Elisa. **Ativismo judicial na Justiça do Trabalho**. 2010. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/depeso/109940/ativismo-judicial-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

Análise da colisão entre os Direitos Fundamentais: liberdade de imprensa versus direitos à imagem, à honra, à intimidade no caso “Mostro da mamadeira”

*Adriano Delfino Moreira*¹

Introdução

A liberdade de expressão sempre foi um dos maiores anseios do homem, o qual foi consagrado pelo constituinte de 1988, com um direito fundamental no art. 5, IX, da CF/88, permitindo a liberdade de “*expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”. No entanto, a própria Carta Magna impõe algumas restrições ao exercício da liberdade de expressão, pois não há direito absoluto.

Em um primeiro momento analisa-se o direito fundamental da liberdade de expressão, especificamente, no que tange à liberdade de imprensa e a sua relação com os Direitos Fundamentais ligado à intimidade, à honra e à imagem.

Na sequência, o enfoque volta-se para demonstrar em linhas gerais, as circunstâncias em que Daniele Toledo, presa em flagrante delito, no ano de 2006, pela prática do crime de homicídio da filha Victória de um ano e três meses, na cidade de Taubaté/SP. Constata-se, no presente caso, a

¹ Mestrando em Direito (PPGD) pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/MINTER - Uniguaçu/PR. Especialista em Direito Processual. Graduado em Direito (UFMS). Delegado de Polícia e Professor. E-mail: adm_dos@hotmail.com

perigosa relação entre a polícia judiciária e a imprensa, que na busca de um caso “espetacular”, promoveram a desnecessária midiáticação de informações falsas quanto à culpabilidade da investigada, a qual foi inocentada após passar 37 dias no cárcere. Entretanto, enquanto esteve cerceada à sua liberdade, Daniela Toledo, experimentou a amargura de um sistema penitenciário falido, comparados apenas com as masmorras da idade média. Os abusos cometidos pelo órgãos de persecução penal aliados com os abusos do exercício da liberdade de imprensa, proporcionaram uma das maiores violações contra os Direitos Fundamentais no Estado de São Paulo.

In continenti, aborda-se, com supedâneo na teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, a ponderação dos Direitos Fundamentais, em tese, colidentes no caso concreto. Aprioristicamente, após rápida análise da técnica defendida por Alexy, para dirimir o suposto conflito de Direitos Fundamentais, por meio do princípio da máxima proporcionalidade em suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, chega-se à conclusão da prevalência dos Direitos Fundamentais ligados à imagem, à honra e à intimidade sobre o direito fundamental da liberdade de imprensa.

1. Liberdade de expressão/liberdade de imprensa e o caso “Monstro da mamadeira”

A liberdade de expressão *“é um direito dos mais relevantes e preciosos Direitos Fundamentais, corresponde a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”*².

Neste sentido, a Constituição de 1.998, consagrou o direito à liberdade expressão no seu art. 5, IV, ao dispor que: *“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*³.

² BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Gilmar Mendes. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. atual. São Paulo, Saraiva. 2018. p. 267.

³BRASIL. Constituição. 05 de outubro de 1.988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02/04/2020.

Em um Estado Democrático de Direito a liberdade de imprensa é um direito fundamental, neste contexto esclarece Alexandre de Moraes⁴, que a garantia constitucional da comunicação social descrita no art. 220, da CF, é um corolário da norma prevista no art. 5, IX⁵, o qual consagra a liberdade de expressão “da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Cumpré destacar que a liberdade de imprensa ou jornalista não é um direito absoluto, irrestrito ou ainda, a dizer, sem limites. É um direito que merece guarida constitucional, porém deve ser conjugado com outros valores e direitos de igual relevância⁶.

Os limites ao pleno exercício da liberdade de imprensa encontram-se no próprio texto constitucional, especificamente no art. 5º, X⁷, que consagra: “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”.

Desta forma, parece que tal entendimento, é pacífico e latente no Estado Democrático de Direito Brasileiro. No entanto, a liberdade de imprensa, exercida por alguns meios de comunicações em conluio com as autoridades responsáveis pela persecução penal, notadamente, a polícia judiciária, têm ultrapassado os limites do direito de bem informar, principalmente, quando noticiam casos criminais.

A mídia consciente e atenta de que o crime exerce um fascínio na sociedade incorporou em sua programação os casos penais. Especialmente *“a televisão, sem contraditório, ampla defesa ou presunção de inocência, já fornece os culpados, antes mesmo da instrução criminal. A televisão, torna-se uma agência, uma das principais agências do sistema penal.”*⁸

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo. Atlas. 2006. p.746.

⁵ BRASIL Constituição. 05 de outubro de 1988. Op. Cit. Locus. Cit.

⁶ BONJARDIM. Estela Cristiana. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo. Max Limonad. 2002. p.73.

⁷ BRASIL Constituição. 05 de outubro de 1988. Op. Cit. Locus. Cit.

⁸ CASARA, Rubens R.R. Processo Penal do Espetáculo – Ensaios sobre o poder penal, a dogmáticos e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis/SC: Empório do Direito. p. 13.

Dentre os inúmeros casos criminais noticiados pela mídia, em parceria com os órgãos de persecução penal, de forma sensacionalista e repleta de abusos de direitos e violações aos Direitos Fundamentais do investigado, destaca-se, sobremaneira o caso batizado pela imprensa de o “Monstro da Mamadeira”, o qual resumidamente se segue.

Daniele Toledo de 19 anos ficou grávida de sua segunda filha de nome Victória. No entanto, a gravidez foi marcada por complicações como pressão alta, eclampsia e parto prematuro. Por conta disso, a criança que nasceu com 1.140 kg e, logo apresentou problemas de saúde, sendo necessário tomar vários medicamentos, pois sofria constantemente crises convulsivas. Daniela sempre acompanhava a filha Victória nas internações no Hospital Universitário de Taubaté/SP. Todavia, em uma das internações de Victória, enquanto Daniela permanecia no nosocômio acompanhando o tratamento médico da filha, foi vítima de estupro, delito perpetrado, em tese, por uma aluno do quinto ano de medicina⁹. Tal fato foi noticiado a polícia e o suspeito, sequer foi indiciado.

Após alguns dias a menor Victória começou a passar mal novamente, o que motivou Daniele a ligar para o Hospital Universitário e solicitar uma vaga de internação para a filha. Contudo, a enfermeira chefe disse: *“Vou falar pra você, Dani. Tem vaga, mas não posso aceitar vocês aqui. Se eu aceitar, vou colocar meu emprego em risco. E falta pouco tempo pra eu aposentar...”*. Ainda assim, Daniele foi até o hospital tentar a internação da filha que não estava bem de saúde, porém foi barrada pelo segurança que disse: *“Daniele, por ordem administrativa, a Victória não pode mais entrar neste hospital.”*¹⁰ Em ato contínuo, Daniela foi até o pronto socorro do Hospital, onde conseguiu o atendimento médico da filha.

A entrada no pronto socorro se deu no dia 28 de outubro de 2006, no período da noite, onde a Victória recebeu os primeiros procedimentos

⁹ANDRADE, Ingrid Evelyn Silva. VANESSA CRISTINA VELÁSQUEZ. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Simpósio de TCC e Seminário de IC , 2016 / 2º. p. 1.211. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/540aaabaoc5efobi_eb7d76a05d651916.pdf> Acesso em 29 mar 2020.

¹⁰ TOLEDO, Daniele. Tristeza em pó. São Paulo. nVersos. 2016. p. 39-40.

médicos e permaneceu em observação. Uma das enfermeira fez uma raspagem da secreção esbranquiçada na língua de Victória, porém, após alguns instantes todos no hospital olhavam de forma diferente para Daniela, indicando que algo não estava bem. Por volta das oito horas da manhã o Dr. Antônio, médico pediatra informou que Victória tinha sofrido uma parada respiratória, sendo necessário entubar a criança. Após a criança sofre a segunda para respiratória chega ao hospital policiais civis e uma conselheira tutelar, que coletou todos os dados de identificação de Daniela. Por volta das 10h40 da manhã após a terceira parada cardiorrespiratória, Victória não resiste e vai a óbito. Na sequência a Dra. Patrícia, pegou Daniele pelo braço e a puxou até a emergência, onde estava o corpo de Victória e disse: *"Olha o que você fez! Tá feliz?! Era isso que você queria? Você matou sua filha com overdose de cocaína!"*. Diante disso, entra na sala os policiais que deram voz de prisão a Daniela: *"Você tá presa em flagrante por ter matado a sua filha"*, e a retiraram do local¹¹.

Na delegacia de polícia o delegado responsável pelo auto de prisão em flagrante força uma confissão da suspeita: *"Fala pra gente o que você fez com sua filha, fala. A gente já abriu o corpo dela e viu que tava cheio de cocaína lá."*¹² Enquanto permanecia da delegacia de polícia algemada a uma cadeira, policiais civis cumpriam mandado de busca e apreensão na residência da suspeita, diga-se, sem a devida autorização judicial, onde apreenderam uma mamadeira utilizada por Daniela para alimentar a filha. Neste momento, os principais meios de comunicações já estavam apostos na delegacia de polícia a pedido do delegado, aguardando informações sobre os fatos. Não demorou muito e a notícia sobre a suposta prática do crime de homicídio estava estampadas em quase todos os jornais do Estado de São Paulo. O interrogatório de Daniela foi todo conduzido pelo delegado no sentido de formalizar uma confissão, sendo ao final obrigada a assinar sem saber o conteúdo das declarações¹³. Cumpre destacar que a

¹¹Ibidem, p. 45-49.

¹² Ibidem, p. 51

¹³Ibidem, p. 51-52.

prisão em flagrante de Daniela se fundamentou em um exame preliminar chamando *blue test*¹⁴, à base de reagentes químicos, em material colhido da boca e da mamadeira da criança, um pó branco, o qual resultou positivo para cocaína.

O delegado responsável pelo caso falou com os jornalistas no meio da tarde. Falava com convicção:

Conseguimos apreender a mamadeira na casa da acusada com restos de um pó branco misturado ao leite. Fizemos o teste preliminar (o blue test) e o resultado foi positivo para cocaína. **Não há dúvida.** Aquela mulher tem histórico de uso de entorpecente na adolescência. **Ela é um monstro**", [...], a Daniele é muito fria, não derramou uma lágrima. Diz apenas que não lembra de nada¹⁵.

A mídia ávida por uma histórica sensacionalista não perdeu tempo e em questão de minutos a notícia se reproduziu para todos os órgãos da imprensa nacional e internacional como o *New York Times* e outros de Portugal e da Espanha¹⁶. O apresentador Datena rapidamente apelidou a investigada de "O Monstro da Mamadeira", como ficou conhecida Daniela¹⁷. Ainda na noite que se seguia o linchamento midiático, a apresentadora Hebe Camargo falou: "*Sabe, gente, tem um monstro lá na minha cidade, Taubaté. Um Monstro da Mamadeira!*"¹⁸

Enquanto isso, a acusada, já devidamente encaminhada ao sistema carcerário brasileiro, precisamente, na cadeia feminina de Pindamonhagaba, onde foi colocada em uma cela com outras 19 detentas, que logo

¹⁴ "O blue test é um kit que pode ser comprado em qualquer farmácia dos Estados Unidos. Ele serve para detectar a presença de cocaína. A base do kit é o reagente tiocianato de cobalto, que adquire a cor azul em presença da substância - daí o nome Blue (azul, em inglês). Existe uma polêmica no Brasil em torno desse teste desde que a polícia de São Paulo começou a usá-lo - e constatou que sua eficácia não era de 100%. O caso mais gritante veio à tona na semana passada. Daniele Toledo do Prado, de 21 anos, moradora da cidade de Taubaté, foi solta depois de ficar 37 dias na cadeia. Ela havia sido acusada de matar a própria filha, de 1 ano e 3 meses, por overdose de cocaína. Daniele foi libertada depois de a polícia ter concluído que a análise que detectou a droga na boca da pequena Victória estava errada". AZEVEDO. Solange. Teste Reprovado. Revistaépoca.globo.com. Disponível em: < <http://revistae-poca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG75935-6014,00-TESTE+REPROVADO.html> > Acesso em 30 mar 2020.

¹⁵Ibdem. p. 07

¹⁶Ibdem. p. 61

¹⁷Ibdem. p. 52

¹⁸Ibdem. p. 62.

souberam por meio dos canais midiáticos da suposta prática do delito perpetrado pelo "Monstro da Mamadeira". Daniela, não imaginava o calvário que enfrentaria. Assim que as detentas souberam dos fatos, não demorou muito para que o desejo de fazer justiça com as próprias mãos se manifestasse, então a "criminosa" foi submetida a uma sessão de tortura pelas presas. A brutalidade foi absurda, conforme narra Daniela¹⁹:

[...] Depois mandaram eu ajoelhar. Ai começou o espancamento. A moça que tinha me emprestado a roupa foi a primeira que me bateu. Depois vinha uma e batia. Vinha outra e batinha. Uma por uma. Depois juntaram todas, batendo juntas, de uma vez. Era dezenove detentas. [...] A dor ia me carregando pra longe, pra fora do meu corpo. Só ouvia ao fundo as coisas que elas falavam. Vou pegar a caneta e bater no ouvido dela com o chinelo! Não faz isso que vai dar B.O.! Com a sola de um chinelo, martelaram toda uma caneta bic no meu ouvido. A caneta quebrou dentro de mim. [...] eu não sentia mais nada. Fui saindo do meu corpo. Fui desfalecendo. Desmaiei.

Além dos traumas psicológicos desencadeados pela sessão de tortura a que foi submetida, Daniela sofreu com às consequências das brutais das agressões físicas, as quais culminaram na fratura do maxilar, escápula, clavícula e traumatismo intracraniano e rompimento do nervo ótico e do ouvido²⁰.

No entanto, após 15 dias de prisão sai o laudo oficial do IML confirmando que a substância encontrada na boca de Victória e na mamadeira da criança não era cocaína e sim substância correspondente aos medicamentos utilizados para conter as crises convulsivas da criança. Com o resultado do laudo definitivo tudo mudaria, de acusada a inocente. Assim, no dia 05 dezembro sai o *habeas corpus*²¹ em favor de Daniele, que deixa a prisão após 37 dias.

¹⁹TOLEDO, Daniele. Tristeza em pé. São Paulo, nVersos. 2016. p. 59-60.

²⁰Ibidem. p. 63.

²¹Ibidem. p. 110.

2. Os Direitos fundamentais violados pela polícia judiciária e pela imprensa no caso “Monstro da mamadeira”

A combinação entre a mídia e os órgãos de persecução penal, notadamente, a polícia judiciária, na construção dos casos criminais tem demonstrado uma parceria, que a pretexto de exercer o direito à liberdade de informação, viola os direitos da imagem, da honra e da intimidade dos investigados.

Essa pratica tecnicista de mediatizar os casos penais via imprensa, a qual transmite um "esquema unilateral da realidade", demonstra enorme capacidade de manipular os sentimentos e "diabolizar o outro"²².

Trata-se de um método realizado à margem do devido processo legal, considerando a potencialidade dos meios midiáticos de influenciar e manipular a opinião pública sobre a culpabilidade do investigado²³.

Percebe-se que *“a mídia não está se preocupando com interesse público e sim com o interesse do público. O que se pretende é maximizar lucros para as grandes corporações que comandam uma dezena de veículos de comunicação”*²⁴. O que só é atingido por meio dos altos índices de audiência.

Nos dias de hoje, de acordo com Ignacio Ramonet²⁵, *“o redator-chefe ou diretor de um jornal não perguntam mais se a informação é verdadeira, mas se ela é interessante”*.

Destaca-se a importância outorgada a imposição da velocidade da informação pela atividade jornalística. A exigência de noticiar em tempo real

²² ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública. Un estudio a partir de la publicidad de los juicios penales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 306.

²³ TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo; BORGES, Ademir. A construção midiática de casos criminais pode ofender Direitos Fundamentais. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>>. Acesso em: 02 abr 2020.

²⁴ MASCARENHAS, Oacir Silva. A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-influencia-da-midia-na-producao-legislativa-penal-brasileira/>. Acesso em 04 abr 2020.

²⁵ RAMONET, Ignacio. A tirania da comunicação. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. Petrópolis. RJ: Vozes. 1999. p.25

é uma estratégia de competição no mercado em detrimento do valor da verdade, inviabilizando análise diligente dos fatos noticiados²⁶.

Cumpra destacar que a proteção dos Direitos Fundamentais do investigado na esfera penal não implica estabelecer uma censura aos meios de comunicação. O que se protege conforme observa Luís Roberto Barroso²⁷, *"é a informação constitucional verdadeira [...] A deliberação de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor"*.

Na fase inquisitorial da persecução penal, que normalmente, é conduzida pelo Delegado de Polícia, conforme dispõe o art. 2º, §1º da Lei 12.830, de 20 de junho de 2.013²⁸, o sigilo das informações e dos atos realizados devem receber especial proteção da autoridade policial, em prol da eficácia das investigações, que visam a elucidação completa dos fatos. Cuida-se de uma fase inquisitorial, sem a presença do contraditório e da ampla defesa, é uma fase preliminar em que a publicidade precoce e desmedida poderá causar graves danos ao eventual autor do fato, à vítima, ou à própria investigação²⁹.

Neste sentido, reforça Gilmar Ferreira Mendes³⁰:

Dadas as condições peculiares de determinados atos de investigação, não se pode desejar que a publicidade seja absoluta, sob pena de ofender-se o núcleo essencial de direitos como o direito a segurança, que, em casos como tais, colidem com a privacidade e a intimidade. Por isso, prescreve o Código de Processo Penal em seu art. 20, que a autoridade deve assegurar, no inquérito policial, "o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da

²⁶ SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva de julgamentos criminais. Uma investigação sobre as consequências e formas de superação e da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p. 358-359.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações. 1ª ed. Livraria do Advogado Editora, 2007. p.14.

²⁸ Art. 2º *As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.*

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 13. Ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva Educação. 2018. p. 422.

³⁰ *Ibidem.* p. 423.

sociedade”. Nesse sentido, a doutrina tem esclarecido que, “sendo o inquérito um conjunto de diligências visando a apurar o fato infringente de norma penal e da respectiva autoria, parece óbvio deva ser cercado do sigilo necessário, sob pena de ser tornar uma burla.

Leciona Nestor Távora³¹, que se deve diferenciar o sigilo externo das investigações, aquele imprescindível para evitar a divulgação, principalmente, nos meios de comunicações dos atos investigatórios, de forma a prejudicar às diligências, daquele sigilo interno, imposto ao investigado e a seu advogado.

Em relação ao sigilo externo, encontra-se seu fundamento na própria proteção do investigado ou do indiciado, assim, não publicizar às investigações a terceiros estranhos à persecução penal, notadamente, à imprensa, evita-se desgaste da imagem do suspeito e condenações sumárias pela opinião pública³².

Para Aury Lopes Jr³³, ainda que não haja sentença penal com trânsito em julgado não há que se falar em culpado, vigorando assim a presunção de inocência como um limite democrático à abusiva exploração midiática sobre o suposto fato criminoso e do processo judicial.

Ressalta-se, por oportuno, que cumpre ao Poder Judiciário a função de julgar e não a mídia, conforme adverte Nilson Naves³⁴:

Devemos ter em mente que procedimento preparatório, acusação, julgamento e condenação são atos que competem, constitucional e legalmente, ao Poder Judiciário com a valiosa colaboração do Ministério Público e da polícia judiciária. **Assim, não é correto que a notícia leve a coletividade a concluir pela culpabilidade do acusado antes do pronunciamento judicial.** Não é justo que se inverta na mente das pessoas, a ordem das coisas, e a sentença seja passada antes mesmo da instauração do procedimento preliminar ou

³¹ TAVORA, Nestor / Rosamar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal. 8ª Ed. São Paulo: JusPodvim, 2013. p. 103-104.

³² Idem.

³³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 79

³⁴ NAVES, Nilson. Imprensa investigativa: sensacionalismo e criminalidade. R. CEJ, Brasília, n. 20, p. 6-8, jan./mar. 2003. p. 7. Disponível em < <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/515/696> > Acesso em 02 abr 2020.

preparatório de ação penal, a cargo da autoridade policial. E mais: se os fatos não são levados a julgamento, cria-se a suspeita de que a Justiça faz parte de conluio para acobertar o pretense crime. Jamais percamos de vista que, entre os direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição, encontra-se inscrito que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Aliás, o postulado axiológico da presunção de inocência, por ser eterno, universal e imanente, nem sequer precisaria estar gravado em texto normativo. (Grifo nosso)

Portanto, compete ao Delegado de Polícia, conforme acena Guilherme de Souza Nucci³⁵, ser o “*primeiro juiz do fato*”, devendo ser também o garantidor dos direitos e das garantias fundamentais do acusado. Assim, expor o acusado a curiosidade pública por meio da imprensa, além de viola os direitos e as garantias constitucionais à imagem, à honra e à intimidade do investigado, configura crime de abuso de autoridade, previsto no art. 13, da Lei nº 13. 869, de 05 de setembro de 2019³⁶.

Essa função de garantidor atribuída a autoridade policial foi expressada pelo Ministro Celso de Melo, em seu voto, no HC 84.548/SP³⁷, no qual disse ser o “*Delegado de Polícia o primeiro garantidor da legalidade e da justiça*”. Não podendo voltar à atenção somente para a versão acusatória, buscar prestigiar a defesa, indicará isonomia e cautela, evitando decisões equivocadas em face dos Direitos Fundamentais do investigado.

No caso envolvendo Daniela, denominada pela imprensa como o “Monstro da Mamadeira”, constata-se a violação de diversos direitos e garantias fundamentais, tais como: direito a presunção de inocência, inviolabilidade da imagem, da honra, da intimidade, do devido processo legal, etc. A insipiente conclusão do delegado de polícia, totalmente

³⁵ NUCCI, Guilherme S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

³⁶Art. 13. *Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:*

I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência

³⁷BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HC 84.548, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 21/06/2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>> Acesso em 03 abr 2020.

fundamentada em um laudo precário e não confiável, como o *blue test*, pela culpabilidade da investigada, somado com a propagação impensada dos fatos na imprensa, levou a investigada, possuidora dos Direitos Fundamentais, a sofrer o linchamento da opinião pública e a tortura no sistema penal brasileiro, causando danos, que apesar de indenizáveis são irreparáveis.

3. Ponderação de princípios fundamentais

Convém agora neste tópico fazer uma análise do suposto conflito de Direitos Fundamentais do caso concreto envolvendo a investigada Daniela Toledo, denominada injustamente “Monstro da Mamadeira” sob a Teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Nesta toada, tem-se de um lado a liberdade de expressão, especificamente, liberdade de imprensa e de outro lado os Direitos Fundamentais à imagem, à honra e à intimidade da acusada.

Em uma análise perfunctória, poder-se-ia afirmar um suposto conflito de interesses, ou melhor, suposto conflito de Direitos Fundamentais. Assim, para solucionar a celeuma, necessário ao interprete recorrer a uma técnica de resolução e, encontrar qual o direito fundamental deverá prevalecer em face de outro direito fundamental de igual relevância.

Consagrar os Direitos Fundamentais é uma necessidade imperiosa, porém o exercício dos Direitos Fundamentais devem ser ajustado a outros Direitos Fundamentais, necessitando desta forma estabelecer limites para o exercício das liberdades, principalmente quando se refere a liberdade de imprensa. Essa necessidade, é realça por Andréa de Penteadó Fava³⁸:

“A necessidade de limitar direitos manifesta-se com toda a sua força quando referida aos meios de comunicação, vez que o poder de que dispõem é de tamanha magnitude que detém o condão de interferir em toda a sociedade, de

³⁸ Fava, Andréa de Penteadó. O poder punitivo da mídia e a ponderação de valores constitucionais: uma análise do Caso Escola Base. Rio de Janeiro. Universidade Candido Mendes, Mestrado em Direito, 2005. p. 120. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo37871.pdf> Acesso em 02 abr 2020.

influir na cultura e no comportamento dos seres humanos, traduzindo-se em potencial de transformação positiva das realidades da convivência humana bem como em potencial lesivo de enormes proporções”.

Assim, será utilizado a teoria de Robert Alexy para ponderar qual princípio ou regra deverá prevalecer no caso apresentado, se o direito à liberdade de imprensa ou o direito à imagem, à honra e à intimidade da acusada.

No entanto, antes de analisar o conflito entre princípios, convém destacar a distinção que Robert Alexy³⁹ faz entre regras e princípios. Neste contexto, Alexy entende que princípio e regras são espécies de normas jurídicas. Sendo que as regras são aplicáveis do modo “tudo ou nada”. Assim, diante de um conflito entre regras basta aplicar a regra válida para afastar a outra, desconsiderando-a na sua totalidade, por meio da subsunção, ou seja, o perfeito encaixe da norma regra ao caso concreto. Por outro lado, tem-se as normas princípios, ou ainda denominado, mandado de otimização, são as normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Nesta senda, esclarece Robert Alexy⁴⁰:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado há que ser incluída uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece aquele com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão do peso.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.

⁴⁰ ALEXY, Robert. Ob. Cit. p. 93.

Neste sentido, para Alexy uma das soluções para a colisão entre regras é declarar uma delas inválida. No entanto, defende que é possível também a introdução de uma cláusula de exceção em determinada regra para que o conflito seja suprimido. Exemplifica sua posição com o seguinte exemplo⁴¹:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-se contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio

Ademais, ressalta Alexy⁴² que esse conflito entre normas regras deve ser solucionados por meio de critérios de solução de antinomias jurídicas, tais como: critério hierárquico, critério cronológico e critério da especialidade. Sendo possível ainda, resolver o conflito por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição ou ainda declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto.

No que tange a colisão entre normas princípios em relação aos Direitos Fundamentais, Alexy aduz que nesta colisão não há que falar que um deles possa ser declarado inválido, sendo possível introduzir em um dos princípios uma cláusula de exceção ou ainda uma prevalência absoluta entre eles.

Para solucionar os supostos conflitos de normas princípios Robert Alexy se vale da técnica de sopesamento, por meio da máxima da proporcionalidade. A qual consiste na proporcionalidade nas suas três máximas parciais: “*adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso)*”

⁴¹ ALEXY, Robert. Op cit. p. 92

⁴² ALEXY, Robert. Op. cit. p. 93.

*e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento em sentido estrito).*⁴³

Neste sentido, explica Robert Alexy⁴⁴ que:

[...] a máxima proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em faces das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Com escopo na máxima do subprincípio da adequação, mandamento de otimização em face da possibilidade fática, impõe-se que as medidas empreendidas pelo Poder Público se apresentem capazes de atingir os objetivos pretendidos. Quer dizer, cuida-se da verificação da idoneidade do ato para atingir a finalidade desejada pelo Estado.

Em relação a máxima da necessidade ou ainda denominada exigibilidade, tem-se a avaliação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins almejados, interferindo o mínimo possível na esfera dos Direitos Fundamentais. Ao final, tem-se, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, o chamado mandado de ponderação, consistente no sopesamento entre a obrigação imposta e o benefício atingido pela norma prevalecente⁴⁵.

Ao tratar do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, esclarece Daniel Sarmento⁴⁶:

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.

⁴³ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 116-117.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 118.

⁴⁵ FAVA, Andréa de Penteado. Op. Cit. p. 116.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p 89.

Feitas as considerações preliminares quanto a técnica de resolução de normas princípios e de normas regras, com base na máxima da proporcionalidade e seus desdobramentos em subprincípios, passa-se a aplicar no caso do prático intitulado pela mídia de o “Monstro da Mamadeira”, a teoria de Robert Alexy.

É corrente na mídia brasileira reportagens tratando dos casos penais com uma enorme carga sensacionalista, trata-se de uma lógica que busca os altos índices de audiência, pois isso significa lucro, ainda que tais informações midiaticizadas, em nome da liberdade de imprensa, violem os Direitos Fundamentais do acusado como à imagem, à honra e à intimidade. Por conta dessa prática, diversas ações por danos morais chegam às portas do Poder Judiciário.

O caso do “Monstro da Mamadeira”, expressa, a priori, *prima facie*, um suposto conflito de Direitos Fundamentais, normas princípios que incidem em um caso concreto e que aparentemente se colidem. Tem-se de um lado da balança o direito da liberdade de expressão em sua forma de liberdade de imprensa e, por outro lado, o direito de proteção à imagem, à honra e à intimidade da investigada.

Desta forma, aplicando aqui a máxima da proporcionalidade em suas três dimensões, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, chega-se à conclusão que se segue.

Nesta primeira fase, inicia-se a análise pelo subprincípio da adequação, ou seja, buscar verificar se as medidas empreendidas pelo Poder Público no caso concreto se apresentam capazes de atingir os objetivos pretendidos. A publicização precoce dos fatos sem o término das investigações e, por consequência, a formação da culpa da investigada pela imprensa, evidencia flagrante abuso de poder pela autoridade policial e pela mídia.

O Delegado de Polícia deu notoriedade de uma investigação em andamento, carente de relevantes diligências para a completa e a correta apuração dos fatos. Ademais, emitiu prévio juízo de valor sobre à

personalidade da investigada, promovendo um precário e antecipado julgamento da culpabilidade da investigada.

A mídia, por sua vez, ao publicar o suposto homicídio praticado por Daniela Toledo, o fez de forma sensacionalista, estetizando-o. Ferindo a lógica de bem informar a sociedade. Poderia a imprensa poder aguardar pacientemente, a conclusão das investigações para então noticiar com precisão os fatos investigados.

Desse modo, a medida empreendida pela mídia não busco bem informar a sociedade, pelo contrário, propalou notícia falsa em descompasso com a correta atividade jornalística. Assim, tanto a conduta da autoridade policial como a da imprensa não estão em conformidade com o subprincípio da adequação.

Passa-se agora à analisar sob a ótica do segundo subprincípio, o da necessidade, a saber se existe meios menos gravoso para o atingimento dos fins almejados, os quais seriam capazes de interferir o mínimo possível na esfera dos Direitos Fundamentais.

Neste passo, conclui-se que outros meios menos gravosos poderiam ser adotados pela autoridade policial, como por exemplo, a manutenção do sigilo das investigações, pois ainda pendente de diligências fundamentais para elucidação completa dos fatos. Quanto à imprensa, a publicização dos fatos poderiam ressaltar a precariedade do *blue test* e informar que a completa apuração dos fatos dependia de um exame mais confiável e detalhado, ademais, poderia a imprensa abster-se de violar os Direitos Fundamentais da acusada, não publicando sua foto nos jornais, nome e nem outras características capazes de identificá-la.

Desse modo, verificou-se que o suposto conflito dos Direitos Fundamentais restaram solucionados ainda no primeiro subprincípio, o da adequação e ratificado pelo segundo subprincípio, o da necessidade em favor dos Direitos Fundamentais da investigada.

Diante da análise dos dois subprincípios depreende-se da não necessidade de uma análise mais profunda, haja vista a resolução em favor dos direitos e garantias da investigada.

Porém, a título de aprofundamento, supondo que os dois subprincípios não fossem suficiente para resolução da celeuma, necessariamente, chegaria ao terceiro subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito. Neste último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, mandamento de otimização, investiga-se por meios do sopesamento qual dos Direitos Fundamentais deve prevalecer em relação ao outro em face das possibilidades jurídicas.

Para a teoria de Robert Alexy⁴⁷, esse subprincípio é semelhante à lei de ponderação, ao estabelecer que *“quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”*

A liberdade de imprensa goza de especial proteção constitucional ao impedir qualquer interferência do poder público no pleno exercício dessa atividade, (Art. 220, caput, CF/88). De outro viés, assegura a constituição especial proteção a sociedade em face do abuso da atividade jornalística, ressaltando a obrigatoriedade da liberdade de imprensa no seu mister observar os direitos ligados à intimidade, à honra e à imagem, dentre outros. (Art. 220, § 1º, da CF/88).

Neste sentido, Gilmar Mendes⁴⁸ alude que:

Ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, deixando entrever a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito.

Assim, tem-se que a liberdade de imprensa não é absoluta, devendo estar alinhada com outros Direitos Fundamentais e valores, neste sentido José Afonso da Silva⁴⁹ adverte:

⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 19. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/427>> Acesso em 07 abr 2020.

⁴⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 16. ed., 1999, p. 250

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mais especialmente têm um dever. Reconhece-se-lhes o direito de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

O legislador infraconstitucional em recente alteração do ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 13.869/2019⁵⁰, Lei de Abuso de autoridade, previu no art. 13, I, a conduta de “*constranger preso ou detento, mediante violência, grave ameaça ou redução se sua capacidade de resistência, expondo-o a curiosidade pública*”. A norma, com razão, quer evitar o constrangimento do preso, principalmente, quando de sua prisão em flagrante, onde constantemente, se vê que são expostas a sua imagem ou parte do corpo por meio da imprensa a curiosidade pública.

Rogério Sanches⁵¹ aduz que por conta da velocidade das notícias e as cenas que percorrem as redes sociais, principalmente, a televisão, com frequência, deparamos com cenas onde pessoas presas são forçadas a mostrar seus rostos para uma população avida de vingança e de curiosidade.

A *novatio legis*, eminentemente garantista, busca proteger o direito fundamental da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, notadamente, nos casos criminais, evitando assim, que o investigado seja ridicularizado perante a opinião pública.

Não há dúvidas que no caso de Daniele houve flagrante desrespeito aos Direitos Fundamentais, inicialmente, pela autoridade policial que

⁵⁰ BRASIL. Lei 13.869/2019, de 05 de setembro de 2.019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em 04 de abr 2.020.

⁵¹ CUNHA. Rogério Sanches. Abuso de Autoridade. Editora JusPodivm. Salvador. 2020. p. 131.

apressadamente deu seu veredicto na formação da culpa da investigada, ainda que pendentes diligências imprescindíveis para completa apuração dos fatos, posteriormente, a imprensa, reproduziu de forma sensacionalista os fatos, buscando unicamente os altos índices de audiência a margem da verdade.

Portanto, neste conflito de Direitos Fundamentais, tem-se que um dos direitos deverá prevalecer em face de outro, sem no entanto, invalidar o direito fundamental preterido. Desse modo, os Direitos Fundamentais ligados à vida privada, à honra e à imagem, devem sobrepor ao direito de liberdade de imprensa, pois tais Direitos Fundamentais compõe o núcleo essencial de outro princípio, o princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Considerações Finais

A guisa de conclusão imperioso destacar a observação trazida por Sergio Cavalieri Filho⁵², em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, referindo-se a Jornalista Miriam Leitão:

Em artigo publicado no jornal O Globo, a jornalista Miriam Leitão fez uma honesta análise sobre o correto exercício do direito de informar: **"Nós jornalistas temos de pensar mais profundamente sobre como lidamos com acusações. Temos o poder de destruir biografias.** Por isso, os cuidados têm de ser extremos. Na saudável competição entre os jornais, não se pode sacrificar os cuidados mínimos estabelecidos pelo correto exercício da profissão. Assusta-me o poder que temos, e como ele está sendo exercido. Um dos defeitos comuns nas reportagens é que basta um pequeno indício - ou nem isso, basta que alguém se refira ao nome de uma pessoa e ela passa, nas reportagens seguintes, as suítes, a ter seu nome associado à perigosa palavra 'envolvido'. Envolvido é outro dos truques da imprensa. Protege o jornalista e lança uma sombra sobre a pessoa da qual se fala. 'Envolvido' embola culpados e inocentes, suspeitos e vítimas, na mesma zona de sombras. Quem não leu o jornal anterior não saberá encontrar a fronteira entre os dois grupos: todos passam a pertencer à categoria suspenso de 'envolvidos.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.126.

Refletir sobre o exercício da atividade jornalística torna-se um tema atual e necessário, pois se trata de um direito fundamental de imprescindível importância para a Democracia. Ademais, a comunicação revela-se como um poder e, como qualquer outro poder, pode ser bem empregado ou mal-empregado. Caso seja utilizado de modo diverso assemelha-se as armas mais poderosas do arsenal dos ditadores⁵³.

O caso de Daniela Toledo, que ficou conhecido como o “Monstro da Mamadeira”, revelou o poder que a mídia tem para exercer sobre a opinião pública. No presente caso, infelizmente, a mídia extrapolou os limites do direito fundamental da liberdade da imprensa e feriu os Direitos Fundamentais da imagem, da honra e da intimidade da investigada. Tratou-se de mais um erro da imprensa, que estigmatizou e causou danos irreparáveis a acusada.

Destaca-se ainda, a necessidade de estabelecer uma discussão das condutas das autoridades responsáveis pela persecução penal e a sua relação com a mídia.

Por derradeiro, deve-se buscar conciliar os Direitos Fundamentais em discussão por intermédio da teoria defendida por Robert Alexy, por meio da técnica da aplicação da máxima proporcionalidade em suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para solução racional dos aparentes conflitos de normas princípios.

Referências:

ANDRADE. Ingrid Evelyn Silva. VANESSA CRISTINA VELÁSQUEZ. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Simpósio de TCC e Seminário de IC , 2016 / 2º. p. 1.211. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/540aaabao5efob1eb7d76a05d651916.pdf> Acesso em 29 mar 2020.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

⁵³ Huxley, Aldous. Regresso ao Admirável Mundo Novo. São Paulo. Hemus. 1959. P. 63. *Apud* BONJARDIM. Estela Cristiana. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo. Max Limonad. 2002. p. 69.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública. Un estudio a partir de la publicidad de los juicios penales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

AZEVEDO, Solange. Teste Reprovado. Revistaépoca.globo.com. Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG75935-6014,00-TESTE+REPROVADO.html>> Acesso em 30 mar 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Gilmar Mendes. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HC 84.548, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 21/06/2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>> Acesso em 03 abr 2020.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações. 1ª ed. Livraria do Advogado Editora, 2007.

BONJARDIM, Estela Cristiana. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo. Max Limonad. 2002.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-influencia-da-midia-na-producao-legislativa-penal-brasileira/>. Acesso em 04 abr 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo** – Ensaios sobre o poder penal, a dogmáticos e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis/SC: Empório do Direito

CUNHA, Rogério Sanches. Abuso de Autoridade. Editora JusPodivm. Salvador. 2020.

Fava, Andréa de Pentead. O poder punitivo da mídia e a ponderação de valores constitucionais: uma análise do Caso Escola Base. Rio de Janeiro. Universidade Candido Mendes, Mestrado em Direito, 2005. p. 120. Disponível em: <http://www.dominio-publico.gov.br/download/teste/arqs/cpo37871.pdf> .Acesso em 02 abr 2020.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 13. Ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva Educação. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 19. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/427>> Acesso em 07 abr 2020

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19^a ed. São Paulo. Atlas. 2006.

NAVES, Nilson. Imprensa investigativa: sensacionalismo e criminalidade. R. CEJ, Brasília, n. 20, p. 6-8, jan./mar. 2003. p. 7. Disponível em < <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/515/696>> Acesso em 02 abr 2020.

NUCCI, Guilherme S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMONET, Ignacio. A tirania da comunicação. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. Petrópolis. RJ: Vozes. 1999.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 16. ed., 1999.

SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva de julgamentos criminais. Uma investigação sobre as conseqüências e formas de superação e da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro. Renovar. 2008

TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo; BORGES, Ademar. A construção midiática de casos criminais pode ofender Direitos Fundamentais. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>>.

TAVORA, Nestor / Rosamar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal. 8ª Ed.
São Paulo: JusPodvim, 2013.

TOLEDO. Daniele. Tristeza em pó. São Paulo. nVersos. 2016.

O método APAC como modelo alternativo para o cumprimento da pena privativa de liberdade

Adriano Delfino Moreira

Suelen Dondé

Introdução

O objetivo deste artigo é conhecer a APAC, Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, como um método alternativo à execução da pena privativa de liberdade, utilizando-se, para tanto, da pesquisa de caráter bibliográfico como procedimento técnico e do método de abordagem dedutivo, valendo-se também de posicionamento crítico.

É público e notório que o sistema carcerário brasileiro não tem se mostrado apto a implementar, no ambiente correccional, as diretrizes humanitárias estabelecidas pela Lei de Execução Penal para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, o caos instalado na maioria dos presídios deve-se ao fato de que não é proporcionado aos sentenciados tratamento humanizado e tão pouco estadia digna durante o período de cárcere, impossibilitando, desse modo, alcançar a principal finalidade da pena privativa de liberdade, qual seja, a ressocialização.

Tais dificuldades enfrentadas pelo sistema atual ocasionam danos não somente para os segregados, mas para toda a sociedade, que recebe egressos cada vez mais revoltados e perigosos, revelando, assim, a necessidade de repensar o atual sistema de execução penal.

É nesse contexto que busca-se analisar a conveniência da instituição da APAC, um método totalmente diferente do sistema prisional convencional, que tem alcançado resultados positivos no tocante à recuperação dos apenados, baseando-se nas diretrizes já estabelecidas na Lei de Execução Penal.

1. As finalidades da pena privativa de liberdade e a problemática de suas implementações

A pena privativa de liberdade propõe atingir três finalidades, além do restabelecimento da ordem social violada pela ação criminosa, visa reprimir a conduta do agente e, dessa forma, prevenir novos crimes, possibilitando ao apenado refletir sobre sua conduta, contribuindo, assim, para sua regeneração e ressocialização (NUNES, 2015, p.1).

Beccaria ao tratar dos fins da pena dispõe:

[...] O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu (BECCARIA, p.62 apud VOICHCOSKI, 2017, p. 14).

A função retributiva da pena objetiva tão somente realizar a justiça, o mal produzido pelo delinquente é compensado com a imposição de outro mal, que é a própria sanção penal. Quanto à função preventiva, esta consiste na intimidação da sociedade mediante a possibilidade de imposição da pena, de modo a atuar pedagogicamente sobre a coletividade. Já a função reintegradora da pena apoia-se no propósito de melhorar e até mesmo reeducar o delinquente (MARCON, 2001, p. 8-12).

Muito embora a ideia de penalizar esteja, num primeiro momento, associada apenas ao castigo, a pena não se reveste de caráter puramente negativo, uma vez que seu fim primordial é a ressocialização do indivíduo. Os contornos modernos acerca dos fins da pena priorizam a reeducação do preso e sua reinserção social; ressocializar para não reincidir, sem

deixar de considerar, contudo, sua essência retributiva (CROCETTA, 2015, p. 25-29).

Nos dizeres do ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal, 2015, s.p:

A pena, nos dias atuais, sobretudo no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, tem uma função eminentemente ressocializadora, ou seja, tem o escopo de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, de torná-lo um cidadão prestante, após ter ele saldado seu débito para com a sociedade.

Ressocializar, vale dizer, é oferecer meios aptos para a humanização, é proporcionar a transformação do encarcerado, nele inserindo valores morais necessários para a vida fora do cárcere. Ocorre que, frente às mazelas do atual sistema, a ressocialização é a principal objeção da pena, efetivar esse fim tornou-se praticamente uma utopia. Por tal motivo, há décadas discutem-se meios eficazes para tornar efetivo esse objetivo, pois, apesar de leis sábias em sua instituição, a vontade legislativa nunca foi, de fato, materializada (PESSOA, 2009, p. 11).

Nesse sentido, a Lei nº 7.210/1984, projetada como o instrumento normativo capaz de conceber humanidade e racionalidade ao árduo processo de cumprimento de pena privativa de liberdade, representou um grande avanço ao país. Sucede que a sabedoria contida em seus dispositivos restou insuficiente para ocasionar mudanças significativas no sistema prisional ou na ressocialização do apenado (ROIG, 2015, s.p).

Nota-se que o Estado, detentor do monopólio repressivo, não dispõe do ferramental necessário para implementar no ambiente correcional os ditames da Lei de Execução Penal, razão pela qual nenhum estabelecimento penal se adequou ao idealismo programático da mencionada lei (MARCÃO, 2016, p. 234).

A já consolidada realidade do sistema prisional brasileiro revela:

Um quadro de violação massiva e persistente de Direitos Fundamentais, decorrentes de falhas estruturais e falência de políticas públicas, cuja modificação

depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária (ADPF 347, 2015, p. 03).

O quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro é de conhecimento público; mostram-se recorrentes os relatos de superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência psicológica e social, condições de higiene e alimentação sub-humanas, torturas físicas e psíquicas. Esse caos institucional compromete a efetividade do sistema prisional como instrumento de reabilitação social dos detentos, a iniciar pela carência crônica de vagas, que transforma os estabelecimentos carcerários em verdadeiros depósitos de seres humano (RE 592.581, 2015, p.19).

No Brasil os presos, em sua maioria, estão sujeitos às seguintes condições:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos (PSOL, 2015, p. 2).

Ainda, nas palavras do ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal (2015, p.5):

Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes

causadores de infecções diversas. As áreas de banho de sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico ou escova de dentes [...] Além da falta de acesso ao trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento.

Os mutirões carcerários(CNJ, 2012, p. 169 - 189), lançados no ano de 2008 e levados a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça nos anos de 2010 e 2011, retratam a realidade prisional em todas as regiões do Brasil. Nos três estados da região sul a realidade das prisões é a seguinte:

Na capital paranaense, no 12º Distrito Policial, o Mutirão encontrou 30 presos em uma cela com capacidade para apenas quatro pessoas, sem chuveiro e com apenas um vaso sanitário. Os detentos são obrigados a tomar banho de torneira, a comida muitas vezes chega azeda e o frio, característico no inverno paranaense, faz com que os presos durmam juntos para se esquentarem. A falta de estrutura leva alguns detentos a utilizarem as próprias meias como coador de café.

[...]

No Rio Grande do Sul, as unidades prisionais viraram terreno fértil para a atuação das organizações criminosas. O Estado lida atualmente com o “monstro” que criou ao permitir que facções dominassem o sistema prisional. Quando cruza a porta de um presídio, o novo detento é forçado a trabalhar para a organização a qual está “filiado” e, em troca, recebe o que o Estado não fornece, como segurança e complemento alimentar. A insegurança criada dentro da prisão – laboratório do crime – atravessa muros e torna-se pública.

[...]

Escassez de água potável, alimentação precária, denúncias de tortura física e psicológica e falta de assistência à saúde estão entre os problemas relatados pelos presos durante as inspeções feitas pelo CNJ em unidades prisionais administradas pelo Departamento de Administração Penitenciária do Estado. “Constatou-se que o sistema prisional catarinense, em alguns casos, dá sinais de esgotamento”, concluiu a coordenadora do Mutirão, juíza Soraya Brasileiro Teixeira.

Essa terrível realidade contribui para acentuar ainda mais o sentimento de revolta nos aprisionados, conforme aponta Michael Foucault (2009, p.62):

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.

O cenário prisional atual vai de encontro, dentre outros dispositivos legais, com o disposto nos arts. 1º, inc. III e 5º, inc. XLIX da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da dignidade da pessoa humana e das garantias asseguradas aos encarcerados, especialmente ao respeito à sua integridade moral e física (RE 592.581, 2015, p. 32).

O princípio da dignidade da pessoa humana, nos dizeres de José Afonso da Silva (2009, p.39), “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

De fato, a dignidade humana atua como princípio inspirador de todos os Direitos Fundamentais, permeando a interpretação das normas e princípios penais, de modo que toda a ordem jurídica a ela se reporta. Considerando a dimensão de seu significado, vinculado a ele está o dever de humanizar o cumprimento das penas, evitando ao máximo que os apenados sejam excessivamente afetados pela intervenção do poder punitivo (ROIG, 2015, p. 21/22).

Assim, a sujeição dos presos às condições degradantes, além de manifestamente inconstitucional, descumpre quase que a totalidade da Lei de Execução Penal que, objetivando humanizar o período de cárcere, prevê, dentre outras garantias, o direito a celas individuais com acomodações adequadas, instalações higiênicas, alimentação suficiente,

vestuário adequado, assistência à saúde, jurídica, social, religiosa, direito ao trabalho e ao estudo como meios de remição da pena, além de dispor sobre proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e de assegurar a ele todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória (BRASIL, 1984).

As consequências da mencionada violação aos Direitos Fundamentais vai além dos danos subjetivos, repercutindo contra a própria sociedade. Nesse passo, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência” (BARCELLOS, 2010, p. 41).

No mesmo sentido, o ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal (2015, p. 1/2) pontua que é importante ter consciência de que os problemas do sistema penitenciário se revertem em consequências gravíssimas para a própria sociedade brasileira; a incapacidade do sistema em tratar os condenados de forma que beira a desumanidade faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam os mais altos do mundo. Dessa forma, ao enfrentar o problema do sistema penitenciário, não se está cuidando apenas dos interesses de uma minoria, mas sim de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que há tempos afligem a população.

Assim, a conclusão é apenas uma: as prisões brasileiras não cumprem com a função a que se propõem, não servem à ressocialização dos internos. Ao contrário, não raras vezes, transformam pequenos delinquentes em verdadeiros “monstros do crime”. Prova disso está nas altas taxas de reincidência, geralmente em crimes ainda mais graves, que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, fica em torno de 70% (setenta por cento). Desse modo, pode-se afirmar que “a situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social” (AURÉLIO, 2015, p. 4/5).

Ainda que não existam dados oficiais para apurar os efetivos números da reincidência delitiva no Brasil, a pesquisa realizada pelo IPEA, que

reúne vários estudos em busca de uma porcentagem que mais se aproxime da realidade, concluiu que, embora os números variem muito, o percentual apurado é sempre muito alto, extrapolando os limites do aceitável e revelando a necessidade de se repensar a atual política de execução penal (IPEA, 2015, p. 12).

Diante do exposto, verifica-se a imprescindibilidade de optar por um modelo alternativo à execução da pena privativa de liberdade, que consiga suprir as falhas Estatais no que diz respeito ao cumprimento da Lei de Execução Penal e que apresente resultados satisfatórios no tocante à ressocialização dos encarcerados.

2. A adoção da apac como um modelo alternativo para a execução da pena

2.1 O que é a APAC

A APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - é um método alternativo à execução da pena, que concretiza seus objetivos através da instituição de uma sede própria, chamada de Centro de Reintegração Social, consistente em um espaço físico construído em local alheio à prisão, com arquitetura exclusiva, o qual visa disponibilizar 200 vagas para acolher os condenados a penas privativas de liberdades. O espaço físico é denominado de Centro de Reintegração Social, enquanto que a APAC consiste no método a ser aplicado nesse Centro (TJMG, 2009, p. 17-33).

Outrossim, a APAC é uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, sem fins lucrativos, destinada à recuperar e reintegrar os condenados a penas privativas de liberdade, valendo-se, para tanto, de um método próprio desenvolvido por seu idealizador, Mário Ottoni (OLIVEIRA FILHO, 2018, s.p.).

Amparada pela Constituição Federal para atuar com presos, a APAC possui estatuto próprio, resguardado pelo Código Civil e pela Lei de Execução Penal, funcionando como entidade auxiliar dos Poderes Judiciário e

Executivo, respectivamente na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto (TJMG, 2009, p. 17).

Quando de seu surgimento, a denominação APAC, significava “Amando o Próximo Amarás a Cristo”, tendo em vista tratar-se, inicialmente, de uma pastoral penitenciária. Hoje, pode-se dizer que a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - entidade jurídica, ampara o trabalho da APAC - Amando o Próximo Amarás a Cristo - pastoral penitenciária. Desse modo, pode-se dizer que “uma ampara a outra, apesar de distintas. É a jurídica que garante a espiritual, e a espiritual, a jurídica. Ambas têm a mesma finalidade: ajudar o condenado e se reintegrar no convívio social” (FBAC, s.a, s.p).

Além disso a metodologia APAC, desde 1986, é reconhecida pela Prison Fellowship International, organização não governamental que atua como órgão consultivo da Organização das Nações Unidas (ONU) em assuntos penitenciários, como uma alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento penitenciário (BRASIL, 2019, p.51).

No ano de 2001 as APACS ganharam força com o projeto Novos Rumos na Execução Penal, regulamentado pela Resolução nº 433/2004 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cujo objetivo foi incentivar a criação e expansão das APACS, de acordo com o modelo bem sucedido da comarca de Itaúna/MG, que é referência nacional e internacional na recuperação e ressocialização de condenados (TJMG, 2009, p. 32-34).

Ainda, recentemente, na data de 18.09.2019, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, diante dos resultados positivos que as APACS vêm apresentando nos Estados em que foi implantada, publicou a Resolução nº 3, de 13 de setembro de 2019, propondo como diretriz de política penitenciária o fortalecimento da atuação do Método APAC por meio da participação da sociedade civil e do Poder Público em parceria com entes privados, visando o aperfeiçoamento da humanização na execução penal através do Método Apaquareano, bem como recomendando o

direcionamento de recursos financeiros para a construção dos Centros de Reintegração Social (BRASIL, 2019, p.51).

Atualmente, segundo o relatório disponibilizado pela FBAC em 19.10.2019, há no Brasil 53 APACs em funcionamento e 77 em processo de implantação. E, no exterior, a APAC está presente em vários países dos continentes Africano, Americano, Asiático, Europeu e Oceânico (FBAC, s.a, s.p).

2.2 Surgimento da APAC

A APAC surgiu no ano de 1972, na cidade de São José dos Campos, estado de São Paulo. A iniciativa de sua criação partiu do advogado e jornalista Mário Ottoboni, motivado pela experiência vivenciada no Presídio de Humaitá, que, já na década de 70, apresentava dificuldades para concretizar os fins da pena privativa de liberdade; tal situação causava impactos negativos na vida dos presos e na sociedade, e foi por essa razão que Mário idealizou a APAC, com o objetivo de amenizar os problemas que vinham sendo enfrentados (PERES; LIMA, 2018, p. 1043/1044).

Inicialmente, a APAC, como pastoral penitenciária, tinha um viés eminentemente religioso, era constituída por um grupo de voluntários cristãos, reunidos por Mário Ottoboni, que realizavam trabalhos intramuros, no sentido de evangelizar e dar apoio moral aos presos (FBAC, s.a, s.p).

Em 1974 concluiu-se que, para poder ampliar as atividades que a APAC almejava desenvolver dentro dos presídios, seria necessário criar uma entidade juridicamente organizada. Desse modo, foi instituída a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - uma entidade jurídica, sem fins lucrativos, com o objetivo de auxiliar a justiça na execução da pena; recuperar o preso; proteger a sociedade; socorrer as vítimas e promover a justiça restaurativa (FBAC, s.a, s.p).

Como órgão auxiliar da justiça, a APAC passou a exercer, além da assistência espiritual, a assistência jurídica aos encarcerados, direcionando

seus esforços para a inserção social do homem após o cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como para a cura da sociedade, pois, paoutou-se na ideia de que “restaurado o homem sem a recuperação da sociedade excludente, o processo de inserção social dos condenados não irá concretizar-se” (TJMG, 2012, p. 182/183).

2.3 Objetivo da APAC

O objetivo da APAC é promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Tem como propósito evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado reinserir-se junto ao convívio social (FONSECA; RUAS, 2016, p. 111).

Além disso, a metodologia desenvolvida pelas Associações de Proteção e Assistência ao Condenado tem como escopo o efetivo cumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, de modo a humanizar a execução da pena e proporcionar reais condições de reinserção dos apenados na sociedade, auxiliando o Estado diante do caos que se tornou o sistema penitenciário brasileiro (OLIVEIRA FILHO, 2018, s.p.).

Para manter a unidade de propósitos nas APACS em funcionamento no Brasil, a APAC é filiada à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), órgão coordenador e fiscalizador, que tem a função de orientar, assistir e manter as unidades fiéis aos seus objetivos (TJMG, 2009, p. 18).

Enquanto o sistema atual praticamente mata o homem e o criminoso que existe nele, em razão de suas falhas e mazelas, a APAC propugna matar o criminoso e salvar o homem. Por essa razão, justifica-se a filosofia que prega desde os primórdios de sua existência: "matar o criminoso e salvar o homem". (OTTOBONI, 2001, p. 45).

Trata-se de uma metodologia que rompe com o sistema vigente, cruel e falho em todos os aspectos, ao passo que procura desenvolver nos condenados, por meio do trabalho de valorização humana, o propósito de viverem em harmonia e de se reintegrarem à sociedade de forma pacífica.

O método cuida, em primeiro lugar, da valorização humana daquele que errou e teve sua liberdade cerceada (OTTOBONI, 2001, p. 29).

Por acreditar que “ninguém é irrecuperável” a APAC aceita qualquer preso condenado à pena privativa de liberdade, independente do crime praticado ou do regime de cumprimento de pena em que foi enquadrado, desde que manifeste o desejo de transferência, o qual será avaliado pelo Juiz da execução penal, juntamente com o Ministério Público, com a administração da penitenciária de origem e com a gestão da APAC (APAC - o método na prática, 2016, s.p, *on-line*).

2.4 O método APAC

Após exaustivos estudos e reflexões concluiu-se que, para concretizar os objetivos do método APAC, são necessários 12 elementos fundamentais: 1. Participação da comunidade; 2. Recuperando ajudando recuperando; 3. Trabalho; 4. Religião; 5. Assistência jurídica; 6. Assistência à saúde; 7. Valorização humana; 8. Família; 9. O voluntário e sua formação; 10. Centro de reintegração social - CRS; 11. Mérito; e 12. A jornada de libertação em cristo (TJMG, 2009, p. 20-27).

Importante mencionar que é a observância de todos eles que garantem o sucesso do método, pois é no conjunto harmonioso desses elementos que surgem os resultados positivos. Além disso, o amor incondicional e a confiança sobrepõem-se a todos os elementos, sendo dois aspectos de suporte de toda a metodologia (TJMG, 2009, p. 20).

2.4.1 Participação da Comunidade

A comunidade é essencial no sucesso do método, devendo estar envolvida e comprometida com a recuperação do condenado. No mesmo sentido é o entendimento da Lei de Execução Penal que, em seu art. 4º, dispõe: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança" (BRASIL, 1984).

A antipatia da opinião pública com relação à população carcerária, aliada a falta de tolerância com a criminalidade e com a insegurança pública, implica em ser, a sociedade, manifestamente contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento (AURÉLIO, 2015, p. 14/15).

É tentando mudar essa visão social que a APAC busca aproximar a sociedade do condenado, mostrando a importância de humanizar a pena, uma vez que acredita ser esta a única forma de devolver um cidadão recuperado. Pensando nisso, periodicamente, são realizadas audiências públicas, estudos e seminários sobre a metodologia apaqueana, sensibilizando a comunidade e atraindo voluntários (PERES; LIMA, 2018, p. 1047/1048).

Assim, acredita-se que a comunidade, preparada e organizada, é a principal responsável por introduzir o método nas prisões. Unindo forças sociais é possível difundir o projeto e romper as barreiras do preconceito. Dessa forma, o método prevê a presença da sociedade dentro do presídio, dando palestras, alfabetizando, compartilhando conhecimentos gerais, bíblicos, trazendo lições e exemplos, tudo isso com o enfoque voltado para despertar no recuperando a certeza de que ele não está sozinho, que é útil e pode vencer na vida (TJMG, 2012, p. 97).

2.4.2. Recuperando Ajudando Recuperando

Parte-se do princípio de que o ser humano nasceu para viver em comunidade, buscando-se despertar no recuperando a sua capacidade de

ajudar o próximo, restabelecendo o respeito e a harmonia entre eles, de modo a abandonar o método convencional, no qual permeia um clima de hostilidade e egoísmo (TJMG, 2009, p. 21).

Os condenados, na maioria das vezes, não tiveram a oportunidade de dividir responsabilidades na vida; são pessoas, em regra, sem limites, que nunca receberam lições sobre a vida em sociedade, sendo através desse mecanismo de ajuda mútua que aprendem a respeitar seu semelhante (TJMG, 2012, p. 44).

Nesse contexto, dividir as tarefas de assistência entre os colegas reeducandos contribui para a harmonia do estabelecimento, e à medida em que vão absorvendo essas lições e compreendendo a dimensão de sua nova postura, conseguem constatar que estão contribuindo ativamente para melhorar o ambiente em que se encontram. Por essa razão deve-se entregar ao próprio recuperando a possibilidade de acolher o outro, demonstrando, com sua atitude, a importância da recuperação (TJMG, 2012, p. 44).

Segundo OTTOBONI, 2006, p. 67:

É fundamental ensinar o recuperando a viver em comunidade, a acudir o irmão que está doente, a ajudar os mais idosos e, quando for o caso, a prestar atendimento no corredor do presídio, na cantina, na farmácia, na secretaria etc.

Além disso, há em todas as APAC's o Conselho de Sinceridade e Solidariedade (CSS), composto pelos próprios recuperandos, que buscam a cooperação de todos para a melhoria da segurança do presídio, além de soluções práticas, simples e econômicas para os problemas e anseios da população prisional da APAC local, funcionando também como um grupo de conselheiros que promovem a ajuda mútua e o sentimento de fraternidade entre os recuperandos (PERES; LIMA, 2018, p. 1048).

2.4.3 Trabalho

"O trabalho deve fazer parte do contexto, parte da proposta, mas não deve ser o elemento fundamental da proposta, pois somente o trabalho, não é suficiente para recuperar o homem". Se ao preso não for possibilitado reciclar seus valores, melhorar sua auto-estima, se descobrir e enxergar seus méritos, nada tem sentido, nem mesmo o trabalho (FBAC, s.a, s.p).

A APAC busca valorizar o papel que o trabalho representa na vida do homem, indo ao encontro do que prevê a Lei de Execução Penal, que reconhece o trabalho como condição de dignidade humana e como dever social. A possibilidade de ganhar dinheiro por mérito traz dignidade ao egresso, motivando-o a pensar diferente (PERES; LIMA, 2018, p. 1048).

Considerando que o Brasil adota o sistema progressivo no cumprimento da pena, há um objetivo específico para o trabalho em cada tipo de regime, sendo o trabalho obrigatório - mas não forçado - em todos eles, pois os objetivos em cada um dos regimes têm uma proposta de conversão, consoante o livre arbítrio de cada um (TJMG, 2012, p. 45).

O regime fechado é focado somente na recuperação, resgatando, através trabalhos laboroterápicos, os valores e a auto-estima do sentenciado. É essencial para atingir o objetivo desse regime que o recuperando descubra que é capaz de fazer e, no ato de fazer, descubra aptidões até então desconhecidas; são esses estímulos que ajudam a despertar no recuperando a importância do trabalho (FBAC, s.a, s.p).

No regime semi-aberto o foco reside na formação de mão-de-obra especializada, o que ocorre por meio de oficinas profissionalizantes instaladas dentro dos Centros de Reintegração, sempre respeitando a capacidade e as competências de cada recuperando. No regime aberto a prioridade é a inserção social, em que o apenado presta serviços à comunidade, trabalhando fora do Centro de Reintegração. Além disso, existe o acompanhamento daqueles que se encontram em livramento condicional (TJMG, 2009, p. 21/22).

2.4.4 Religião

A APAC considera a experiência religiosa fundamental para a recuperação do preso, mas acreditam que ela, por si só, não é capaz de ocasionar mudanças na personalidade do apenado, devendo ser aliada aos outros 11 elementos do método (CROCETTA, 2015, p. 53/54).

A experiência religiosa desperta no reeducando seus valores morais e espirituais, oportunizando a ele cuidar do seu espírito e experimentar amar e ser amado. É a possibilidade de apegar-se a algo maior do que seu passado, que o faz compreender a religião como uma necessidade, nascida espontaneamente no coração do recuperando (TJMG, 2012, p. 46).

Porém, em um trabalho de evangelização a valorização humana deve estar à frente, caso contrário de nada adiantaria tentar despertar nos sentenciados o amor de Deus em um ambiente de superlotação, maus tratos e desconfiança (CROCETTA, 2015, p. 53).

Ao levar a religião para dentro dos presídios, os líderes religiosos da APAC têm tido sucesso ao oferecerem, através de técnicas próprias, estudos que proporcionam o desenvolvimento de valores cristãos nos internos (TJMG, 2012, P. 46).

2.4.5 Assistência Jurídica

Destina-se aos condenados que não possuem condições de contratar um advogado particular, dispensando atenção especial à execução das penas de cada recuperando, justamente por ser esta uma de suas maiores angústias (FBAC, s.a, s.p).

Assim, manter os recuperandos cientes de sua situação jurídica é essencial para a manutenção da harmonia no ambiente prisional, trazendo tranquilidade para os internos e permitindo que desenvolvam outras capacidades voltadas à sua reintegração social. Por tal razão, as angústias voltadas ao andamento dos processos não é relatada pelos presos da APAC, pois há uma organização própria do departamento jurídico que presta aos

internos esclarecimentos e as orientações pertinentes acerca do andamento de seus processos de execução penal (TJMG, 2012, p. 47).

2.4.6 Assistência à Saúde

A preocupação com a saúde do recuperando transmite, em primeiro lugar, uma mensagem de amor e carinho, não sendo possível pregar o amor ao próximo em um ambiente onde a saúde e o bem estar dos próprios internos não é prioridade (PERES; LIMA, 2018, p. 1050).

A APAC disponibiliza nos Centros de Reintegração Social a presença de um departamento de saúde organizado com atendimento médico, odontológico e psicológico, de modo a proporcionar segurança aos detentos, despertando-os para o sentimento de que seu bem estar é importante (TJMG, 2012, p. 48).

Além disso, a presença de voluntários que façam o trabalho nesses setores também contribui para a recuperação do preso, que percebe a presença e o esforço da comunidade na esperança de sua recuperação (TJMG, 2009, p. 22).

2.4.7 Valorização Humana

A valorização humana é o grande diferencial do método APAC, servindo como diretriz para todos os outros elementos que compõe a metodologia, uma vez que busca colocar o ser humano em primeiro lugar. Nesse passo, na APAC, os presos são denominados de “recuperandos”, e cada um é chamado por seu nome, o que objetiva trazer de volta a dignidade e a individualidade de cada interno, algo incomum nas prisões tradicionais (BUTELLI, 2011, p. 24).

Assim, atender os condenados em suas necessidades básicas, como assistência à saúde, material e jurídica, neste espírito de valorização humana, transmite, além de tudo, a mensagem de amor e carinho, sendo

fundamental para ajudá-los a perceber que são importantes para a sociedade (FBAC, s.a, s.p).

Nesse sentido, as ações assistenciais objetivam dar ao interno a esperança de que, ao entregar-se à proposta de recuperação, poderá emendar-se e ser visto com bons olhos pela sociedade. Por isso é tão importante a presença da comunidade nos Centros de Reintegração Social, uma vez que é através desse contato que é possível demonstrar a fé na recuperação do preso (TJMG, 2012, p. 48).

A APAC tem obtido sucesso com a utilização de métodos psicopedagógicos e palestras de valorização humana no sentido de fazer o recuperando voltar seu pensamento para a valorização pessoal, despertando nele a consciência da realidade que está vivendo, ajudando-o a descobrir as causas que o levaram à criminalidade, orientando-o para a descoberta de seus anseios, enfim, tudo que, de alguma forma, contribua para a recuperação de sua autoestima e autoconfiança (TJMG, 2009, p. 23).

2.4.8 Família

A família do recuperando exerce um papel fundamental para o sucesso do método apaqueano, sendo um dos pilares de recuperação do condenado. Por isso, prima-se pela integração dos familiares em todas as fases da vida prisional. Sendo assim, há um grande esforço para que os elos afetivos com os familiares não sejam rompidos, tendo em vista a importância da presença familiar durante e após o cumprimento da pena, como forma de continuidade do processo de inserção social (TJMG, 2009, p. 23/24).

Outrossim, o contato com os familiares proporciona ao recuperando um elo com o mundo exterior, oportunizando que ele continue sendo filho, irmão, pai de seus filhos e marido de sua esposa, permitindo também que os familiares conheçam um pouco da metodologia aplicada na APAC e, por vezes, modifiquem seu comportamento de modo a extirpar o mal social

que fomentou a ação criminosa do ente querido. Visando criar essa consciência nos familiares, são ministrados cursos específicos que tendem a abordar o compromisso de responsabilidade com o recuperando e a instigar uma reflexão quanto à necessidade de mudança de valores (TJMG, 2012 , p. 49).

Ademais, é claramente perceptível que o envolvimento da família durante o cumprimento da pena, colabora fortemente para a paz interna, diminuindo rebeliões, fugas e conflitos. Portanto, para concretizar o objetivo desse elemento é importante que o recuperando cumpra sua pena na mesma cidade em que residem seus familiares e amigos (FBAC, s.a, s.p).

2.4.9 O Voluntário e sua formação

A maioria do trabalho desenvolvido dentro das APACS é feito de forma gratuita, através do trabalho voluntário, sendo a metodologia apaqueana fundamentada na vontade de servir ao próximo. Para desenvolver essa tarefa é necessário que o voluntário esteja preparado emocionalmente e comprometido com os valores da instituição, transmitindo aos reeducandos a percepção de que suas atividades são exercidas sem qualquer interesse remuneratório, mas apenas no intuito de doação, com o objetivo único e exclusivo de ajudá-los (FBAC, s.a, s.p).

Em sua preparação, o voluntário participa de um curso de formação, desenvolvido em 42 aulas, durante o qual conhece a metodologia a ser aplicada e desenvolve suas aptidões para exercer a função, sempre imbuída de um forte espírito comunitário (PERES; LIMA, 2018, p. 1050/1051).

Além disso, considerando que não raras vezes grande parte dos recuperandos vêm de uma família desestruturada, a APAC adotou em seu sistema a presença de casais voluntários que tenham uma família com bases sólidas e uma vida conjugal exemplar, conhecidos como “casais padrinhos”, que têm a missão de ajudar os internos a reconstruir as imagens negativas acerca de seus familiares, pois acredita-se que somente

assim haverá uma construção de valores morais que tornarão o recuperando apto para a vida em comunidade (CROCETTA, 2015, p. 57/58).

2.4.10 Centro de Reintegração Social - CRS

Para que o Método APAC seja eficazmente aplicado é necessário a construção de um estabelecimento próprio chamado de Centro de Reintegração Social, uma vez que as diretrizes do método são totalmente incompatíveis com a convencional arquitetura dos presídios (BRASIL, 2019, p.51).

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados foi quem originou o Centro de Reintegração Social, que comporta 3 pavilhões, com instalações independentes, para abrigar os presos do regime fechado, semi-aberto e aberto (TJMG, 2012, p. 25).

O Centro de Reintegração Social refere-se a um modelo de ambiente para o cumprimento da pena, possui arquitetura exclusiva, desenvolvida com o objetivo de materializar a Lei de Execução Penal, oferecendo, diferentemente dos demais presídios, alojamentos dignos e espaços adequados às atividades ali desenvolvidas. Além disso, destina-se a receber os custodiados de sua região, de modo a proporcionar a proximidade dos internos com seus familiares e amigos (APAC - o método na prática, 2016, s.p, *on-line*).

A construção desse Centro de Reintegração Social se dá por iniciativa da comunidade, por meio de doações, comportando no máximo 200 vagas, sendo necessário que a APAC, antes de assumir a administração do estabelecimento, consulte a FBAC, Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, que verificará se o estabelecimento encontra-se apto para a aplicação dos doze elementos constantes da metodologia (TJMG, 2009, p. 55).

É importante mencionar, ainda, que quando a APAC assume a tarefa de administrar um Centro de Reintegração Social, o faz sem o concurso das Polícias Militar, Civil ou de agentes penitenciários. Há, apenas, a

contratação de funcionários para cuidar da parte administrativa, sendo as demais funções exercidas por voluntários e pelos próprios recuperandos (BUTELLI, 2011, p. 17).

2.4.11 Mérito

É um método rigoroso de avaliação do recuperando, a vida de cada um é registrada em um prontuário, que deverá conter o histórico de todos os eventos, tais como: comportamento, faltas, sanções, elogios, atividades, saídas, servindo como base para fins de concessão de benefícios durante o cumprimento da pena (TJMG, 2012, p. 51).

Os responsáveis pelo acompanhamento de cada recuperando são os integrantes do Conselho de Sinceridade e Solidariedade - formado pelos próprios recuperandos - e também pela Comissão Técnica de Classificação, composta por voluntários, dirigentes e funcionários da APAC que participam ativamente da vida dos internos e são responsáveis por classificar os recuperandos que necessitam de tratamento individualizado, recomendar exames exigidos para a progressão de regime, identificar a cessação de periculosidade, dependência toxicológica, insanidade mental, entre outros (TJMG, 2009, p. 26).

Daí a importância de confiar essa tarefa a profissionais comprometidos com o método APAC, para que desempenhem com rigor o acompanhamento de cada caso, levando em consideração, também, a obediência às normas e a proatividade durante a rotina da unidade, intervindo sempre que necessário para que o recuperando tenha uma trajetória de sucesso dentro da instituição (APAC - o método na prática, 2016, s.p, *online*)

2.4.12 Jornada de Libertação com Cristo

O último elemento criado por Mário Ottoboni é uma jornada de assistência religiosa, que ocorre anualmente, durante 4 dias, momento em que é oportunizado ao recuperando um reencontro consigo, suas origens, virtudes e defeitos, desafiando-o a buscar novas escolhas (TJMG, 2009, p. 26).

Esse elemento foi idealizado minuciosamente para que alcançasse o fim pretendido: ajudar o recuperando a reconhecer seus erros, alcançar o perdão divino e perdoar-se, funcionando como um recomeço (PERES; LIMA, 2018, p. 1051).

Segundo o sítio eletrônico "APAC - O método na Prática" (2016, s.p. *on-line*):

Esse é o nome de um evento que marca um ponto alto na programação da APAC ainda no contexto da religiosidade enquanto eixo do Método. A Jornada representa um momento significativo para a adoção de uma nova filosofia de vida por parte dos recuperandos. A proposta é que eles se encontrem consigo mesmos por meio de uma terapia da realidade processada ao longo de quatro dias intensos através de dinâmicas de reflexão, valorização humana, testemunho e oração que funcionam como um rito de passagem.

3. O diferencial do sistema APAC

Além de possuir um método de sucesso, minuciosamente pensado para recuperar o sentenciado, há outros fatores que colaboram para o diferencial da APAC quando comparado ao sistema convencional. O primeiro deles é que na APAC não há o concurso de policiais ou agentes penitenciários, são os próprios internos que colaboram com a segurança e a disciplina do estabelecimento, fiscalizando uns aos outros para evitar e, se necessário, punir quem não respeita as normas e as regras de funcionamento. Além disso, não há uso de armas e a chave do Centro de Reintegração Social fica em poder dos recuperandos (BUTTELI, 2011, p. 18).

Assim, o baixo custo de um preso na APAC justifica-se pelo fato de que a unidade é gerenciada, em parte, pelos próprios recuperandos, que responsabilizam-se, ainda, pela segurança do local, pela limpeza, por preparar os alimentos, lavar as roupas e realizar pequenas obras, tendo como suporte alguns funcionários e voluntários que realizam, respectivamente, todas as atividades administrativas e oferecem aos recuperandos assistência médica, psicológica, espiritual e jurídica (FBAC, s.a, s.p).

Segundo dados fornecidos pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), órgão regulador e fiscalizador das APACs, o custo mensal de manutenção de um preso na unidade é de R\$ 1.000,00, podendo haver variações conforme a região do país. Ao passo que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, a média nacional de custo mensal por preso nas penitenciárias estaduais é de R\$ 2.400,00. Assim, o baixo custo de um preso na APAC é um dos fatores que justificam a expansão desse modelo alternativo (PERES; LIMA, 2018, p. 1052).

Outro fator importante é o funcionamento da APAC que, visando evitar a ociosidade e ocupar o tempo do interno de maneira produtiva, conta com uma rotina rígida que inicia às 06h e termina às 22h, período durante o qual os recuperandos possuem uma série de atividades que incluem estudo, trabalho e cuidados pessoais, além de outras obrigações assumidas por eles para com a unidade. Todas essas atividades são direcionadas para despertar no interno os conceitos de responsabilidade, auto-valorização, capacitação e solidariedade (TJRS, s.a, p. 8).

Na APAC tudo é conquistado por mérito, disponibiliza-se acomodações adequadas, tratamento digno e atividades voltadas à recuperação dos internos, mas cada um deles é responsável pelo seu próprio progresso. O método faz cumprir os ditames da Lei de Execução Penal na medida em que estabelece não apenas direitos, mas também deveres aos recuperandos. Faz parte do método valorizar os internos como seres humanos, passíveis de errar e de emendar-se, fazendo despertar neles sentimentos morais que permitem a mudança interior (APAC - o método na prática, 2016, s.p, *on-line*).

Tudo isso contribui para que os índices de reincidência sejam os menores possíveis, ficando entre 1% a 10%, segundo dados fornecidos pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, enquanto que no sistema convencional, embora não existam números oficiais, chegam a 70%, conforme dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (PERES; LIMA, 2018, p. 1053).

Os números comprovam que o método apaqueano cumpre com o seu propósito e atinge o principal objetivo da Lei de Execução Penal: a ressocialização. Nesse sentido é o testemunho de Roberto Donizette de Carvalho, ex-presidiário e ex-recuperando da APAC:

Eu fui condenado a 25 anos em dois processos. Cumpri 14 anos de prisão, sendo que sete foram no sistema penitenciário comum e o restante na Apac de Itaúna. No sistema comum, infelizmente, a gente aprende mais coisas negativas e só ouvimos da administração do presídio que não temos recuperação. Quando cheguei na Apac, trazendo toda essa carga negativa, já acreditava que eu não prestava mais. Aos poucos, através dos voluntários, da direção e dos próprios recuperandos eu fui descobrindo um outro sentido para minha vida. Descobri, através de muita luta, renúncia, determinação e fé em Deus, que eu podia ser feliz e fazer alguém feliz, ser luz para a sociedade, construindo uma família e conseguindo um emprego. Encontro-me em livramento condicional, exerço atualmente o cargo de plantonista da Apac de Itaúna (funcionário contratado pela entidade) e membro da equipe de educadores da FBAC (TJMG, 2009, p. 35/36).

Diante de todo o exposto, não obstante o método em exame se valha da mesma norma aplicável ao método tradicional de execução da pena, seus resultados mostram-se eficazes na medida em que confere ao apenado tratamento humanizado, ao contrário do que ocorre nos ergástulos públicos administrados pelo Estado.

4. Considerações finais

Diante do quadro de constante violação da dignidade humana, presente na maioria dos estabelecimentos penais, constata-se que o Estado

não dispõe do aparato necessário para implementar, nestes ambientes, as diretrizes humanitárias voltadas à ressocialização dos sentenciados, previstas na Lei de Execução Penal e na norma Constitucional.

À vista disso, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados que, através dos doze elementos que compõe o seu método tem obtido sucesso ao tornar efetiva a recuperação e a ressocialização dos apenados, à medida que desperta neles o senso de auto-valorização, capacidade, responsabilidade e solidariedade, concretizando a sua filosofia de “matar o criminoso e salvar o homem” e fazendo valer a vontade legislativa.

Nesse passo, ao possibilitar a reinserção do egresso na sociedade de forma produtiva, a APAC demonstrou ser um projeto não só para àqueles que infringiram a lei, mas para toda a sociedade, uma vez que devolve ao convívio social pessoas recuperadas e capacitadas, evitando o aumento da criminalidade e a reincidência em práticas delituosas.

Assim, conclui-se que a APAC, ao pautar o seu modelo na Lei de Execução Penal, demonstra que os problemas enfrentados, há décadas, pelo atual sistema de execução penal não reside na falta de leis, mas na falta de efetivação dos preceitos legais já existentes. Evidenciando, por meio da experiência obtida com a aplicação de seu método, que o tratamento humanizado conferido aos apenados é o seu principal diferencial.

Referências

APAC: o método na prática. **Como matar um criminoso**, 2016. Disponível em: <<http://comomatarumcriminoso.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 01 Out. 2019.

BECCARIA, Cesare Marchese. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Ministério da justiça e segurança pública. Resolução n. 3, de 13 de setembro de 2019. Propõe como Diretriz de Política Penitenciária o fortalecimento da participação da sociedade civil na Execução Penal através do Método APAC. **Diário Oficial da União**. Ed. 181. Seção 1, p. 51. Brasília, DF, 13 set. 2019. ISSN 1677-7042. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-13-de-setembro-de-2019-216800511>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas corpus*. Constrangimento ilegal. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Decisão em 09 set. 2015. DJe 09 set. 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão em 13 ago 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista**. Recurso Extraordinário 592.581. Ministro: Ricardo Lewandowski. RE 592.581. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/leia-a-integra-do-voto-do-ministro-lewandowski-sobre-reformas-em-presidios-13082015>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista**. Medida Cautelar na Arguição de Preceito Fundamental 347. Ministro: Luis Roberto Barroso. ADPF 347. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/ADPF-347-Voto-Min.-Lu%C3%ADs-Barroso.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista**. Medida Cautelar na Arguição de Preceito Fundamental 347. Ministro: Marco Aurélio. ADPF 347. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BUTELLI, Karyne Aranha Diniz. **Projeto novo rumos na execução penal e o método apac**: uma abordagem jurídica e filosófica da eficácia da lei 7210/84. Trabalho de Conclusão de Curso - Centro Universitário da Cidade, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33469/projeto-novos-rumos-na-execucao-penal-e-o-metodo-apac-uma-abordagem-juridica-e-filosofica-acerca-da-eficacia-da-lei-7210-84>>. Acesso em: 18 out. 2019.

CROCETTA, Maria Eduarda. **A satisfação dos fins da pena previstos na lei de execução penal no método apac (associação de assistência e proteção aos condenados) aplicado em minas gerais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. **Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro**. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

FALCÃO, Ana Luísa Silva; CRUZ, Marcus Vinícius Gonçalves da. O método apac - associação de proteção e assistência aos condenados: análise sob a perspectiva de alternativa penal. In: VIII CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 2015, Brasília. Brasília, 2015.

FBAC. Fraternidade brasileira de assistência aos condenados. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt>>. Acesso em: 09 out. 2019.

FONSECA, Carlos Eduardo Prates; RUAS, João Esteves. O método apac - associação de proteção e assistência aos condenados - como alternativa à crise do sistema prisional brasileiro. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. vol. 04, n. 02, 2016. ISSN 2318-5732. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/152>>. Acesso em: 14 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 62.

IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_pesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6 ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCON, Bruno; MARCÃO, Renato. **Rediscutindo os fins da pena**. 2001. Disponível em: <<http://revistajustitia.com.br/artigos/c199x5.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. **Método APAC: um novo conceito de sistema prisional**. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/metodo-apac-um-novo-conceito-de-sistema-prisional,590900.html#_ftn1>. Acesso em: 06 set. 2018.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. 2. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

OTTOBONI, Mario. **Vamos matar o criminoso?** 3. ed. São Paulo: Paulinas, 2006.

PERES, Bruna Thais da Silva; LIMA, Camila Moura de. Sistema apac: o sonho utópico concretizado na ressocialização do preso ante a ineficiência do estado. In: XII CONGRESSO DE DIREITO UFSC, 2018, Florianópolis. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1P1DMOyW-uDyG5oFLTlNum2gznUisRcmw/view>>. Acesso em: 09 out. 2019.

PESSOA, Jacqueline Silva. **Modelo apac como efetivação da lei de execução penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Minas Gerais, Poços de Caldas, 2009.

PRESTES, Bibiana Rabaioli. **A ressocialização de apenados por meio do método apac como alternativa ao sistema prisional**: em busca de efetividade aos direitos humanos. 2014. 99 p. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de direito de Santa Maria, Santa Maria, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/9691821/A_RESSOCIALIZAÇÃO_DE_APENADOS_PO_R_MEIO_DO_MÉTODO_APAC_ASSOCIAÇÃO_DE_PROTEÇÃO_E_ASSISTÊNCIA_A_OS_CONDENADOS_COMO_ALTERNATIVA_AO_SISTEMA_PRISIONAL_EM_BUSCA_DE_EFETIVIDADE_AOS_DIREITOS_HUMANOS>. Acesso em: 15 ago. 2018.

PSOL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de medida cautelar ao STF**. Brasília, DF, 26 maio 2015. Disponível em <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em 20 de ago. de 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Fernando Laércio Alves Da. **Método apac: modelo de justiça restaurativa aplicada à pena privativa de liberdade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Fluminense, Campos dos Goytacazes, 2007. Disponível em: <<http://fdc.br/arquivos/mestrado/dissertacoes/integra/fernandolaercio.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **A execução penal à luz do método APAC**. Jane Ribeiro Silva (Org.). Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Projeto novos rumos na execução penal**. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/cartilha_apac.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APAC: do crime à ressocialização**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, [20- -], [s.n.]. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/static/2017/09/APAC-do-crime-a-ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2019.

VOICHCOSKI, Juliana. **Sistema prisional brasileiro e os efeitos da prisionização**. Curitiba, 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2017.

A inclusão das pessoas com deficiência sob a perspectiva das teorias de justiça

Aletya Dahana Rollwagen

1. Considerações iniciais

Embora a inclusão da pessoa com deficiência não seja um tema excepcionalmente novo no ordenamento jurídico brasileiro, a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência ensejou discussões acadêmicas, mormente quanto às mudanças operadas no regime das incapacidades do Código Civil, diante do desafio de sua compreensão e aplicabilidade.

A mudança do regime das incapacidades deve ser compreendida no contexto do novo paradigma de tratamento das pessoas com deficiência, que tem como marco a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2006¹.

O Brasil assinou a Convenção e seu Protocolo facultativo em 30 de março de 2007, o Congresso Nacional a aprovou em 09 de julho de 2008, seguindo o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição, e o Presidente a promulgou em 25 de agosto de 2009², o que lhe conferiu *status* de emenda constitucional.

¹ GÓMEZ, Patricia Cueva. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertades**, n 24, época II, p. 221-257, enero 2011, p. 222.

² BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de junho de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em: Nova York, em: 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19 fev. 2018.

Sob esse novo paradigma, a capacidade, tradicionalmente considerada como uma questão técnica pelas legislações nacionais, passou a ser considerada uma questão de direitos humanos, notadamente por sua relação com a possibilidade de exercício dos demais direitos³.

Pelo conceito social de pessoa com deficiência, adotado pela Convenção, a nova concepção possui um núcleo que relaciona os impedimentos pessoais com as barreiras de diversas naturezas que são impostas pela sociedade, resultando na obstrução da participação da pessoa de forma plena⁴.

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas passou a ser assegurado às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, superando o precoce julgamento que caracterizava essas pessoas como civilmente incapazes, sob a perspectiva médica-biológica⁵.

Neste ponto, antes de tratar das teorias da justiça, é necessário fazer uma distinção relativa ao termo “capacidade”. No âmbito jurídico, a capacidade compreende um elemento estático (capacidade de ser titular de direitos e obrigações) e um elemento dinâmico (capacidade de agir, de exercício)⁶. A capacidade, na perspectiva de Amartya Sen, consiste na efetiva liberdade de determinar o que se quer, o que se valoriza, e na oportunidade real de realizar coisas que a pessoa tem razões para valorizar⁷.

Diante do contexto acima exposto, o presente artigo busca analisar a ampliação das garantias dos direitos das pessoas com deficiência, em

³ GÓMEZ, Patricia Cueva. **Op. cit.**, p. 224-225.

⁴ MAIA, Maurício. Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso. **Revista da AGU**, ano XII, n. 37, p. 289-306, Brasília-DF, jul./set. 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini Both. A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2, p. 225-254, mai./ago. 2017, p. 226.

⁶ GÓMEZ, Patricia Cueva. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. **Derechos y Libertades**, n 24, época II, p. 221-257, enero 2011, p. 228.

⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 197.

especial do direito à capacidade, sob a perspectiva das teorias da justiça de John Rawls e Amartya Sen.

2. A valorização das liberdades e promoção da capacidade na inclusão das pessoas com deficiência

A compreensão do homem sobre si próprio não foi sempre a mesma. Na Grécia, a política fundia o público e o privado, de forma que a perfeita realização do homem, de acordo com o modelo de vida valorosa imposto aos indivíduos, ocorria pela participação, sujeição e dedicação ao público⁸.

A perspectiva de uma ordem superior à qual o homem deveria se adequar foi mantida na Idade Média, em que a perfeição se relacionava com a posição de acordo com a vontade divina⁹.

A ruptura desse modelo teleológico ocorreu com o desenvolvimento de conceitos basilares do direito civil: o contrato exige que o homem seja reconhecido como detentor de uma razão. Sob a perspectiva do liberalismo, o homem é agente da sua própria história, assim como da política, da ética e da economia. “O homem livre na sua existência é aquele cujas escolhas de vida não são sujeitas a intervenções do Estado e de terceiros”¹⁰.

Nas democracias ocidentais contemporâneas, o homem é compreendido pelo estilo afetivo freudiano: o homem constrói, define e reconhece a si mesmo e aos demais de acordo com seus afetos cotidianos, suas experiências familiares e identificações primárias¹¹.

⁸ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 114-115.

⁹ *Ibidem*, p. 115-116.

¹⁰ *Ibidem*, p. 117-118.

¹¹ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 119.

Assim, a liberdade, compreendida como a possibilidade de viver e realizar seu projeto de vida, é que dá sentido ao homem. Garantir essa liberdade passou a ser o principal objetivo do Estado¹².

Essa concepção influenciou a filosofia da política e do direito. Dworkin, ao tratar da justiça, afirma que a legitimidade de um governo depende de sua atuação em relação a dois princípios: a igual preocupação com todos e o respeito pela responsabilidade e direito de decidir sobre sua vida¹³.

Para Dworkin, “viver bem significa esforçar-se por criar uma vida boa, mas sujeita a certos condicionalismos essenciais para a dignidade humana”¹⁴. Para se viver bem, ele aponta dois princípios éticos fundamentais o autorrespeito e a autenticidade. Para o primeiro, a pessoa deve aceitar a importância de que sua vida não seja uma oportunidade perdida, enquanto que o segundo se refere à responsabilidade por criar uma vida bem sucedida de acordo com o estilo coerente que ela aprova¹⁵.

A autenticidade exige que as decisões a respeito da melhor utilização da vida devam ser tomadas pela pessoa em questão, isto é, não basta assegurar um certo número de opções para que a pessoa faça sua escolha. “A autenticidade é violada quando uma pessoa é obrigada a aceitar o juízo de outra, em vez do seu próprio, sobre os valores ou objetivos que a sua vida deve mostrar”¹⁶.

A justiça fundamentada na igualdade de preocupação e respeito do governo em relação àqueles que estão sob seu domínio não ameaça a liberdade, mas a expande, tornando possível a todos uma vida boa¹⁷.

Ao reconhecer que o homem constrói seu projeto e estilo de vida com base em valorizações realizadas de forma racional, e não meramente intuitiva, Rawls também segue uma perspectiva individualista freudiana¹⁸.

¹² *Ibidem*, p. 114.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 14.

¹⁴ *Ibidem*, p. 203.

¹⁵ *Ibidem*, p. 211.

¹⁶ *Ibidem*, p. 219-220.

¹⁷ *Ibidem*, p. 430.

¹⁸ SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Op. cit.**, p. 122.

Para Rawls as pessoas morais possuem duas faculdades morais, que têm interesse em exercer e realizar. A primeira consiste na compreensão e aplicação dos princípios da justiça. A segunda se refere à formação e defesa racional de uma concepção de bem¹⁹. Essas capacidades morais devem ser “condição necessária e suficiente para alguém ser considerado um membro pleno e igual da sociedade em questões de justiça social”²⁰.

Rawls defende uma concepção de justiça como equidade, cujo objetivo inicial é fornecer uma compreensão a respeito da liberdade e da igualdade nas sociedades democráticas de forma mais apropriada que o utilitarismo e o intuicionismo²¹.

Nas sociedades ocidentais democráticas o direito, a economia, a política e as instituições da vida privada foram pensadas a partir de uma concepção de ser humano apto a conhecer a si e construir um projeto de vida que dê sentido à sua vida. Contudo, a racionalidade humana como parâmetro para a estruturação da sociedade demanda a equidade e não apenas a perspectiva negativa da liberdade²².

Em sua teoria, Rawls atribui especial valor às liberdades fundamentais, em sobreposição às razões do bem público. Contudo, diante da inevitabilidade de conflito entre essas liberdades, é necessário estabelecer um sistema coerente de regras institucionais²³.

A liberdade não se dá de forma isolada, e sim vivenciada junto com outros núcleos de liberdade, o que implica na necessidade de limitações. Na democracia, a justa limitação da liberdade se dá pela reciprocidade²⁴.

Nesse sentido, Rawls apresenta os dois princípios de justiça que acredita que seriam formulados a partir de sua concepção de posição original

¹⁹ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 60-61.

²⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 356.

²¹ *Ibidem*, p. 346.

²² SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 123.

²³ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 349.

²⁴ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. **Op. cit.**, p. 123-124.

(com pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas, em posição de igualdade, sob um véu de ignorância que impede que saibam de suas circunstâncias particulares²⁵):

Primeiro: 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.

Segundo: 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 todos²⁶.

Para isso, a estrutura básica da sociedade não pode se vincular a uma concepção específica de bem, devendo reconhecer que “todas as concepções de bem possíveis em uma democracia são igualmente boas, relevantes e valorosas”²⁷. Além do descomprometimento institucional, a sociedade deve extinguir condições arbitrárias de participação nas decisões políticas, permitindo que todos tenham justas oportunidades. Não se trata de garantir que todas as concepções de bem tenham igual sucesso, porém não devem haver condições arbitrárias de sucesso de determinadas concepções em detrimento de outras²⁸.

No contexto do modelo social de deficiência, é necessária uma mudança cultural a respeito do que se considera uma “vida boa”, para além dos padrões discriminatórios de “normalidade”, que não reconhecem estilos de vida baseados na cooperação e apoio²⁹.

²⁵ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 20-21.

²⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

²⁷ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 124.

²⁸ *Ibidem*, p. 125.

²⁹ FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Abordagem Seniana das capacidades: Uma leitura sobre a concepção de deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 88/2014, p. 143 - 159, Jul - Set./ 2014, p. 5.

Nesse sentido, Patricia Cuenca Gómez salienta que a normalidade não é uma concepção neutra, mas a imposição de um estereótipo culturalmente dominante, e mesmo as pessoas consideradas capazes tomam decisões de forma interdependente, buscando apoio de outros (amigos e especialistas), condicionadas por um contexto social e econômico e nem sempre de forma racional³⁰.

Ainda, deve-se compreender que a capacidade de ter uma concepção de bem não exige nem garante que o modo de vida adotado seja o mais racional, sem necessidade de revisão. Rawls afirma que “a liberdade de se enganar e de cometer erros, está entre as condições sociais necessárias para o desenvolvimento e exercício dessa capacidade”³¹.

Amartya Sen, por outro lado, aponta que a liberdade de escolha vai além da busca pelo bem-estar pessoal, pois as pessoas não têm a obrigação de buscar somente o próprio bem-estar³².

Nesse aspecto, sob a perspectiva da capacidade jurídica, a presunção em relação aos cidadãos adultos é de que possuem discernimento e podem decidir sobre assuntos da própria vida, mesmo para praticar atos acríticos, como fumar e ingerir alimentos prejudiciais. Porém, quando se trata de pessoa com deficiência, especialmente de ordem psíquica ou intelectual, a competência e capacidade para praticar esses mesmos atos é colocada em dúvida³³.

O discurso dos direitos tem como elemento central a dignidade humana, a qual pressupõe que os serem humanos são “*agentes morales, esto es, como sujetos dotados de ciertas “capacidades” y “capaces” de orientalas hacia la elección, elaboración y puesta de marcha de planes y proyectos de vida*”. Questionar a capacidade moral de indivíduos com deficiência

³⁰ GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. *Derechos y Libertades*, n 24, época II, p. 221-257, enero 2011, p. 235-236.

³¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 368.

³² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 35.

³³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

implica em negar sua dignidade e, no âmbito do Direito, a capacidade jurídica e o exercício de Direitos Fundamentais³⁴.

Rawls ressalta ainda a importância de garantir aos cidadãos “voz plena e igualdade efetiva” para participarem de um sistema equitativo de representação, do qual depende a adequada proteção dos outros Direitos Fundamentais³⁵. Se num Estado democrático os indivíduos são considerados livres e iguais em direitos, é necessário que todos participem da elaboração da concepção pública da justiça compartilhada. Não se trata se formar uma maioria, mas um consenso, em que “uma argumentação pode ser apresentada como válida para todos os espíritos razoáveis”³⁶.

Nesse aspecto, a emancipação das pessoas com deficiência, nos moldes visados pelos tratados internacionais e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, segue o ideal *nothing about us without us*, adotado na elaboração da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. As políticas públicas devem assegurar às pessoas com deficiência a superação da condição de assistidos, para que assumam o protagonismo de suas vidas, sem depender sempre das decisões de outras pessoas³⁷.

Para Rawls, uma teoria de justiça não pode permitir que circunstâncias alheias às escolhas das pessoas sejam utilizadas para beneficiá-las ou prejudicá-las. Em uma sociedade justa, as pessoas devem ser iguais para que o que ocorre em suas vidas decorra de sua própria responsabilidade³⁸.

³⁴ GÓMEZ, Patricia Cueva. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. **Derechos y Libertades**, n 24, época II, p. 221-257, enero 2011, p. 226-227.

³⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 419.

³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 313.

³⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.

³⁸ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 26-27.

Contudo, é preciso considerar que as escolhas dependem das oportunidades oferecidas e a criação de oportunidades demanda cooperação social³⁹. Esta não é uma simples atividade coordenada voltada a um fim geral, ela se mantém para benefício mútuo, razoável e racional. A razoabilidade se refere aos termos equitativos de cooperação que se espera que todo participante aceite. Já o elemento racional diz respeito ao benefício que cada participante busca⁴⁰.

A concepção de justa oportunidade, presente na teoria de Rawls, pode ser relacionada com a concepção de capacidade de Amartya Sen⁴¹. Este defende uma concepção de desenvolvimento pautada na liberdade, afastando este conceito de um mero aprimoramento do PIB, da renda ou da indústria de um país⁴².

A abordagem das capacidades ressalta a importância da liberdade de escolha permitindo a transformação de oportunidades em bem-estar, para alcançar os objetivos do estilo de vida adotado⁴³. Mais importante do que a escolha de uma concepção de bem, o governo deve criar condições para que cada pessoa possa se desenvolver⁴⁴.

A justiça em um Estado Democrático de Direito deve ser compreendida como “historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria Constituição”⁴⁵. Nesse cenário, a justiça das posições sociais deve

³⁹ FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Abordagem Seniana das capacidades: Uma leitura sobre a concepção de deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 88/2014, p. 143 - 159, Jul - Set./ 2014, p. 6.

⁴⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 354-355.

⁴¹ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 126.

⁴² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 284.

⁴³ FARO, Julio Pinheiro. **Op. cit.**, p. 10.

⁴⁴ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. **Op. cit.**, p. 126.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 8/2015, p. 671-695, Ago/2015, p. 1.

ter como fundamento de avaliação a igualdade, como princípio, direito e objetivo⁴⁶.

Nesse contexto, percebe-se a importância de dar voz às pessoas com deficiência, pois a promoção de justiça social e a formulação de uma política mais justa depende de “um ativismo por parte dos cidadãos politicamente engajados”⁴⁷. A busca pela justiça se faz pela argumentação racional pública e não pela rejeição das opiniões contrárias⁴⁸.

A discussão democrática sobre a justiça não pode se restringir territorialmente, sob pena de desconsiderar contra-argumentos que não surgiram em âmbito local. Num contexto de democracia global, o fortalecimento do processo participativo é essencial para a busca pela justiça global⁴⁹.

As políticas públicas voltadas à inclusão social das pessoas com deficiência por meio do trabalho são formas de tornar esses cidadãos ativos⁵⁰. Boa parte das desigualdades existentes na sociedade se deve à loteria natural. As ações afirmativas buscam compensar essas desigualdades, servindo também como modelo para outras correções de distorções injustas⁵¹.

As ações afirmativas voltadas ao acesso ao ensino universitário, por exemplo, embora não garantam o sucesso pessoal, permitem o surgimento de oportunidades, assim como a formação de líderes para ocupar postos com a possibilidade de mitigar o preconceito⁵².

No tocante às pessoas com deficiência, pode-se citar ações afirmativas em diversos setores, como saúde, formação profissional, educação,

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 8/2015, p. 671-695, Ago/2015, p. 2.

⁴⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 287-288.

⁴⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 318.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 327-331.

⁵⁰ FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Abordagem Seniana das capacidades: Uma leitura sobre a concepção de deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 88/2014, p. 143 - 159, Jul - Set./ 2014, p. 5.

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Op. cit.**, p. 6.

⁵² *Ibidem*, p. 5.

conforme previsto na Lei nº 7.853/1989⁵³, além da reserva de percentual de cargos e empregos públicos prevista no art. 37, VIII, da Constituição Federal⁵⁴.

Apesar da liberdade democrática ter o potencial de promover a justiça social, Sen se preocupa com a possibilidade de uma “maioria impiedosa” eliminar os direitos das minorias⁵⁵.

Em relação a este aspecto, cabe salientar a concepção de Dworkin, o qual sustenta que os direitos exercem a função de trunfos contra decisões políticas que estabelecem objetivos gerais para a comunidade⁵⁶, isto é, contra preferências externas, contra restrições da liberdade impostas pelo Estado para o bem comum ou em prol de uma concepção de vida boa que não é a do indivíduo⁵⁷.

Ainda assim, Sen aponta para a possibilidade de a sociedade se deparar com a difícil escolha entre “honrar a regra da maioria e garantir os direitos das minorias”, o que demonstra a importância da tolerância para o sistema democrático⁵⁸.

A simples existência de instituições democráticas não é suficiente para o bom funcionamento do sistema. Para promover a tolerância, é necessário afastar as concepções divisionistas, tarefa em que a educação e a mídia podem exercer o papel essencial de fazer com que a sociedade compreenda de forma adequada os problemas e dificuldades de determinados grupos⁵⁹.

⁵³ BRASIL. **Lei nº 7.853/1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁵⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 288.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28.

⁵⁸ SEN, Amartya. **Op. cit.**, p. 288.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 289.

Sen distingue sua concepção de justiça daquela formulada por Rawls ao afirmar que este adotava um institucionalismo transcendental, concentrando-se nas instituições de uma sociedade perfeitamente justa, enquanto ele adota uma compreensão comparativa das sociedades que existiram ou poderiam efetivamente surgir, enfatizando as realizações que ocorrem nessas sociedades, não as instituições e regras⁶⁰.

Ainda, deve-se ressaltar a crítica feita por Sen à ausência de consideração a respeito das variações das capacidades de converter bens primários em viver bem no âmbito do segundo princípio de justiça formulado por Rawls. Ele evidencia que com o mesmo nível de renda e de outros bens primários, uma pessoa com deficiência consegue muito menos do que alguém sem deficiência⁶¹.

Portanto, o tratamento igualitário para as pessoas com deficiência deve propiciar a emancipação dessas pessoas frente as desvantagens por elas enfrentadas, tanto na obtenção de renda, como na conversão dessa renda em bem-estar. De maneira geral, as pessoas com deficiência necessitam de renda superior às demais para buscar e manter um padrão de vida desejado⁶².

Destarte, a noção de capacidade não é sinônimo de igualdade de oportunidades. A igualdade de oportunidades se refere aos meios, barreias e restrições, enquanto que a capacidade se relaciona a avaliação das extensões da liberdade⁶³.

A liberdade é valiosa, na concepção delineada por Amartya Sen, tanto em razão das oportunidades de realização dos objetivos pessoais como pelo processo de escolha em si⁶⁴. Assim, o foco não é o que a pessoa

⁶⁰ *Ibidem*, p. 28-29.

⁶¹ *Ibidem*, p. 70.

⁶² REIS, Suséte da Silva; WESCHENFELDER, Lucas Reckziegel. Ações afirmativas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho: uma perspectiva a partir de Amartya Sen. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n.1, p. 199-217, jan./abr. 2019, p. 209.

⁶³ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 37-38.

⁶⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 195.

efetivamente acaba fazendo, mas o que ela é capaz de fazer, cabendo a ela aproveitar ou não a oportunidade⁶⁵.

Amartya Sen analisa a questão das pessoas com deficiência utilizando a expressão “inaptidões físicas ou mentais”. Ele aponta que essas pessoas estão entre os mais necessitados e negligenciados do mundo. A maior concentração de “pessoas com inaptidões” está em países em desenvolvimento, e entre a população mais pobre⁶⁶. Sen afirma que a prevenção e a mitigação das inaptidões são fundamentais na promoção da justiça⁶⁷.

Assim, não basta que a pessoa possa racionalmente desenvolver um projeto de vida coerente com seus valores, é necessário capacitar a pessoa para formar esse projeto de vida⁶⁸.

Nesse contexto, a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotando uma visão de justiça social qualificada pela capacidade, atua em três linhas complementares voltadas à capacitação das pessoas: “criação de infraestrutura de adaptabilidade e acessibilidade (art. 4, 1, f; art. 5, 3; art. 9; art. 20), combate à discriminação (art. 4, 1, b; art. 5, 1 e 2; art. 8; art. 27, 1, a) e desenvolvimento das habilidades (art. 24, 1, a e b)”⁶⁹.

Sob a perspectiva da capacidade e da Convenção, a desconstrução de estereótipos que desqualificam a pessoa em razão da deficiência ganha importância, e a liberdade se relaciona com a habilitação da pessoa, diante das dificuldades para exercer a liberdade da maneira socialmente considerada “normal”⁷⁰.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 200.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 217-218.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 219.

⁶⁸ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 126.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 127.

⁷⁰ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e**

Em mesmo sentido, a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) possui dispositivos voltados à garantia de justa oportunidade às pessoas com deficiência, a exemplo daqueles que tratam das adaptações nas áreas como educação, moradia, trabalho, assim como do direito à capacidade legal, os quais constituem elementos essenciais “para que a pessoa possa exercer sua liberdade de construir, elaborar, vivenciar e revisar seu projeto e modelo de vida”⁷¹.

3 Considerações finais

O presente artigo demonstrou que a valorização da liberdade do homem como protagonista da própria vida, está presente nas concepções de justiça de Dworkin, John Rawls e Amartya Sen. Sob o paradigma de deficiência presente na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pode-se notar a valorização do protagonismo das pessoas com deficiência sobre as suas próprias vidas, ideal expresso no lema “*nothing about us without us*”, assim como presente no reconhecimento da capacidade como questão de direitos humanos.

Dworkin ressalta a importância da possibilidade de decidir sobre a própria vida. Em mesmo sentido, Rawls trata da construção racional de um projeto e estilo de vida, e ressalta que as instituições sociais não podem se vincular a uma concepção específica de bem. Neste ponto, demonstrou-se que o descomprometimento institucional também deve considerar concepções de bem e de vida boa que não estejam inseridos nos padrões de normalidade, como ocorre nos casos de pessoas com deficiência que, em alguns casos, possuem estilos de vida baseados em cooperação e apoio.

Também foi possível perceber que, tanto na concepção de John Rawls como de Amartya Sen, as decisões do homem sobre a própria vida não são sempre as mais racionais na busca pelo próprio bem. Rawls trata da

Intelectual nas Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 128.

⁷¹ *Ibidem*, p. 130.

liberdade para errar, e Sen da não obrigatoriedade de buscar o próprio bem-estar. Essa questão se relaciona com a prática de atos potencialmente causadores de prejuízo e de como a liberdade para praticá-los é reconhecida às pessoas que se enquadram no padrão de normalidade, mas é questionada quando se trata de pessoas com deficiência.

Amartya Sen ainda ressalta a importância de criar condições para o desenvolvimento pessoal, questão que está presente na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A condição de pessoa com deficiência, boa parte das vezes, decorre da chamada loteria natural, de forma que se trata de uma condição alheia às escolhas das pessoas. Seguindo o raciocínio das teorias de justiça apresentadas, é necessário buscar formas de compensar essa desigualdade, para que o que ocorre na vida da pessoa seja fruto da responsabilidade pelas próprias ações e escolhas. Nesse aspecto, também é preciso considerar que a condição de pessoa com deficiência pode dificultar a capacidade de converter bens primários em bem-estar. Assim, garantir uma igualdade de oportunidades, sem considerar essas peculiaridades, não irá resultar em igual expansão das liberdades.

Constatou-se, portanto, que a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, como decorrência dela, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, possuem mecanismos para inclusão das pessoas com deficiência voltados à acessibilidade, combate à discriminação e desenvolvimento das habilidades, e que a atuação nessas áreas é coerente com a ideia de criação de justas oportunidades e de expansão das liberdades reais das pessoas com deficiência, para que possam construir, revisar e implementar seus projetos de vida.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de junho de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em: Nova York, em: 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.853/1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 8/2015, p. 671-695, Ago/2015.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984.

FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Abordagem Seniana das capacidades: Uma leitura sobre a concepção de deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 88/2014, p. 143 – 159, Jul – Set./ 2014.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GÓMEZ, Patricia Cueva. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertades**, n 24, época II, p. 221-257, enero 2011.

MAIA, Maurício. Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso. **Revista da AGU**, ano XII, n. 37, p. 289-306, Brasília-DF, jul./set. 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 13 set. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini Both. A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2, p. 225-254, mai./ago. 2017.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REIS, Suséte da Silva; WESCHENFELDER, Lucas Reckziegel. Ações afirmativas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho: uma perspectiva a partir de Amartya Sen. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n.1, p. 199-217, jan./abr. 2019.

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

_____. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

**Capacidade e autonomia:
os direitos das pessoas com deficiência
sob a perspectiva dworkiana dos direitos como trunfos**

Aletya Dahana Rollwagen

1. Considerações iniciais

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveram uma mudança paradigmática na forma de tratamento da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, superando a tradição de substituição da vontade por um modelo de apoio, que confere maior proteção jurídica à autonomia e à capacidade dessas pessoas.

O presente artigo investiga se essas mudanças podem ser relacionadas à teoria dworkiana de direitos como trunfos e quais seus pontos de convergência. A pesquisa foi realizada pela técnica de pesquisa documental bibliográfica e pelo procedimento monográfico.

Na primeira parte do artigo buscou-se contextualizar a teoria do direito de Dworkin e, especificamente, a metáfora dos direitos-trunfos, a partir das críticas do autor ao positivismo jurídico e ao utilitarismo, passando pela distinção entre *policies* e *principles*, e pela tensão/vinculação entre democracia e Estado de Direito.

Na segunda parte, demonstrou-se a relação entre a concepção de direitos como trunfos com o Estado constitucional, o princípio da

dignidade da pessoa humana, a jurisdição constitucional e a força normativa da Constituição.

Em seguida, evidenciou-se a forma como o reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, em especial aqueles relativos à igual capacidade e autonomia, podem ser compreendidos sob as premissas da teoria dos direitos como trunfos. Por fim, foram apresentadas as considerações finais acerca dos temas tratados no presente estudo.

2. Direito e democracia: a metáfora dworkiana dos direitos trunfos

Na obra “Levando os Direitos a Sério”, Ronald Dworkin afirma que a teoria liberal dominante do direito é composta de duas partes, ambas derivadas da filosofia de Jeremy Bentham: o positivismo jurídico, que defende que “a verdade das proposições jurídicas consiste em favor a respeito de regras que foram adotadas por instituições sociais específicas”; e o utilitarismo, que sustenta que o direito deveria estar a serviço do bem-estar geral¹.

A crítica que Dworkin tece sobre essa teoria parte da afirmação de que ela é falha, por não aceitar que os indivíduos possam ter direitos contra o Estado, direitos que são anteriores àqueles criados pela legislação explícita².

Dworkin sustenta que os direitos exercem a função de trunfos contra decisões políticas que estabelecem objetivos gerais para a comunidade³, isto é, contra preferências externas, contra restrições da liberdade impostas pelo Estado para o bem comum ou em prol de uma concepção de vida boa que não é a do indivíduo⁴. Em síntese:

¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. VII-VII.

² *Ibidem*, p. XIII.

³ DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28.

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano⁵.

Enquanto o positivismo jurídico sustenta que os indivíduos só possuem direitos jurídicos criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas, a teoria dworkiana evidencia que os indivíduos podem possuir outros direitos, a serem reconhecidos judicialmente, mesmo nos casos difíceis⁶. Para o autor, os direitos dependem das justificativas e instituições políticas, já que o argumento em defesa de um direito deve considerá-lo como parte de um complexo pacote de presunções e práticas⁷.

Para o utilitarismo, a comunidade será tão melhor quanto mais seus membros sejam felizes ou tenham satisfeitas suas preferências. Assim, uma decisão política seria justificada por sua promessa de fazer os cidadãos mais felizes⁸.

Nesse ponto, Dworkin estabelece a distinção entre questões de política (*policies*) e de princípio (*principles*): aquelas versam sobre as estratégias que o governo usa para assegurar o interesse geral, enquanto os princípios se referem aos direitos individuais reconhecidos como trunfos sobre as estratégias coletivas⁹.

Novais aponta que a metáfora dos direitos como trunfos está inserida no âmbito dessa distinção entre *policies* e *principles*, negando a possibilidade de o Estado impor medidas políticas voltadas para fins coletivos que sacrifiquem Direitos Fundamentais. A distinção, no entanto, não é simples,

⁵ DWORNIK, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV.

⁶ *Ibidem*, p. XVI.

⁷ DWORNIK, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 164.

⁸ DWORNIK, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

⁹ DWORNIK, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 455.

pois no Estado de Direito, muitas medidas políticas se voltam à proteção de Direitos Fundamentais. Nesse contexto, Novais afirma que não se trata de mera contraposição entre Direitos Fundamentais e fins coletivos. Os direitos seriam uma “exigência contramajoritária imposta pela necessária observância jurídica do princípio da igual dignidade da pessoa humana”¹⁰.

Ter um direito fundamental implica em, nas relações com o Estado, ter uma posição garantida contra decisões da maioria e, nas relações com particulares, ter proteção da sua autonomia e liberdade contra ameaças ou lesões providas de terceiros, sobretudo quando estes formam uma maioria ou exista uma relação de poder assimétrica¹¹.

Para a maioria, as regras do jogo democrático são suficientes para proteger seus interesses, enquanto que a minoria, sem o Estado de Direito, seria discriminada e suas concepções suprimidas, prejudicando o progresso moral, científico, artístico e político da sociedade¹².

Ao tratar da concepção de direitos como trunfos, Dworkin se utiliza do exemplo da proibição da pornografia para questionar se existe uma justificativa para a decisão contrária aos desejos da maioria, e apresenta duas respostas. O argumento pluralista reconhece a importância do ideal utilitarista, mas também reconhece que outros objetivos ou ideais podem ser igualmente importantes, em alguns casos. O segundo argumento propõe a análise da razão pela qual o utilitarismo é importante¹³.

O utilitarismo, segundo Dworkin, deve seu apelo ao “elenco igualitário”, consistente na noção de que as pessoas são tratadas como iguais quando suas preferências são apreciadas na mesma escala, desprovida de distinções pessoais ou de mérito. Porém, na prática se o utilitarismo não for verificado a partir de determinados direitos, ele assumirá sua forma

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28-29.

¹¹ *Ibidem*, p. 34.

¹² *Ibidem*, p. 35-36.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 154.

corrupta, que dá mais valor a algumas pessoas do que a outras, ou ignora suas preferências¹⁴.

Assim, Dworkin trata de direitos como trunfos sobre o utilitarismo irrestrito, e defende que mesmo uma sociedade comprometida com o utilitarismo pode desqualificar preferências ao adotar um direito à independência política: o direito que ninguém sofra desvantagem na distribuição de bens e oportunidades sob a justificativa de que outros pensam que ele merece menos, por quem ele é ou deixa de ser¹⁵.

O direito à independência moral pode ser defendido de forma paralela. O utilitarismo neutro rejeita a ideia de que as ambições que as pessoas têm sobre suas próprias vidas possam ter menos importância de que a de outros, exceto quando isso decorrer da ponderação de todas as preferências. Se as preferências morais sobre o comportamento alheio são consideradas, a neutralidade do utilitarismo fica comprometida¹⁶.

Os direitos são necessários, portanto, quando uma decisão que prejudica algumas pessoas encontra, mesmo assim, suporte na reivindicação de tornar a comunidade melhor de uma forma plausível¹⁷.

A partir da concepção de direitos como trunfos, utilizando-se da metáfora do jogo de cartas em que a carta trunfo, pelas regras do jogo, prevalece sobre outras de valor inicialmente mais elevado, é possível constatar a complexidade da relação entre democracia e Estado de Direito. A democracia é uma forma de poder que encontra sua legitimação na participação e escolha da maioria, enquanto que os direitos são trunfos contra a maioria, e assim representam a possibilidade de oposição à decisão majoritária, mesmo que ela tenha seguido os procedimentos instituídos¹⁸.

A tensão ocorre porque a maioria pode ameaçar Direitos Fundamentais, como também a força dos Direitos Fundamentais pode restringir o poder democrático, ao permitir que o Poder Judiciário (não eleito)

¹⁴ *Ibidem*, p. 154-155.

¹⁵ *Ibidem*, p. 158.

¹⁶ *Ibidem*, p. 159.

¹⁷ *Ibidem*, p. 166.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 7-18.

intervenha nas decisões dos órgãos eleitos, com uma margem de decisão ampliada em razão do caráter principiológico de muitas normas constitucionais¹⁹.

Nesse sentido, Sultany trata do paradoxo da democracia constitucional e aponta duas categorias que compõe o debate: o discurso da união e o discurso da desunião. O autor aponta que Dworkin e Habermas fariam parte daqueles que defendem o discurso da união e, mais especificamente, daqueles que negam a tensão entre constitucionalismo e democracia²⁰.

Ao propor a interpretação dos Direitos Fundamentais por meio da teoria do discurso, Habermas busca esclarecer a conexão interna entre direitos humanos e soberania do povo²¹. Novais afirma que essa conexão ou integração, embora normativa, é empiricamente verificável nas formas políticas atuais. O Estado de direito reconhece a igual dignidade para todas as pessoas, com fundamento nas exigências de igualdade e liberdade. Como todos são livres e iguais, todos têm direito de participar das decisões da comunidade, como decorrência da garantia de direitos políticos, os quais exigem um cenário democrático para serem exercidos de forma plena. Sem a democracia, os direitos individuais sofrem desvalorização. Além disso, a democracia legitima a intervenção do poder público para promoção das condições da liberdade individual. Por outro lado, “os Direitos Fundamentais são condições do regular funcionamento da democracia”²².

¹⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁰ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012, p. 371-430. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132397>. Acesso em 27 ago. 2019.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²² NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 19-20.

3. A relação entre a concepção de direitos como trunfos e o estado constitucional

O apelo da concepção de direitos como trunfos se deve ao fato de que não se trata de mera proteção privilegiada de direitos de minorias, com objetivo de reforçar a representação democrática. Ela tem origem na história do Estado constitucional na própria ideia de Constituição, nas Declarações de Direitos, com fundamento em concepções iluministas de direito pré e supra-estatal²³.

A indisponibilidade dos Direitos Fundamentais, que vincula a metáfora dos direitos como trunfos à origem do Estado constitucional, consiste no reconhecimento da dignidade dos titulares de direitos enquanto pessoas, dotadas de uma esfera de liberdade e autonomia indisponível²⁴.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos como trunfos, pois dela resulta o direito de seguir autonomamente os próprios planos de vida, já que eles possuem o mesmo valor de qualquer outro plano, independentemente da adesão social. A imposição de concepções e planos de vida com que o indivíduo não concorde passa a ser juridicamente vedada, por restringir o “livre desenvolvimento da personalidade”²⁵.

Além de estar relacionado à origem do Estado constitucional, a adequada compreensão dos Direitos Fundamentais como trunfos representa fundamento materialmente orientador e confere legitimidade à jurisdição constitucional²⁶, ao apontar a razão pela qual o Poder Judiciário é o encarregado de resolver conflitos entre direitos.

Na hipótese de desacordo envolvendo Direitos Fundamentais não há uma resposta preestabelecida sobre a prevalência ou não da vontade da maioria, pois a solução decorre de uma ponderação de bens sob

²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 29-31.

²⁴ *Ibidem*, p. 30.

²⁵ *Ibidem*, p. 31.

²⁶ *Ibidem*, p. 66.

parâmetros constitucionais. Em outras palavras, o argumento da vontade da maioria não pode ser usado para justificar a prevalência dessa vontade²⁷.

Os desacordos não são apenas políticos, mas também jurídicos e englobam questões como a delimitação do que é direito fundamental, quais são os bens jurídicos tutelados, a possibilidade de limitação e restrição de Direitos Fundamentais. Embora o conteúdo e alcance dos Direitos Fundamentais seja tratado no momento constituinte, muitas vezes trata-se apenas da definição de ideias gerais, princípios. Na prática, isso provoca desacordos que não podem ser resolvidos por decisão da maioria (ou de seus representantes), já que, na concepção dworkiana, os direitos representam uma posição de vantagem do indivíduo contra essa maioria²⁸.

Nesse aspecto, Novais defende a existência de uma reserva geral imamente de ponderação, pois apesar da força constitucionalmente atribuída aos direitos, eles podem ter de ceder, no caso concreto, em razão da força dos direitos e interesses contrários, mesmo que não expressamente reconhecidos pela Constituição. A decisão judicial que invalida uma decisão política só é legítima quando baseada em Direitos Fundamentais e fundamentada segundo parâmetros jurídicos, “intersubjetivamente acessíveis, compreensíveis e criticáveis”, e não por opiniões filosóficas e políticas do juiz²⁹.

A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos está relacionada ao reconhecimento da força normativa da Constituição³⁰, isto é, da existência de um “condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”, em que a Constituição se transforma em força ativa na medida em que as tarefas por ela impostas são realizadas³¹.

²⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 44-48.

²⁹ *Ibidem*, p. 50-59.

³⁰ *Ibidem*, p. 36-38.

³¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13-25.

Para Dworkin, diferentes direitos individuais podem ser considerados como trunfos contra decisões políticas. Os direitos políticos são essenciais, incluindo voto, liberdade de expressão e de consciência, mas outros direitos provenientes da moral pessoal também podem ser reconhecidos. A integridade exige que o governo adote uma postura coerente ao tratar esses direitos, como, por exemplo, do que significa a igualdade³².

Novais, por sua vez, defende uma concepção de direitos como trunfos que não se resume aos direitos políticos, mas sim protege todos os Direitos Fundamentais, inclusive os sociais, de tentativas de imposição de concepções particulares apoiadas em maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas, beneficiando especialmente aqueles que não tem a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais, mesmo no cenário democrático³³.

4. Os “trunfos” da pessoa com deficiência

A concepção de direitos como trunfos apresentada até então está fundada nas ideias de igualdade, dignidade e independência moral e política.

Na obra “O império do direito” Dworkin se debruça sobre a questão de como a igualdade deve ser compreendida. Ao tratar da integridade e seus efeitos no âmbito constitucional, ele utiliza a figura do juiz Hércules para analisar a limitação da liberdade do Congresso imposta pela Constituição dos Estados Unidos, em razão da igualdade. Ele afirma que, a partir da história e prática constitucional estadunidenses, Hércules conclui que a Constituição estabelece o princípio igualitário de forma abstrata e permite que cada estado adote uma concepção de igualdade em suas decisões políticas, mas também insiste que certos direitos sejam reconhecidos acima de

³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Op. cit.**, p. 32.

qualquer justificação coletiva³⁴, vinculando as concepções de integridade e direitos como trunfos.

Dworkin, exemplificando a atuação de Hércules, examina diferentes teorias que sustentariam um direito contra a discriminação racial, a partir das quais, é possível estabelecer uma relação quanto à discriminação das pessoas com deficiência. A primeira teoria é chamada de “classificações suspeitas”, a qual se refere a grupos historicamente maltratados, mas exige apenas que seja dada a devida consideração a eles na tomada de decisões políticas racionais. A descrição das “categorias banidas”, por sua vez, afirma a existência de um trunfo do direito contra a discriminação sobre o interesse geral, isto é, determina certos atributos ou categorias que não podem ser utilizados para estabelecer tratamento diferenciado, mesmo que isso atenda o interesse geral. Já a descrição das “fontes banidas” pretende que as preferências que tenham por base o preconceito não sejam utilizadas para estabelecer uma desvantagem para determinado grupo³⁵.

Dworkin afirma que é possível estabelecer distinção de tratamento com base na teoria das “classificações suspeitas”, desde que se demonstre que todas as preferências evidenciadas na comunidade foram consideradas³⁶. Assim como no caso da discriminação racial, essa teoria não tem o funcionamento adequado quando se trata de pessoas com deficiência, que representam uma parcela minoritária da população. No Brasil, de acordo com os dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no Censo Demográfico de 2010, 23,9% da população possuía algum tipo de deficiência³⁷. Portanto, se o critério para vedação da discriminação for a consideração de todas as preferências, o interesse geral pode ser

³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 455-456.

³⁵ *Ibidem*, p. 457-458.

³⁶ *Ibidem*, p. 459.

³⁷ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

usado para justificar formas de exclusão e violação de Direitos Fundamentais das pessoas com deficiência.

Para a segunda teoria, a Constituição será violada toda vez que a lei fizer distinções com base em determinadas categorias³⁸. Não é o caso das distinções relacionadas à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, pois a própria Constituição estabelece a possibilidade de instituir distinções, a exemplo da reserva de cargos e empregos públicos (art. 37, inciso VIII), requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria (art. 40, §4º, inciso I, e art. 201, §1º), preferência de pagamento de precatórios relativo a débitos de natureza alimentícia (art. 100, §2º), garantias de proteção, integração social, habilitação, reabilitação e atendimento educacional especializado (art. 24, inciso XIV, art. 203, inciso IV, art. 208, inciso III)³⁹.

A terceira teoria, por sua vez, apresenta uma dificuldade prática para se decidir se uma preferência é decorrente direta ou indiretamente do preconceito, em especial considerando que as preferências possuem origens complexas. O exemplo que Dworkin traz sobre “o desejo pessoal de alguns pais de verem seus filhos educados ao lado de crianças provenientes de meios semelhantes” e a concepção de maior eficácia da educação nessa situação⁴⁰, pode ser adaptado para as pessoas com deficiência, porque a educação inclusiva também enfrenta o desafio de superar o temor de que a inclusão faria piorar a qualidade do ensino ministrado na escola⁴¹.

Sobre essa questão, é relevante mencionar que, algumas vezes, a educação oferecida às pessoas com deficiência é pobre, limitada às atividades de educação infantil, como atividades lúdicas, esportivas e artísticas, o que

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 459-460.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2019..

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Op. cit.**, p. 460.

⁴¹ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: o que é? por quê? como fazer?**. São Paulo: Moderna, 2003, p. 15. Disponível em: <<https://accessibilidade.ufg.br/up/211/0/INCLUSO%CC3%83O-ESCOLARMaria-Teresa-Egl%CC3%83Agr-Mantoan-Inclus%CC3%A3o-Escolar.pdf?1473202907>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

contribuiu para perpetuar a crença na incapacidade desses indivíduos⁴². Apesar disso, a pesquisa realizada pelo Instituto Alana em parceria com a *ABT Associates*, constatou que a inclusão promove benefícios de curto e de longo prazo, para estudantes com e sem deficiência, tanto nos aspectos sociais e emocionais, como no desenvolvimento acadêmico⁴³. Esse exemplo demonstra como determinadas preferências e justificativas baseadas no interesse geral podem ter como fundamento algum preconceito, camuflado por razões aparentemente coerentes e que demandam certo esforço para serem desconstruídas.

Na prática, para aplicar a terceira teoria, os juízes teriam que se basear em preferências frequentemente geradas pelo preconceito, o que resultaria em classificações suspeitas, semelhantes à primeira teoria. A diferença é que para a terceira teoria não é suficiente demonstrar o cálculo neutro entre todas as preferências. Já a diferença em relação à segunda teoria é a possibilidade de ações afirmativas⁴⁴.

É necessário ressaltar a impossibilidade de estabelecer uma teoria como sendo a resposta certa para todos os casos em todos os tempos, já que na perspectiva dworkiana de direito como integridade o direito está em um processo de interpretação contínuo e construtivo, ilustrado na ideia de romance em cadeia⁴⁵.

Contudo, o que se pretende é revisitar a teoria dworkiana sob a ótica dos direitos da pessoa com deficiência, os quais conquistaram importância no ordenamento jurídico brasileiro em razão de duas grandes transformações ocorridas na forma de tratamento dessas pessoas.

⁴² FERREIRA, Windyz Brazão. Entendendo a Discriminação contra estudantes com deficiência na escola. In: FÁVERO, Osmar (Org.). et. al. **Tornar a educação inclusiva**. Brasília: UNESCO, 2009, p. 42. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0018/001846/184683por.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

⁴³ INSTITUTO ALANA; ABT ASSOCIATES. **Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes com e sem Deficiência**. Disponível em: <http://alana.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Os_Beneficios_da_Ed_Inclusiva_final.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 460-461.

⁴⁵ LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://revistaeletronicardf.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>>. Acesso em 27 ago. 2019.

A primeira delas foi a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CIDPD), adotada pela 61ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 2006, na forma do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, o que lhe conferiu o status jurídico de emenda constitucional⁴⁶. A segunda foi a aprovação da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, também chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), a qual teve como base a Convenção anteriormente mencionada⁴⁷.

Esses dois marcos regulatórios introduziram no ordenamento jurídico brasileiro o modelo social de definição de deficiência, fundamentalmente relacionado a garantia de direitos, em especial a “concreta equalização de igualdade e de dignidade para todos”⁴⁸.

A dignidade da pessoa humana e a busca pela promoção da autonomia nortearam o Estatuto da Pessoa com Deficiência na ampliação das formas de manifestação da vontade das pessoas com deficiência, em superação ao regime das incapacidades até então vigente⁴⁹.

Portanto, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao adotarem o ideal de emancipação *nothing about us without us*, têm como objetivo que as pessoas com deficiência superem a condição de assistidos e assumam o controle de suas vidas, para usufruírem plenamente de seus direitos, sem depender das decisões de outras pessoas⁵⁰, o que está em consonância com a concepção de direitos como trunfos, pois:

⁴⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 07 jul. 2019.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabriela Bezerra Sales. As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 338-363, mai./ago. 2019. Disponível em: <<http://revistaeletronicardf.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1554>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em:

Uma vez que autonomia não se restringe a uma mera competência para a tomada de decisões que siga o padrão social em vigor, o que esse diploma legal enfatiza é a busca pela percepção da pessoa humana como protagonista na medida em que a apreensão do fruto do seu discernimento expresse com a máxima fidelidade possível a singularidade e a subjetividade própria de cada um no esteio do princípio da presunção da capacidade e da autonomia⁵¹.

Embora as legislações nacionais tradicionalmente tratem a capacidade como uma questão técnica, o direito internacional e especialmente a CIDPD passaram a tratar o tema como uma questão de direitos humanos, já que a capacidade é *conditio sine qua non* para o exercício de direitos em igualdade de condições⁵².

O artigo 12 da CIDPD reúne o princípio da igualdade, a garantia de não discriminação e o direito ao reconhecimento da capacidade jurídica, ao tratar do reconhecimento desses indivíduos como pessoas, o direito de acesso ao apoio que necessitarem para o exercício de sua capacidade e a uma série de direitos patrimoniais⁵³.

A capacidade atrai a atenção do direito para si quando a ação humana exige vontade, discernimento e potencialmente repercute na esfera jurídica da pessoa ou de terceiros. A presunção em relação aos cidadãos adultos é de que possuem discernimento e podem decidir sobre assuntos da própria vida, mesmo para praticar atos acráticos, como fumar e ingerir alimentos prejudiciais. Ocorre que, quando se trata de pessoa com

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabriela Bezerra Sales. As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 338-363, mai./ago. 2019. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1554>>. Acesso em 02 set. 2019

⁵² GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertates**, n. 24, época II, enero 2011, p. 221-257. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29403785.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁵³ Idem.

deficiência, especialmente de ordem psíquica ou intelectual, a competência e capacidade para praticar esses mesmos atos é colocada em dúvida⁵⁴.

A CIDPD e o EPD buscam preservar a autonomia da pessoa com deficiência em condição de igualdade com as demais, por se tratar de pressuposto da participação política, social e familiar. A extensão da presunção de capacidade às pessoas com deficiência é possível ao se reconhecer que o nível de compreensão necessário varia para cada tipo de ato civil, a exemplo dos atos patrimoniais, que exigem informações técnicas e jurídicas, e dos atos existenciais, que dizem respeito às preferências e vínculos pessoais. No que se refere ao âmbito não-patrimonial, as escolhas não podem ser feitas por meio da representação ou alguma outra forma de substituição da vontade⁵⁵.

Com as alterações promovidas pelo EPD no Código Civil, a deficiência deixou de ser critério para definir a incapacidade de uma pessoa. Menezes defende que “a autonomia é o atributo que melhor qualifica a pessoa”, e cita Dworkin para reforçar o argumento de que a pessoa deve ter o controle da própria vida, mesmo que decida agir de forma contrária a seus interesses⁵⁶.

Além disso, o EPD, visando a preservação da capacidade das pessoas com deficiência, tornou a curatela uma medida extraordinária e a ser delimitada conforme as necessidades da pessoa e instituiu o mecanismo da tomada de decisão apoiada⁵⁷. Essas modificações no ordenamento jurídico brasileiro representam uma “virada de Copérnico” no direito protetivo, superando o modelo de substituição de vontade pelo modelo de apoio à autonomia, no qual a dignidade significa que “qualquer integrante do

⁵⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civillistica.com*, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civillistica.com*, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

consórcio humano é considerado um sujeito moral dotado de liberdade de eleição e de liberdade moral”⁵⁸.

Portanto, uma teoria dos direitos coerente deve reconhecer que as pessoas possuem igual capacidade moral, contribuindo para que as pessoas com deficiência possam executar seus projetos de vida e justificando a adoção de medidas que buscam eliminar ou minimizar as dificuldades enfrentadas⁵⁹.

O discurso dos direitos tem como elemento central a dignidade humana, a qual pressupõe que os seres humanos são agentes morais dotados de “capacidade” para realizar projetos de vida. Questionar a capacidade moral de indivíduos com deficiência implica em negar sua dignidade e, no âmbito do Direito, a capacidade jurídica e o exercício de Direitos Fundamentais⁶⁰, afastando a força atribuída aos direitos como trunfos.

5. Considerações finais

O presente estudo demonstrou que os ideais de emancipação (escolher a vida que se quer levar) e reconhecimento de igual dignidade das pessoas com deficiência, adotados pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, estão em consonância com os fundamentos da concepção de direitos como trunfos na forma delineada por Ronald Dworkin.

Nesse sentido, verificou-se que a ideia de que os direitos representam posição de vantagem contra decisões políticas fundadas no interesse geral atende aos interesses das pessoas com deficiência não apenas em razão de

⁵⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. Disponível em: < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁹ GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertates**, n. 24, época II, enero 2011, p. 221-257. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29403785.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁶⁰ GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertates**, n. 24, época II, enero 2011, p. 221-257. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29403785.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

sua função contramajoritária, mas também pelo respeito à autonomia individual e à dignidade da pessoa humana.

Constatou-se que, apesar do utilitarismo estar fundado na igualdade entre as preferências, na prática ele pode acabar ignorando ou dando menor relevância às preferências de algumas pessoas. Por outro lado, o reconhecimento de direito à independência moral e política permite afastar certas preferências, mesmo em uma sociedade comprometida com o utilitarismo, caso fundadas em concepções subjetivas sobre merecimento ou convicções morais sobre o comportamento alheio.

Apesar da concepção de direitos como trunfos evidenciar o conflito entre Direitos Fundamentais e vontade da maioria e, portanto, entre Estado de Direito e Democracia, percebeu-se que, nas atuais formas políticas, trata-se de uma relação de recíproca dependência, pois os Direitos Fundamentais são condições materiais para a democracia, ao mesmo tempo em que na ausência de um cenário democrático tende a ocorrer a supressão de direitos.

A dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a autonomia em relação à forma de levar a própria vida são alguns dos fundamentos da construção teórica da concepção de direitos como trunfos, e são expressamente mencionados na CIDPD e no EPD, evidenciando a compatibilidade dessa concepção com as alterações legislativas promovidas por essas normas.

A partir da comparação com a análise que Dworkin, por meio da figura do juiz Hércules, faz de um direito contra a discriminação racial, pode-se verificar que a discriminação em relação às pessoas com deficiência segue lógica semelhante. Utilizou-se o exemplo da educação inclusiva para demonstrar como a justificativa baseada num interesse geral pode ocultar preconceitos e, assim, violar a igualdade.

A mudança no paradigma de tratamento jurídico das pessoas com deficiência promovida pela CIDPD e pelo EPD valoriza a vontade da pessoa da mesma forma que a concepção de direitos como trunfos, isto é, limitando a possibilidade de intervenção de particulares ou do Estado na esfera

de autonomia individual sob a alegação de interesse geral, a fim de impor um modo de vida diverso do desejado pela pessoa.

Assim, conclui-se que o reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência, representa a afirmação de sua autonomia, a valorização de sua vontade e subjetividade, e, portanto, os direitos das pessoas com deficiência também devem ser compreendidos como trunfos contra decisões fundadas no interesse da comunidade.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 07 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984.

FERREIRA, Windyz Brazão. Entendendo a Discriminação contra estudantes com deficiência na escola. In: FÁVERO, Osmar (Org.). et. al. **Tornar a educação inclusiva**. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0018/001846/184683por.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.

GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertades**, n. 24, época II, enero 2011, p. 221-257. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29403785.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. 1, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

INSTITUTO ALANA; ABT ASSOCIATES. **Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes com e sem Deficiência**. Disponível em: <http://alana.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Os_Beneficios_da_Ed_Inclusiva_final.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://revistaeletronicar-dfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: o que é? por quê? como fazer?**. São Paulo: Moderna, 2003. Disponível em: <<https://accessibilidade.ufg.br/up/211/o/INCLUS%C3%83O-ESCOLARMaria-Teresa-Egl%C3%A9-Mantoan-Inclus%C3%A3o-Escolar.pdf?1473202907>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

_____. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabriela Bezerra Sales. As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 338-363, mai./ago. 2019. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1554>>. Acesso em 02 set. 2019.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012, p. 371-430. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132397>. Acesso em: 27 ago. 2019.

**Direito à saúde:
mecanismos constitucionais de efetivação
dos Direitos Fundamentais sociais**

Elaine Kristina Krinski Silveira Gliese

Introdução

O ser humano é por essência um ser social. Ele depende da interação com outros seres de sua espécie, para agir e modificar o meio em que vive. Esta interação é fundamental para a formação de um mundo organizado, determinando comportamentos e culturas. O Estado brasileiro, na forma que é constituído, tem o dever de respeitar, proteger e promover as condições básicas que viabilizem a vida com dignidade. A dignidade da pessoa humana é um fundamento norteador das normas e princípios dispostos no ordenamento jurídico brasileiro e um pilar para a organização do Estado e para o Direito.

Com base em tal princípio, a Constituição de 1988 positivou os direitos fundamentais e os direitos sociais. Dentre os direitos fundamentais sociais, destacamos neste ensaio o Direito à saúde. A saúde pública é essencial para o desenvolvimento da sociedade. Cidadãos carentes de pleno bem-estar físico, mental, emocional (e até mesmo espiritual), não podem reger suas vidas com autonomia, bem como, não conseguem contribuir para o crescimento do progresso do Estado.

Tendo em vista que no atual contexto nacional impera um cenário de precariedade, pelo Poder Público, na promoção do direito à saúde,

nos propomos a discorrer sobre os mecanismos constitucionais de efetivação do direito à saúde.

Optamos em dividir este ensaio em três itens: os direitos fundamentais e os direitos sociais na constituição federal de 1988; o direito à saúde e, por derradeiro, os mecanismos constitucionais de efetivação do direito à saúde.

1. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

O período histórico que precedeu a Constituição Federal de 1988 foi, por um lado, marcado pelo autoritarismo do regime militarista, e, por outro, pelas primeiras “ondas” da globalização que já se instalava no mundo ocidental.

Os direitos fundamentais somados a estrutura do Estado, ao sistema de governo e da organização do poder, se fundem na essência do Estado constitucional, tornando-se elemento nuclear da Constituição material. Neste sentido, ALEXY¹ escreve que “*o catálogo de direitos fundamentais regula, de forma extremamente aberta, questões em grande parte controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade*”.

Influenciado, o Constituinte, sob a pressão de movimentos sociais, bem como a participação das bancadas conservadora e progressista, produziu um texto que constituía um Estado Democrático de Direito (art. 1º e incisos da CF/88), fundamentado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político.

A dignidade da pessoa humana é um fundamento que orienta as demais regras e princípios concebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo a razão da organização do Estado e do direito. Assim, recai sobre o Estado o dever de respeitar, proteger e promover condições que viabilizem a vida com dignidade. Seguindo esse princípio e com intuito de garantir

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2006. p. 26.

maior efetividade na proteção dos direitos individuais e coletivos, optou-se pela positivação dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos sociais².

Segundo PIOVESAN et al³:

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. (...) Após vinte e um anos de regime autoritário, objetivou a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. (...) É a primeira Constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes. Ineditamente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material intangível da Constituição.

Os autores supra⁴ ainda ressaltam que “a *Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas, a inviolabilidade dos chamados “direitos e garantias individuais”*. Escrevem ainda, que ao constituir como fundamento a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais, conclui-se que a cláusula pétrea alcança os direitos sociais na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, SILVA et al⁵ escrevem:

A efetivação e concretização constitucional mostram-se basilares para o processo de desenvolvimento nacional, em uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se busca erradicar a pobreza, marginalização e discriminação, além reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insculpidos no art. 3º da Constituição

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2007. p. 58.

³ PIOVESAN, Flávia; STANZIOLA Vieira, Renato. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. 2006. p. 130.

⁴ Ibidem. p. 133.

⁵ SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **O mandado de segurança e seu papel na efetivação dos direitos fundamentais**. p. 190.

de 1988. Para tanto, os direitos fundamentais possuem como núcleo central e irradiador o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se erigiu na Constituição de 1988 como valor supremo e alicerce da ordem jurídica, sendo sua efetivação o objetivo fundamental de toda e qualquer norma jurídica. Conseqüentemente há uma íntima relação entre a efetivação dos direitos fundamentais e a dignidade humana, tendo como corolário a dupla efetivação de preceitos fundamentais, isto é, sempre quando os direitos fundamentais são respeitados, há também, simultaneamente, a concretização da dignidade humana, garantida a todos como fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, tais direitos possuem proteção extrema na Lei Maior, sendo englobados pelas cláusulas pétreas, no art. 6º, §4º, IV, significando que qualquer norma que assegure tais direitos não pode ser abolida – mas pode ser modificada, aumentando a proteção do direito previsto na cláusula – nem mesmo por meio de emenda constitucional.

Retomando a ideia de PIOVESAN et al, de que a Constituição de 1988 ampliou o *status* dos direitos sociais⁶ ao positivá-los - passando a contemplar esses direitos como verdadeiros direitos fundamentais – cumpre-nos destacar que algumas correntes doutrinárias seguem em sentido oposto, contudo, não nos aprofundaremos neste viés.

Seguimos citando CLÈVE⁷, que escreve:

A Constituição Federal de 1988 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como verdadeiros direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional.

Os direitos sociais apresentam traços de jusfundamentalidade, razão pela qual, denominam-se Direitos Fundamentais Sociais. A relevância dos

⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Constituição Federal 1988. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2006. p. 02.

bens jurídicos tutelados pelos direitos sociais revela a jusfundamentalidade material, neste sentido, SARLET⁸ afirma que os direitos sociais e os direitos fundamentais, comungam do mesmo regime, “*os direitos sociais - por serem fundamentais -, comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais.*”.

A previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais traduz a segurança e o poder do cidadão em postular por aquilo que lhe é essencial, de forma que ele não pereça diante de uma carência que afeta, diretamente, sua dignidade. Assim, as normas constantes dos direitos sociais apresentam uma exigibilidade imediata e de cunho programático.

No próximo item trataremos, particularmente, de um direito fundamental social: o Direito à Saúde. Tal direito, tão intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, é tema permanente de discussão quanto a sua efetividade.

2. O direito à saúde

O direito à saúde foi uma grande conquista da sociedade brasileira, tendo em vista tratar de um direito que está vinculado à vida e a sua dignidade. Nesse contexto, é imperioso evitar que atuais e futuras agressões comprometam tal direito.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades*”. Contudo, em outros tempos, para a medicina a saúde era entendida apenas como estado de ausência de doença.

Os avanços tecnológicos no campo da Medicina e também a evolução das ciências sociais proporcionaram o desenvolvimento social a tal ponto que a saúde deixou de ser apenas um estado de ausência de doença, e ainda, ao deixar de pertencer apenas ao mundo da ciência médica, a saúde tomou novos rumos e maior significância.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008. p.10.

O direito à saúde encontra tutela constitucional em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, entre os quais: art. 1º, III; no art. 3º, IV; art. 5º, *Caput*. Mas, é no artigo 6º que aparece expressamente a garantia do direito à saúde. Os artigos 196 ao 200, descrevem a saúde como um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado, e ainda, regula suas diretrizes basilares.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 prescreve, em seu artigo 195, que o direito à seguridade social – gênero do qual o direito à saúde é espécie – será financiada por toda a sociedade, mediante tributos. Esse financiamento se dá de duas formas: financiamento indireto (orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e financiamento direto (produto da arrecadação das contribuições sociais). No financiamento indireto, há previsão de um mínimo orçamentário a ser gasto com a saúde pública.

Neste sentido, SILVA⁹ diz que *“para garantir os inúmeros bens e serviços relativos à saúde, de forma razoável, conforme os princípios da igualdade e universalidade, a saúde depende da configuração econômica e social do Estado.”*

Dentro dos critérios dos direitos fundamentais sociais, o direito à saúde persegue a igualdade e a universalidade, quer seja na Constituição Federal ou em legislação específica. Por essa razão, sendo institucionalizado o SUS - Sistema Único de Saúde, um conjunto normativo, institucional e técnico, responsável pelas ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Contudo, ao nos deparar com a atual realidade constatamos que o Poder Público embora obrigado a criar mecanismos que viabilizem aos cidadãos as prestações de saúde, este se esconde sob o argumento de *déficit* no orçamento ou em promessas irrealizáveis, deixando de suprir a saúde

⁹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. 2010. Edição do Kindle.

básica, mesmo sendo este um dever atribuído à ele. SILVA¹⁰, ao citar CLÈVE, escreve:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida no país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente.

Entretanto, num país como Brasil, emerso num cenário de desigualdades e na má gestão de recursos, o direito a saúde promovido pelo poder público é precário. SEN et al¹¹ escrevem:

O Brasil é a nona potência mundial em termos de Produto Interno Bruto anual. Poderia parecer que uma pessoa nascida nesse país teria alta probabilidade de bons indicadores básicos de desenvolvimento humano. No entanto, o país é o 95º em analfabetismo, o 73º em expectativa de vida e o 98º em mortalidade infantil. Existe um Brasil com as características econômicas das economias mais desenvolvidas do mundo e um outro Brasil que é igual aos estados pobres da Índia. As possibilidades de cada um se dão conforme o Brasil em que se nasce, seu estrato social e localização geográfica.

A realidade atual da saúde pública no Brasil não é aquela almejada pelo Constituinte na época da promulgação da Constituição de 1988. CLÈVE¹² critica o Estado brasileiro, ao dispor que ele “*se converteu num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente, ao mercado financeiro (em particular os detentores*

¹⁰ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit.

¹¹ SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. 2010. Edição do Kindle. Posição 2816.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2006. p. 08.

de títulos da dívida pública)”. O autor diz, facilmente se observa, por mero cálculo aritmético, que “*os gastos do país com educação, saúde e habitação corresponde a um montante muito inferior ao dispendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública*”. Segundo ele, é preciso adotar um modelo econômico diferente, que não priorize os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais.

É consequência da ingerência do poder público que o país vive hoje um processo de “sucateamento” do SUS, tornando cada vez mais precário o atendimento aos cidadãos, isso quando o cidadão recebe atendimento.

À sociedade, quando diante da necessidade da prestação dos serviços de saúde, resta postular ao Judiciário para ter seu direito constitucional efetivado.

3. Mecanismos constitucionais de efetivação do direito à saúde

A eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à ausência legal, mas sim a não-prestação dos serviços públicos voltados à saúde. Ainda que as normas já existam, o problema está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios.

Considerando isso, nos locais onde houve a implementação do serviço público à saúde, a sua não-prestação sugere a impetração de mandado de segurança. SILVA et al¹³

(...)pode-se perceber que o mandado de segurança é uma ação civil individual ou coletiva, de caráter constitucional, que fornece meios para garantir a tutela de lesões e ameaças a direito líquido e certo, podendo os direitos fundamentais ser abrangidos entre esses. Assim, esse remédio constitucional oferece meios para que ocorra a dupla efetivação constitucional, isto é, efetivação dos direitos fundamentais e, como consequência, o princípio da dignidade da pessoa

¹³ SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **O mandado de segurança e seu papel na efetivação dos direitos fundamentais.** p. 201.

humana. Este último é essencial para qualquer norma dos ordenamentos jurídicos modernos, sendo o núcleo básico e irradiador, constituindo o objetivo fundamental das constituições modernas.

Contudo, existem situações nas quais os serviços públicos de saúde não foram sequer implementados, ou funcionam de forma precária. Nestes casos o Judiciário terá que obrigar o poder público a programar as políticas públicas necessárias à efetivação do direito.

Ao julgar a ADPF 45¹⁴ O Supremo Tribunal Federal a decisão foi redigida com a seguinte ementa:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Neste mesmo sentido, escreve NICOLODI¹⁵:

o Poder Judiciário tem o “poder-dever” de atuar, quando provocado, para conferir aplicabilidade imediata aos preceitos previsores destes direitos, independentemente de regulação legal, de forma a garantir a repleta satisfação do direito subjetivo consagrado pela norma constitucional, em observância à vinculação dos órgãos públicos, à norma consagradora da aplicabilidade imediata e à inafastabilidade do controle judiciário, prevista pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. P.66.

¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 04 maio 2004.

¹⁵ NICOLODI, Muriel Clève. **Critérios e parâmetros para a atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais**. 2013. p. 66.

A autora¹⁶, citando GRAU, afirma que “*incumbe tanto aos três Poderes, conferir efetividade aos direitos fundamentais, ainda que, para tanto, perante a ausência de normas reguladoras, o Judiciário tenha que criar o direito*”.

Seguindo o raciocínio da autora supra, BEDIN¹⁷ escreve:

a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais em seu núcleo básico – mínimo existencial, além de não infringir a harmonia entre os Poderes, impõe-se em nosso Estado Social e Democrático de Direito, de modo a assegurar a todos os valores fundamentais da igualdade, da cidadania, do bem-estar, da justiça social e, especialmente, como mecanismo de concretização do objetivo maior da Constituição Federal, que é a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Certamente não cabe ao Poder Judiciário suprir todas as carências sociais, seja porque poderá não obter a efetividade pretendida, face à falta de condições materiais suficientes para tanto, seja em razão de que eventualmente a satisfação de uns implicará em negar o direito de outros.

STRECK¹⁸, numa linha interpretativa, sugere que a política é instrumento de atuação do Direito:

O Direito já não está subordinado à política como se dela fosse um mero instrumento, mas, sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.

¹⁶ NICOLODI, Muriel Clève. Apud GRAU, Eros Roberto. **Op. Cit.** p. 65.

¹⁷ BEDIN, Débora Cristina Roldão. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível.** 2009. p. 27.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.** 2003. p. 292.

CLÉVE¹⁹ aponta para “a *necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público.*”.

O autor segue argumentando:

Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos. É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos ao mesmo tempo: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver de uma vez um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

Ao Poder Público está atribuído o dever de criar políticas públicas para promover o direito à saúde. Este direito não é apenas a distribuição de medicamentos, consultas nos mais variados ramos da ciência médica, hospitais, profissionais da saúde a disposição da população e etc. É antes, a criação de mecanismos (políticas públicas) pelos quais o restabelecimento da saúde seja a última etapa desta cadeia, desafogando o orçamento com os gastos públicos em saúde e atender, de modo efetivo, o direito positivado na Constituição de 1988.

¹⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2006. p. 06.

Considerações finais

É incontestável que o Constituinte elegeu a PESSOA como figura principal na Constituição Federal de 1988. Ela é o fundamento da sociedade. Onde houver pessoas, lá existirá a necessidade de organizá-las para que vivam dignamente.

E o que é a dignidade da pessoa humana senão a possibilidade do ser humano poder viver incólume, sem a ameaça da fome, da doença, da miséria, da ignorância, do medo. Uma vida digna é o que a sociedade deveria galgar tendo o Estado e o Direito como instrumentos para a concretização do seu objetivo.

O Estado brasileiro tem o dever de promover a dignidade das pessoas, pois este é um dos alicerces no qual pautou sua criação. Mas a sociedade é também a responsável em buscar sua dignidade por meio da participação popular.

Se a personagem principal deste estudo é a pessoa, o cenário escolhido é aquele que se faz fundamental para sua existência: a saúde. E promover o direito à saúde é dispendioso aos cofres públicos, como é qualquer outro direito.

O Poder Público tem o dever de prover o acesso igualitário e universal ao direito à saúde, principalmente porque grande parcela da sociedade é carente de recursos e de educação (que também é saúde). Quando a Administração pública se esquivava do dever prestacional de saúde, cabe ao Judiciário agir (quando provocado) para restabelecer a efetivação do Direito à Saúde, dentro dos parâmetros constitucionais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. Editora Malheiros: São Paulo, 2006.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde**: concretização do princípio constitucional da dignidade

da pessoa humana. ARGUMENTUM - Revista de Direito. Marília, n.10 p. 295-318. 2009. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1045>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível**. Revista De Direito Público. Londrina. v.4, n.2. p.12-28. 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10750/9401>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais: Sobre a insuficiência do reconhecimento e da previsão legal e a necessidade de mais efetividade**. Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama. v. 9, n.1. p.7-26. 2006. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/87>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

BOCARDI, Nathália; MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Ação civil pública na implementação dos direitos fundamentais**. Revista Idea. Uberlândia. v. 1, n.2. p. 1-18. 2010. Disponível em: <http://www.esamcuberlandia.com.br/RevistaIdea/2/artigos/2010v1n2arto6.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 04 maio 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. Saraiva. São Paulo. 2. ed. locais do Kindle 4-6. 2015. Edição do Kindle.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 54, p.28. p. 1-8. 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/12141687/A_efic%C3%A1cia_dos_direitos_fundamentais_sociais. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

COSTA, Hosana Maria Cardoso. **O ativismo judicial como meio de efetivação do direito à saúde**. Trabalho de Conclusão de Curso - Bacharelado em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Caicó. p. 1 - 28. 2005. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1716/1/Oativismojudicial_Artigo.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. **Processo constitucional e direitos fundamentais:** ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais. v.71, n. 2 p. 63-91. 2009. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/530.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia.** Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2014.

NICOLODI, Muriel Clève. **Critérios e parâmetros para a atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.** Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba. p. 1-110. 2013. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-_muriel.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

PIMENTA JUNIOR, Rubens Alves; NEVES, Helen Correa Solis. **A efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração pelo poder judiciário.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia. v.42, n. 2. p. 318- 347. 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/26097>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

PIOVESAN, Flavia; STANZIOLA Vieira, Renato. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no brasil:** desafios e perspectivas. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Sevilha. v. 8, n. 15. p. 128-146. 2006. Disponível em: <https://revistascientificas.u.es/index.php/araucaria/article/view/1117>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre. p. 1-63. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/ano/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

_____, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Livraria do Advogado 8ª ed. Porto Alegre. 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia:** campo de tensão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia / Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. Curitiba. v.6, n.6. p. 114-124. 2009. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/6>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Companhia das Letras. 1 ed. 2010. Edição do Kindle.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **O mandado de segurança e seu papel na efetivação dos direitos fundamentais.** Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa. v. 5, n. 10. p. 187-204. 2014. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/manda-do-seguranca-seu-papel-el-756345733>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde:** o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2010. Edição do Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí. v.8, n. 2. p.257-301. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

Democracia deliberativa: uma sugestão ao modelo democrático atual do Brasil

Elaine Kristina Krinski Silveira Gliese

Introdução

Início esse artigo com o questionamento de Álvaro Vita: “*sob que condições é de se esperar que a democracia produza resultados políticos justos?*”. Mesmo não se tratando da problemática deste estudo, concordo com VITA que a pergunta encontra respaldo na teoria da democracia deliberativa.

A proposta deste estudo, fundamentada na teoria da democracia deliberativa nas concepções de HABERMAS e BOHMAN, é sugerir a adoção da política deliberativa para a democracia brasileira, nos moldes traçados por aqueles autores.

A democracia deliberativa de Jürgen Habermas e James Bohman é um processo de deliberação política democrática, pautada na participação da sociedade no debate dos temas que lhe afetam e na argumentação racional, para formação da opinião pública.

Para HABERMAS, o discurso resultante desta deliberação resulta na aplicação de medidas mais eficientes e condizente com os anseios daquela sociedade. A deliberação permite que as medidas não se corroam com o tempo, haja vista que a participação dos cidadãos permite a evolução do diálogo na atualização das demandas. BOHMAN prefere o diálogo ao

discurso, dando um caráter mais abrangente a apresentação de argumentos, os quais não tem a obrigatoriedade de serem consensuais.

A partir deste modelo de democracia, nos parece interessante questionar: Esse modelo democrático, se aplicado no Brasil, resultaria em decisões mais justas? Este ensaio pretende mostrar que sim, que a participação dos cidadãos e das instituições no processo deliberativo geram decisões mais justas.

Para execução deste estudo empregamos a pesquisa bibliográfica, bem como consulta a artigos e periódicos. O ensaio se subdivide em três itens. No primeiro, fazemos explanação acerca da democracia deliberativa no diálogo de HABERMAS e BOHMAN. Em seguida, adentramos no segundo item no qual traçamos o percurso da transição do regime político no Brasil e a consolidação da democracia. Por fim, apresentamos a sugestão da democracia deliberativa (na ótica de HABERMAS e BOHMAN) como regime democrático a ser aplicado no Brasil.

1. Democracia deliberativa e o diálogo entre Habermas e Bohman

A teoria comunicativa de Jürgen Habermas (1984) é um marco na discussão entre as teorias da democracia. O autor traz para o cenário democrático uma relação na qual os sujeitos, através da linguagem e de suas interpretações culturais, buscam o entendimento entre si, sobre algo do mundo da vida. Esta ação comunicativa explica “*a participação popular (por grupos, conselhos etc.), na esfera pública, como condição para a solução de patologias oriundas das sociedades capitalistas contemporâneas*”¹.

A esfera pública é o cenário ao qual se trazem os temas pertinentes, os quais são analisados e discutidos, para então, se formarem as opiniões públicas. HABERMAS, descreve a esfera pública como “*uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões*”, na qual

¹PINTO, José Marcelino de Rezende. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar*. 1995. p. 94.

“os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”.²

BARROS³ salienta a descrição de HABERMAS, ressaltando que os temas trazidos à esfera pública “*devem ser fundamentados na capacidade de argumentação racional com opinião baseada na razão.*”. Ela segue argumentando que as escolhas feitas pelos cidadãos não são estáticas e, em razão disso, ocorrem modificações ao longo tempo:

(...). As preferências dos cidadãos e a possibilidades de escolha não são estáticas, mas constantemente modificadas pelo debate público ou processo político. O autor defende que somente o poder gerado comunicativamente é capaz de se legitimar.

HABERMAS concebe uma teoria de democracia deliberativa fundamentada no poder pela comunicatividade.

A política deliberativa, segundo LUBANOW⁴, pode ser entendida como “*um meio termo*” alternativo às políticas dos modelos liberal (interesses particulares, liberdades individuais) e republicano (vontade geral, soberania popular).

FARIA⁵ escreve que HABERMAS “*define a política deliberativa por meio de duas vias: a formação da vontade democraticamente constituída em espaços institucionais e a construção da opinião informal em espaços extra institucionais.*”. A existência de um governo legítimo se dá na inter-relação entre esses dois espaços. A autora assevera:

(...). Em que pese o fato de só o sistema político ter poder para agir enquanto subsistema especializado em tomar decisões vinculantes, as estruturas comunicativas da esfera pública reagem como sensores às pressões dos problemas que perpassam toda a sociedade e estimulam opiniões influentes. A opinião

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume II. 1997. p.92.

³ BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos, A importância do conceito de esfera pública de Habermas para a análise da imprensa - uma revisão do tema. 2008. p.28

⁴ LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas**. Modelo teórico e discursos críticos. 2010. p. 231.

⁵ FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa**: Habermas, Cohen e Bohman. 2000. p.49.

pública, transformada em poder comunicativo, segundo os procedimentos democráticos, não pode reger o sistema administrativo, mas pode direcioná-lo.

Ainda, segundo FARIA⁶, o quadro apresentado por HABERMAS para demonstrar os processos de comunicação e de decisão do sistema político é relação do tipo centro-periferia: a) no centro estão a administração, o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade, formando o núcleo do sistema político; e, b) na periferia, está a esfera pública composta por associações formadoras de opinião, especializadas em temas e em exercer influência pública.

HABERMAS⁷ aduz que “*a auto compreensão normativa da política deliberativa promove um modo discursivo de socialização para a comunidade jurídica, o qual, porém, não se estende à totalidade da sociedade*”. Neste ínterim, o autor explica que o sistema político é um sistema de ação ao lado de outros e não um modelo estrutural da sociedade.

Ele ainda ressalta:

(...). As comunicações políticas, filtradas deliberativamente, dependem das fontes do mundo da vida - de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida, especialmente das iniciativas de associações que formam a opinião - as quais se formam e se regeneram quase sempre de modo espontâneo, dificultando as intervenções diretas do aparelho político.⁸

A racionalidade é fator fundamental para HABERMAS⁹. Para ele, “*o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante*”, assim ele defende que “*a política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma qualidade racional de seus resultados.*”.

⁶ FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa**: Habermas, Cohen e Bohman. 2000. p.49.

⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II. 1997. p.25.

⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II. 1997. p.25.

⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II. 1997. p.28.

Para que a política deliberativa alcance resultados e solucione um dado problema social, FARIA¹⁰ aponta alguns itens:

(a) *argumentação*, ou seja, intercâmbio regulado de informações e de razões entre partes que introduzem e examinam criticamente propostas; (b) *publicidade e inclusividade*: ninguém pode, a princípio, ser excluído. (...); (c) *ausência de coerção externa*: os participantes são soberanos na medida em que só se encontram vinculados aos pressupostos da comunicação e às regras procedimentais de argumentação; (d) *ausência de coerção interna*: cada participante tem oportunidade igual de ser ouvido, de introduzir novos tópicos, fazer propostas e contribuições, assim como de criticar aquilo que foi proposto. (...); (e) *acordos racionalmente motivados* que podem ser, a princípio, desenvolvidos sem restrições ou retomados em qualquer momento. (...); (f) *regulação de todos os assuntos* tendo em vista o interesse igual de todos. Isto implica que certos temas e objetos, tradicionalmente considerados “privados”, possam ser submetidos à discussão. (...); (g) *extensão das deliberações políticas à interpretação de necessidades e à transformação de preferências e enfoques pré-políticos*. Aqui, a força consensual dos argumentos não se apoia em um acordo sobre valores previamente desenvolvidos nas tradições e formas de vida comuns.

Neste modelo, todo assunto que a sociedade julgar importante, será trazido para discussão. Não haverá a discriminação de participantes ou temas e todos os atos serão publicados de forma que todos tenham acesso as informações decorrentes.

A política deliberativa idealizada por HABERMAS, concebe o poder comunicativo como a solução a orientar o poder administrativo. A democracia deliberativa apresenta uma alternativa à democracia representativa, defendendo outras vias de participação política, permitindo à sociedade uma evolução na discussão dos temas que lhes são afetos, permitindo assim, maior eficiência na implantação de programas pelo poder público.

James Bohman não se contrapõem a ideia de que a democracia parte da deliberação. Para o autor, o meio democrático pelo qual se alcançam os

¹⁰ FARIA, Cláudia Feres. *O que há de radical na teoria democrática contemporânea*: análise do debate entre ativistas e deliberativos. 2010. p.102.

resultados não é o voto ou qualquer outro mecanismo agregador, mas a atividade social conjunta da deliberação.

Para ele a democracia deliberativa, refere-se a qualquer problema proposto, analisado pelas diversas perspectivas, segundo a qual a deliberação pública de cidadãos livres e iguais é o cerne da tomada de decisões políticas.

FARIA¹¹ escreve que deliberação, na visão de BOHMAN, “*é um processo de intercâmbio de razões cujo objetivo é solucionar situações problemática que não seriam resolvidas sem a coordenação e a cooperação impessoal*”.

Uma das principais divergências que BOHMAN apresenta à concepção de HABERMAS sobre deliberação é que para ele a deliberação se torna pública pelo diálogo e não pelo discurso. BOHMAN não concorda com a formação de um consenso.

Ainda em FARIA¹² encontramos a distinção entre diálogo e discurso:

A distinção entre diálogo e discurso separa a visão dialógica de Bohman da explicação discursiva de Habermas da política deliberativa: para Bohman, o discurso demanda mais que o diálogo, pressupondo acordos unânimes sobre regras básicas e padrões de justificação racional e, assim, só se torna aberto, em princípio, quando os pressupostos requeridos para a participação ativa dos cidadãos sejam muito altos. Já o diálogo não requer expertise epistêmica específica, tornando-se aberto a todos os cidadãos que desejam formatar o resultado da deliberação.

Para AVRITZER¹³, Bohman tenta associar elementos dialógicos com uma ideia de razão pública e, simultaneamente, de unir os públicos informais com um componente capaz de institucionalizar a deliberação pública. AVRITZER escreve:

¹¹ FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa**: Habermas, Cohen e Bohman. 2000. p.59.

¹² FARIA, Cláudia Feres. **O que há de radical na teoria democrática contemporânea**: análise do debate entre ativistas e deliberativos. 2010. p. 109.

¹³ AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. 2000. p.42.

(...). Bohman vai além de Habermas, na medida em que critica os limites da influência do público no sistema político: a deliberação ocorre na medida em que os participantes em atividades conjuntas reconhecem que eles influenciaram e contribuíram para que certos desfechos ocorressem.

Em complemento a essa ideia, KRISCHEK¹⁴ diz que “a democracia é vista, como uma “hipótese prática”, já que as instituições democráticas “colocam sob controle o desenvolvimento dos sistemas sociais, através de uma institucionalização do discurso efetivamente político”.

O ideal deliberativo da democracia, segundo BOHMAN¹⁵ exige muito da capacidade e disposição dos cidadãos em expressarem publicamente suas próprias razões e considerar as razões públicas dos outros. Isso implica em um ideal de igualdade. Na democracia deliberativa, os cidadãos produzem suas próprias leis através de um processo de discussão e debate público.

Mesmo em meio as críticas a respeito da natureza da deliberação todos os defensores dessa concepção argumentam que a publicidade do processo de deliberação torna as razões de uma decisão mais racional e seus resultados mais justos. O autor sugere aí, a institucionalização da soberania popular por meio da regra da maioria.

HABERMAS e BOHMAN compartilham da versão deliberativa da democracia, entretanto, o desacordo entre ambos reside na operacionalização deste conceito.

2. A transição do regime político no Brasil e a consolidação da democracia

A implantação de um regime democrático não decorre naturalmente pelo fim de um período obscuro e autoritário (MOISES¹⁶). O processo de transição de um regime político para outro, decorre da volatilidade dos

¹⁴ KRISCHEK, Paulo. Regime ou cultura no estudo da democratização. 2000. p.127.

¹⁵ BOHMAN, James.; REHG, William. *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997.

¹⁶ MOISES, José Álvaro. Dilemas da consolidação democrática no Brasil. 1989.

anseios da sociedade ao longo do tempo e espaço e da capacidade dos cidadãos em exigir sua participação nas decisões políticas.

Partindo do contexto histórico nacional - da monarquia à república - a intenção de um regime democrático, ainda que sutil, surge no Brasil. Entretanto, com uma ideia simplista de democracia (apenas como eleição de líderes) que, nem de perto, estabeleceu um governo democrático.

Nos 130 anos que se passaram desde a proclamação da república, passamos pela ditadura de Floriano Peixoto, pelas listas eleitorais, pelo estado de sítio de Artur Bernardes, pela ditadura de Vargas, pelo processo eleitoral fraudulento, o regime ditatorial-militar (1964-1989), a censura da imprensa, a imposição de políticas voltadas ao mercado, o enfraquecimento do Estado Social. Enfim, fatos que divorciam Estado e sociedade, distanciando cada vez mais a democracia dos brasileiros.

CODATO¹⁷ resume a história política da transição brasileira abordando os aspectos mais significativos da transição política (1974-1989) e da consolidação democrática (1989-2002). Ao relatar os períodos do regime ditatorial-militar e da consolidação do regime liberal-democrático o autor diz que “*não houve propriamente uma ruptura com o autoritarismo, mas uma transformação – lenta, segura e gradual – da forma de governo*”. Ele ressalta que “*o último governo do regime ditatorial-militar, encerrou ao estabelecer a hegemonia política do partido de oposição (1986), promulgar uma Constituição (1988) e realizar uma eleição popular para Presidente (1989)*”¹⁸.

A era democrática que iniciava, erigia da Constituição de 1988. Esta, com uma Constituinte formada na maioria por partidos conservadores, também contou com a participação da ala progressista. Como resultado, um texto completo em termos de garantias fundamentais, disposição de direitos sociais, liberdade de expressão e, embora tenha restabelecido a

¹⁷ CODATO, Adriano Nervo. **Uma história política da transição brasileira**: da ditadura militar à democracia. 2005. p.83-101.

¹⁸ CODATO, Adriano Nervo. **Uma história política da transição brasileira**: da ditadura militar à democracia. 2005. p.100.

independência dos três poderes, permitiu uma hipertrofia do poder Executivo¹⁹.

O novo texto constitucional colidia com ideal neoliberalista²⁰ que vinha dominando o cenário mundial na década de 80. Em pouco tempo, após sua promulgação, a Constituição de 1988 já era alvo de críticas e apontada como inchada e inaplicável.

Os ajustes ao modelo neoliberalista iniciaram já no governo Collor (1989), que envolto em notícias de corrupção e sem êxito em frear a inflação, que vinha aumentando descontroladamente, sofreu impeachment e foi sucedido pelo então vice-presidente Itamar Franco (1992).

A política neoliberalista ficou mais robusta no governo de Fernando Henrique Cardoso (1994), lhe rendendo créditos pela estabilização da inflação desenfreada, herdada do governo anterior. Em razão disso, Fernando Henrique Cardoso foi reeleito em 1998.

Entretanto, os ajustes adotados não foram suficientes para resolver a crise interna. O baixo investimento do Estado no bem-estar social, aliado a submissão ao mercado externo, foram decisivos para que a oposição elege-se Luiz Inácio Lula da Silva (2002), que trazia um discurso de inclusão e redistribuição de renda.

¹⁹ A “consolidação democrática” deu-se em um quadro institucional peculiar. O cenário resultante da nova Constituição conjugou o presidencialismo como a forma de governo, o federalismo como a fórmula de relação entre o Estado central e as unidades subnacionais (MAINWARING, 1997), a coalizão política como a fórmula de governabilidade (ABRANCHES, 1988), tudo isso apoiado sobre um sistema partidário fragmentado (NICOLAU, 1996), pouco institucionalizado e demasiadamente regionalizado (ABRUCIO, 1998). Essa combinação institucional – ou, para alguns, essa deformação institucional – conduziu no final das contas o processo de transição para o seguinte ponto: uma democracia eleitoral, um Executivo imperial e um regime congressional que atua ora como colaborador, ora como sabotador das iniciativas do Presidente, ator central do sistema político. (CODATO, Adriano Nervo. **Uma história política da transição brasileira**: da ditadura militar à democracia. 2005. p.85.)

²⁰ O neoliberalismo é definido como estratégia política que visa reforçar uma hegemonia de classe e expandi-la globalmente, marcando o novo estágio do capitalismo que surgiu na década de 1970. Ele se caracteriza por uma ordem social em que uma nova disciplina é imposta ao trabalho e novos critérios gerenciais são estabelecidos, servindo-se de instrumentos como o livre comércio e a livre mobilidade de capital. Seus métodos atuais são: a. Privatização e mercadização: pela transferência de ativos do domínio público e popular aos domínios privados. b. Financeirização: marcada pelo estilo especulativo e predatório. c. Administração e manipulação de crises. d. Redistribuições via Estado. Uma vez neoliberalizado, o Estado contribui para reverter o fluxo redistributivo em direção das classes altas, realizando privatizações, códigos tributários regressivos, subsídios e isenções fiscais a pessoas jurídicas e direcionamento de verbas públicas para beneficiar grandes corporações. (ANDRADE, Daniel Pereira. **O que é o neoliberalismo?** A renovação do debate nas ciências sociais. 2019. p. 222- 223.)

O novo governo não abdicou totalmente da política neoliberalista, no entanto, passou a investir no mercado interno e em políticas inclusivas e distributivas. O país experimentou pela primeira vez, desde a Nova República, um crescimento no desenvolvimento econômico-social. Lula foi reeleito em 2006.

Em 2011 ascende a presidência do Brasil a primeira mulher, Dilma Rousseff. Ligada ao mesmo partido político que Lula, tinha como objetivo dar seguimento as políticas já implementadas. Reeleita em 2014, o novo governo de Dilma é marcado por “pedaladas fiscais” e notícias de corrupção, que a levam ao impeachment. Michel Temer, vice-presidente, assume a presidência (2016) e retoma a política neoliberalista, nos moldes da década de 90.

Emergindo de um discurso populista, com a promessa de acabar com a corrupção e governar para o povo, Jair Bolsonaro é eleito em 2018. Ainda em fase inicial, seu governo segue o plano neoliberal.

Analisando esse percurso de transição política no Brasil, insurge uma questão: a democracia se consolidou? Partindo da “Nova República”, observamos que a partição do povo nas decisões políticas está concentrada apenas na eleição de representantes.

Ainda que institucionalizada pela Constituição Federal de 1988, a participação popular nas decisões políticas nacionais são fracas e não conseguem superar a voz das grandes corporações e de lobbies que exercem maior influência nos Poderes.

A imposição de medidas pelo governo - muitas vezes em benefício de poucos e detrimento de muitos – sob o argumento de que são necessárias para o ajuste das contas públicas, ocorrem sem a deliberação necessária.

O excesso de poder conferido (pela própria Constituição Federal de 1988) ao Executivo o torna o “senhor” das decisões. A história política nacional demonstra que Executivo e oposição sempre estiveram em uma relação de embate e sem qualquer diálogo. LOBATO²¹ critica esta falta de

²¹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Política, constituição e justiça**: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. 2001. p.48.

diálogo entre governo e oposição indicando que, como resultado disso, o Judiciário se torna o árbitro desse embate:

No Estado democrático a decisão política deve ser o resultado de um amplo debate entre governo e oposição. No presidencialismo brasileiro, contudo, o jogo político tende a uma relação do tudo ou nada, ou seja, o governo procura impor a sua política, procurando esquivar-se do debate democrático entre os poderes do Estado. Numa tal conjuntura não resta à oposição e à sociedade civil organizada outra alternativa senão se socorrer no poder Judiciário, na esperança de resistir a uma política governamental imposta unilateralmente. O poder Judiciário assume assim a tarefa de árbitro do debate democrático encontrando na Constituição o parâmetro para as suas decisões. As questões políticas, não resolvidas pelo debate democrático, serão trazidas ao poder Judiciário através do controle da constitucionalidade das leis e das ações de constitucionais de proteção dos Direitos Fundamentais.

Apesar de se ter no Judiciário um filtro às decisões políticas unilaterais, é verdade que nem todas essas decisões passarão pelo seu crivo. Considerando que o Brasil é uma república democrática, implantar uma medida política contrária a demanda popular e supressora dos seus Direitos Fundamentais, é uma afronta a Constituição Federal e o consequente enfraquecimento da democracia.

Desde a realização da primeira eleição direta no Brasil, o povo brasileiro não experimentou, de fato, o exercício da democracia. Inclusive, se analisarmos o desempenho dos representantes eleitos desde então, podemos concluir que eles não representaram a vontade popular e sim, submeteram o povo às exigências do mercado.

A ausência de diálogo com oposição e sociedade civil, aliada a falta de investimento no desenvolvimento social resultaram no crescimento da desigualdade e, esse abismo entre classes, abriu caminho para o avanço de graves problemas sociais (violência, corrupção, racismo, intolerância religiosa, preconceito em razão de orientação sexual). Não houve (ou se houve, foi insuficiente) investimentos consideráveis para formação de uma sociedade livre e igual. As decisões políticas até hoje implementadas

buscaram apenas preparar espaço para a expansão de mercados. Nesse processo, o povo é apenas um meio de produção.

Movimentos contrários a estes desmandos emergem, mas não se sustentam diante do poder do governo. Essa situação leva, segundo LOBATO²², a “ruptura institucional” quebrando o espaço democrático e abrindo espaço para a opressão. Ele afirma ainda que *“não resta ao cidadão outra alternativa que não a resistência – inicialmente através das manifestações públicas de repúdio a uma política governamental que se distancia das expectativas populares”*.

Em meio aos movimentos democráticos que lutam pela participação do povo na escolha de medidas coerentes com as necessidades da sociedade, emergem grupos oportunistas que unidos a uma mídia suspeita, disseminam o discurso autoritário.

Impera concordar com CODATO que não houve uma ruptura com o autoritarismo. Mas a lenta, segura e gradual transformação na forma de governo, não foi capaz de consolidar a democracia no Brasil. Em termos de consolidação da democracia, o Estado brasileiro ainda está “engatinhando”.

3. Consolidação da democracia no Brasil: a democracia deliberativa como sugestão

Apresentada a teoria da democracia deliberativa de HABERMAS e BOHMAN e o percurso da transição política brasileira, passamos agora a analisar se tal teoria seria uma sugestão plausível para a consolidação da democracia no Brasil.

Quando HABERMAS apresenta um cenário democrático no qual os sujeitos se entendem através da linguagem e de suas interpretações culturais, ele afirma que a participação popular nas decisões políticas pode ser

²² LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Política, constituição e justiça**: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. 2001. p.47.

a “*solução de patologias oriundas das sociedades capitalistas contemporâneas*”²³.

Da conjuntura política brasileira atual podemos constatar que a mazelas apontadas por HABERMAS, de fato, geraram um profundo avanço na desigualdade. Infelizmente, os mecanismos constitucionais não foram aplicados coerentemente para amenização deste problema.

Nesse ínterim, OLIVEIRA²⁴ destaca que:

O diálogo entre conselhos gestores e poderes locais é essencial à democratização de políticas sociais e deve gozar de efetiva reciprocidade. Deve, ainda, encontrar no interesse público sua orientação fundamental. Entretanto, as relações conselho-sociedade e conselho-poderes são limitadas, respectivamente, pelas culturas cívica e política nacionais. A primeira traduz-se em desarticulação social, minando a representatividade dos órgãos. A segunda, marcada pela inércia do autoritarismo, do patrimonialismo e do clientelismo, reforça a resistência dos governos em partilhar poder decisório, em acatar deliberações contrárias à sua vontade, em publicizar suas ações e em permitir a livre designação da representação social.

O texto constitucional brasileiro tem previsão expressa da participação popular nas decisões políticas, seja por audiências públicas, conselhos de políticas públicas, participação orçamentária. Isso sem mencionar a gama de liberdades aos cidadãos para se organizarem, realizarem manifestações. O exercício da democracia no Brasil está regulamentado e não se resume ao voto.

Cabe salientar aqui, que baseados na teoria da democracia deliberativa, nas percepções de HABERMAS e BOHMAN, a figura dos conselhos sozinha, não representa os cidadãos. Os conselhos são instituições das quais alguns cidadãos participam. VARGAS²⁵ adverte para a natureza legal dos conselhos:

²³ PINTO, José Marcelino de Rezende. **A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar.** 1995. p. 94.

²⁴ OLIVEIRA, Virgílio César da Silva e; PEREIRA, José Roberto; OLIVEIRA, Vânia A. R. de. **Os conselhos gestores municipais como instrumentos da democracia deliberativa no Brasil.** 2010. p.434.

²⁵ VARGAS CORTES, Soraya; GUGLIANO, Alfredo. **Entre neocorporativistas e deliberativos: uma interpretação sobre os paradigmas de análise dos fóruns participativos no Brasil.** 2010. p. 68.

No caso dos conselhos as linhas gerais que definem seu papel institucional nas várias áreas de política pública, quem deles pode participar e, principalmente, a própria existência dos fóruns, é definida legalmente. O acesso aos fóruns não é facultado a todos os cidadãos. Apenas os representantes das organizações designadas por lei, mais frequentemente, ou por decreto do Poder Executivo municipal ou estadual, podem ser considerados como integrantes plenos, com direito à voz e voto. A agenda em discussão é setorial, em geral, sofre forte influência da dinâmica de funcionamento da área de política pública a que estão afetos.

A realidade fática da história política brasileira tem se mostrado tumultuosa e como resultado disso, atualmente, passa por um profundo descontentamento com a classe política, descrédito em relação as instituições públicas, a interferência da mídia junto ao processo eleitoral, que geram aos cidadãos um sentimento de impotência e revolta contra o Estado.

Em nota, LÜCHMANN²⁶ enfatiza esse descontento:

O Estudo Eleitoral Brasileiro (ESEB), realizado em 2002, mostra que quase dois terços dos brasileiros (62%) estão insatisfeitos com o funcionamento da democracia no país, sendo que praticamente a metade dos entrevistados (46%) abriria mão do voto se esse não fosse um direito de exercício obrigatório. Além disso, a pesquisa revela que mais da metade dos eleitores (54%) não se lembrava dos candidatos escolhidos para a Câmara dos Deputados e para as Assembleias Estaduais, sem levar em consideração os equívocos. Esse desinteresse pode ser explicado por outros dados: 71% entendem que senadores e deputados federais não representam, ou representam muito pouco, o que pensam os eleitores. E 83% afirmam que os políticos são corruptos sempre ou na maior parte do tempo (Martins Júnior & Dantas, 2004, p. 270).

A política deliberativa, nesse caso, pode ser uma sugestão para solucionar a falência do regime atual, uma vez que, pode equalizar às políticas dos modelos liberal e republicano. Ao adotar um regime deliberativo, com

²⁶ LÜCHMANN, Lígia Helena. Democracia deliberativa, pobreza e participação política. 2007. p. 183.

participantes livres e iguais, os brasileiros poderiam experimentar resultados mais justos e equilibrados nas decisões políticas do país.

Os temas pertinentes à sociedade brasileira seriam a trazidos à baila da discussão para serem argumentados racionalmente num intercâmbio de informações e por diferentes perspectivas. A participação nas deliberações seria de natureza inclusiva, num ideal de igualdade e publicidade. Os participantes não sofreriam qualquer tipo de coerção que os impedissem de se expressarem num diálogo que possa, ou não, levar a um consenso.

Tendo em mente a dimensão continental do país, bem como a complexidade de uma sociedade multicultural, os temas discutidos poderiam ser retomados na medida que a sociedade evolui ao longo do tempo. Qualquer assunto afeto a sociedade brasileira seria discutido sem a discriminação dos participantes ou dos temas. Os resultados desta discussão tornar-se-iam públicos para a formação da opinião pública, a qual o Poder Público estaria vinculando.

Concordando com BOHMAN, mesmo havendo severas críticas ao modelo deliberativo, principalmente quanto a procedimentalização, a publicidade do processo torna as razões de uma decisão mais racional e seus resultados mais justos. Por esse processo, a legitimidade das decisões do governo estaria assegurada.

Considerações finais

O artigo apresentou a democracia deliberativa idealizada por HABERMAS e BOHMAN. Assim sendo, não exaurimos todos os estudos envolvidos, empreendidos por outros teóricos (críticos ou não), a respeito do tema. Também não nos aprofundamos na questão da abstração e procedimentalização que envolvem o tema. HABERMAS e BOHMAN concebem a democracia a partir do modelo deliberativo da democracia. Os autores divergem na operacionalização deste conceito.

A implantação do regime democrático no Brasil não decorreu da ruptura com o autoritarismo, mas uma transformação gradual da forma de

governo. Em termos de consolidação da democracia, o Estado brasileiro é raso dizer que o Brasil vive, efetivamente, uma democracia.

Da ideia deste artigo, algumas questões emergiram e nos direcionam a pensar outros aspectos que envolveriam a aplicação da política deliberativa no Brasil: Estariam os governantes abertos a essa mudança de paradigma? A atual população brasileira teria condições de participar de um debate com argumentos racionais? A adoção do modelo deliberativo, dentro da democracia representativa seria possível? O Poder Público estaria aberto ao diálogo com os demais atores? No caso da adoção da democracia deliberativa, como lidar com a mídia nacional? Estas questões merecem, futuramente, um aprofundamento do tema.

No recorte pretendido, o ensaio buscou demonstrar que a adoção do modelo deliberativo no Brasil (numa situação ideal) resultaria num exercício efetivo da democracia pelos brasileiros, que participando das discussões dos temas relevantes aquela sociedade, seriam destinatários de decisões políticas mais eficientes e justas.

Referências

- ANDRADE, Daniel Pereira. **O que é o neoliberalismo?** A renovação do debate nas ciências sociais. Soc. estado., Brasília, v. 34, n. 1, p. 211- 239, Jan. 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922019000100211&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-6992-201934010009>.
- AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública**. Lua Nova. n°49. 2000. Acesso 13 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67313606004>> ISSN 0102-6445.
- BARREIROS, Jaime Neto. **Democracia deliberativa e reforma política no Brasil: tendências e possibilidades**. Brasil Jurídico. 2015. Acesso em 03 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/democracia-deliberativa-e-reforma-politica-no-brasil--tendencias-e-possibilidades.-por-jaime-barreiros>.
- BOHMAN, James.; REHG, William. **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge: MIT Press, 1997.

CODATO, Adriano Nervo. **Uma história política da transição brasileira:** da ditadura militar à democracia. 2005. p.83-101.

FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa:** Habermas, Cohen e Bohman. Lua Nova. nº49. 2000. Acesso 13 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67313606004>> ISSN 0102-6445.

_____, Cláudia Feres. **O que há de radical na teoria democrática contemporânea:** análise do debate entre ativistas e deliberativos. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v.25, n. 73, p. 101-111, Jun. 2010. Acesso 13 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-6909201000020006&lng=en&nrm=iso>. <http://dx.doi.org/10.1590/So102-6909201000020006>.

HABERMAS, Jürgen, 1929 - **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume II / Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KRISCHKE, Paulo. **Regime ou cultura no estudo da democratização.** Lua Nova. nº49. 2000. Acesso 13 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67313606004>> ISSN 0102-6445.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Política, constituição e justiça:** os desafios para a consolidação das instituições democráticas. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 17,p. 45-52, Nov. 2001 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-44782001000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 de agosto de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So104-44782001000200005>.

LÜCHMANN, Lígia Helena. **Democracia deliberativa, pobreza e participação política.** Rev. Política & Sociedade, nº:11, out. 2007. Acesso em 03 de setembro de 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/12781207>.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. **Democracia Deliberativa:** Origens, Tensões e Conceitos Fundamentais. Cambiassu – edição eletrônica Revista Científica do Departamento de Comunicação Social da Universidade Federal do Maranhão - UFMA - ISSN 2176 - 5111 São Luís - MA, Jan/Jun de 2010 - Ano XIX - Nº 6. Disponível em <http://www.cambiassu.ufma.br/cambiz2010.1/jamil.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2019.

- MELO, Rúrio Soares. **O uso público da razão como procedimento**: pluralismo, discurso e democracia em Habermas. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Curso de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2004. 170 p.
- MOISES, José Álvaro. **Dilemas da consolidação democrática no Brasil**. Lua Nova, São Paulo, n. 16, p. 47-86, Mar.1989. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-64451989000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 de agosto de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So102-64451989000100003>.
- OLIVEIRA, Virgílio César da Silva e; PEREIRA, José Roberto; OLIVEIRA, Vânia A. R. de. **Os conselhos gestores municipais como instrumentos da democracia deliberativa no Brasil**. Cadernos Ebape. BR, v. 8, nº 3, artigo 3, Rio de Janeiro, Set. 2010. Acesso em 03 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v8n3/a04v8n3>.
- PAULO, Alberto Neto. **Entre o consenso e a contestação no Estado Democrático de Direito**: uma interlocução entre a teoria democrática de J. Habermas e P. Pettit. Tese (Doutorado em Filosofia) – Curso de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015. 195 p.
- RIBEIRO, Hélcio. **Democracia deliberativa, sociedade civil e reforma política no Brasil**. Scientia iuris, Londrina, v.19, n.2, p.33-50, dez.2015. Acesso em 03 de setembro de 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p33
- ROUANET, Luiz Paulo. **Sobre o caráter "abstrato" da democracia deliberativa**. Trans/Form/Ação, Marília, v. 36, n. spe, p. 177-194, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So101-31732013000400011&lng=en&nrm=iso>. Acesso 13 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So101-31732013000400011>.
- VARGAS CORTES, Soraya; GUGLIANO, Alfredo. **Entre neocorporativistas e deliberativos**: uma interpretação sobre os paradigmas de análise dos fóruns participativos no Brasil. Sociologias. 2010. Acesso em 03 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819546004>. ISSN: 1517-4522.
- VITA, Álvaro de. **Democracia e justiça**. Lua Nova, São Paulo, n. 50, p. 5-23, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-6445200000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So102-6445200000200002>.

Atuação judicial contramajoritária, entre a judicialização da política e o ativismo judicial: fundamentos de legitimação da decisão judicial adequada

1

Nathan de Freitas Fernandes

1. Introdução

A Constituição de 1998 adotou a democracia como regime de governo, o que se extrai de forma patente da previsão de seu art. 1º, parágrafo único, no bojo do qual assenta-se que “todo o poder emana do povo”, regime esse que se rege pelo princípio majoritário, regra segundo a qual são consideradas decisões coletivas as decisões aprovadas pela maioria.

No entanto, ante a possibilidade de tensões entre o constitucionalismo, entendido como a limitação ao poder do estado, e a democracia, enquanto expressão da soberania popular, surge a necessidade de garantia das minorias a fim de não ver esfacelado seu plexo de Direitos Fundamentais, que encontra na atuação contramajoritária do Poder Judiciário do Poder Judiciário o “espaço” para tal postulação.

Tais contingências, associadas à necessidade de efetivação das promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito, bem como à

¹ Trabalho apresentado em cumprimento às exigências da disciplina Jurisdição Constitucional e Processo. Professor Dr. William Soares Pugliese. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU. Outubro de 2019.

ineficiência dos demais poderes constituídos, surge, de forma contingencial, a judicialização da política, figura que não se equivale ao ativismo judicial, que se pauta na substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador, e que, portanto, dada sua discricionariedade, retiraria a legitimidade de tal atuação.

Isso posto, a celeuma passa a se fundar nos limites de tal atuação judiciária, isto é, até onde o poder judicante, de fato, encontrar-se-ia constitucionalmente legitimado a exercer tal controle sobre os demais poderes constituídos.

Para desenvolvimento do presente trabalho foi empregado procedimento metodológico calcado na análise documental e bibliográfica, por meio de pesquisa de material doutrinário, mediante a utilização a elaboração de fichamentos e resumos estendidos.

Quanto ao desenvolvimento, este artigo será estruturado em três itens, sendo que no primeiro será brevemente abordada a questão atinente à intervenção judicial contramajoritária e sua legitimação; no capítulo seguinte, serão brevemente abordados os institutos da judicialização da política e do ativismo judicial, a fim de traçarmos distinções entre ambos; e, por fim, no último item será abordada a busca pelos fundamentos que tem o condão de legitimar a decisão judicial proveniente da atuação contramajoritária de um tribunal.

2. A intervenção judicial contramajoritária e a legitimidade democrática

Compulsando de forma detida o texto constitucional pode-se depreender que nossa Lei Maior escolheu como definição do regime de governo a democracia, consoante se colhe do disposto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, princípio que informa toda a definição do Estado sob a máxima de que *“todo o poder emana do povo”*, ainda que exercido de forma indireta, mediante representação eletiva, adotando-se,

como assevera Zulmar Fachin², a denominada fórmula de Lincoln, segundo a qual se dá o “*governo do povo, pelo povo e para o povo*”.

Outrossim, como destaca José Afonso da Silva³, a adoção pelo Estado Brasileiro da democracia como sistema de governo decorre do fato de que o mesmo parece representar o sistema que melhor teria o condão de promover a realização dos valores fundamentais da República, essenciais à convivência humana, e que, de fato, se consubstanciam nos direitos e garantias fundamentais do homem.

No que concerne ao sentido de tal termo, impende consignarmos que, segundo Norberto Bobbio⁴, a democracia funda-se na regra fundamental da expressão da maioria, isto é, consoante assevera em sua doutrina, “*a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas — e, portanto, vinculatórias para todo o grupo — as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão*”.

Assim, nesse diapasão, surge o questionamento no que concerne à possibilidade do Poder Judiciário, isto é, um poder constituído de cujo os membros não são eleitos por meio do sufrágio, sobrepor-se a uma decisão proveniente dos Poderes Legislativo e Executivo, esses sim, escolhidos pela vontade popular, celeuma que no âmbito da teoria constitucional como dificuldade contramajoritária⁵.

Ora, é de se destacar que a própria concepção de democracia como governo da maioria daria a ideia de supremacia das decisões adotadas por tais maiorias, entretanto, cumpre consignarmos a crítica deduzida por Gustavo Zagrebelsky⁶ que, com fulcro nas ideias construídas em sua obra *A crucificação e a democracia*, a divinização dessa “vontade da maioria” acabaria por transformar a democracia em um governo irracional e

² FACHIN, Zulmar; **Curso de Direito Constitucional**; 3. ed.; São Paulo: Método, 2008, p. 180.

³ SILVA, José Afonso da; **Curso de direito constitucional positivo**; 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 125.

⁴ BOBBIO, Norberto; **Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**; Tradução de Marco Aurélio Nogueira; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 19.

⁵ BICKEL, Alexander; **The least dangerous branch**; 1986, p. 16.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo; **A crucificação e a democracia**; Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

manipulável, do que decorreria a necessidade de uma constante análise crítica, a fim de se manter o princípio democrático firme na consecução de ideais voltados à construção de uma sociedade mais justa e igualitária, em atenção aos próprios fundamentos da república.

Tal perspectiva deve-se ao fato de que, eventualmente as minorias encontram-se em situação de dependência para com a vontade das maiorias no que tange às deliberações acerca de direitos que lhe são essenciais, o que resulta, por vezes, na inviabilidade de os serem efetivados, dado que nem sempre interessa às maiorias a defesa dos direitos de grupos vulneráveis, seja em decorrência de paradigmas atrelados à falta de instrução, de uma visão acrítica da democracia, ou ainda por conta da aversão e dos preconceitos de determinados grupos, o que acaba por culminar com a supressão dos direitos de tais grupos.

Antes de seguirmos adiante, impende deduzirmos, ainda que de forma breve, uma concepção acerca do que se deve entender por “minorias”, e, nesse passo, mister consignarmos as ponderações trazidas à baila pela doutrina de Ortega y Gasset⁷, que assevera possibilidade de obtenção de tal conceituação tanto por meio de uma designação *afirmativa* – o que são minorias – quanto por uma *negativa* – ante a negação do que vêm a ser.

Nesse passo, com fulcro na doutrina de Ortega y Gasset, conforme Fernando de Brito Alves⁸ assevera que, “*considerando que tudo foi negado as minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença*”, e, desse modo, colhe-se que a diferença – não qualquer diferença, mas aquela que teria o condão de “inferiorizar” o ente – seria o oposto da igualdade, e, portanto, sinônimo de minoria.

⁷ ORTEGA Y GASSET, José; **A rebelião das massas**; São Paulo: Martins Fontes, 1987.

⁸ ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. Jacarezinho, 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp114395.pdf>>. Acessado em: 19/10/2019.

Corroborando a ótica deduzida alhures, no sentido de que a definição de minoria se assenta sob a ideia de diferença, mas não de qualquer diferença, mas somente aquela que tem o condão de colocar o ente em situação de inferioridade perante os demais, mister colhermos a doutrina de Boaventura de Sousa Santos⁹, o qual afirma o seguinte, *in verbis*:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Isso posto, a teor do disposto na lição supra, depreende-se que, *a contrario sensu*, a diferença caracterizante, isto é, aquela com o condão de promover a efetivação do direito à valorização das diferenças, mas daquelas que não produzam desigualdade de direitos, não poderia ser empregada como sinônimo de minoria.

Outrossim, importante, ainda, trazermos à baila o conceito de minoria deduzido no bojo da doutrina de Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁰, a qual assenta que a questão não funda em um sentido quantitativo outro que não a quantidade de direitos efetivados, vejamos:

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. [...] em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa; **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, p. 85-99.

Quanto à legitimidade da atuação contramajoritária do Poder Judiciário, isto é, para invalidação de atos dos Poderes eleitos pela maioria, explana Luís Roberto Barroso¹¹ que a mesma parece decorrer de duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

O primeiro, isto é, o fundamento normativo, decorreria do fato de que o texto constitucional expressamente atribuiu tal poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse passo, destacamos que, conforme prega Luís Roberto Barroso¹², a Lei Maior brasileira, assim como a maior parte dos Estados democráticos, reservou parcela de poder político a ser exercida por agentes públicos não admitidos pela via do sufrágio, em relação aos quais, a atuação seria eminentemente técnica, e, assim, assevera-se que, ao aplicar o direito, tais agentes estariam sim garantindo a concretização as decisões tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, enquanto representantes do povo.

De outro vértice, a justificação filosófica para a intervenção judicial contramajoritária fundar-se-ia no fato de que o Estado Constitucional Democrático se consubstancia como produto de duas ideias que, a despeito de se acoplarem, não se confundem, enquanto o constitucionalismo traduz a noção de limitação do Poder do Estado ante aos Direitos Fundamentais, denotando a face da razão, a democracia importa na soberania popular, isto é, como consignado alhures, no governo cujo poder se funda na vontade da maioria, ostentando seu caráter afeiçoado à vontade, restando patente a possibilidade de surgimento de tensões e aparentes conflitos entre ambos, razão (constitucionalismo) e vontade (democracia)¹³.

Desse modo, colhe-se que cabe à Constituição o dever de desempenhar dois papéis, sendo eles, de um lado, estabelecer as regras do processo

¹¹ BARROSO, Luís Roberto; *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32.

¹² *Idem*.

¹³ BARROSO, Luís Roberto; *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32.

democrático, e, de outro, levando-se em consideração que a democracia não pode limitar-se a observância do princípio majoritário, proteger valores, direitos e garantias fundamentais, ainda que contra a vontade de maiorias eventuais, campo no qual caberá ao Poder Judiciário velar por sua interpretação em instância final.

Assim, certo que a jurisdição constitucional deve representar em si uma garantia à própria democracia, ao passo em que é justamente por meio de sua atuação contramajoritária que se buscará evitar o esfacelamento do cabedal de direitos das minorias e o consequente esvaziamento dos ideais do Estado Democrático de Direito enquanto pré-compreensão, ponto de partida e de chegada do direito, na busca pelas promessas da modernidade, e, nesse passo, consigna Marcus Paulo Veríssimo¹⁴ que:

“[...] a democracia prometida institucionalmente pela Constituição de 1988 não diz respeito apenas ao regime de governo, aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social: é, portanto, uma democracia social marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado que se quis fundar como *welfarista*, e que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais.”

Cumprido, todavia, destacar que, no exercício de tal mister, o Poder Judiciário não pode enveredar-se na competência dos demais poderes constituídos, sob pena de furtá-los da própria construção do diálogo democrático, a este ponto cabe consignarmos a ressalva de Daniel Sarmiento¹⁵, o qual assevera que a Constituição não pode ser ubíqua, isto é, não pode ser invocada para asfixiar os demais poderes constituídos, em especial a atuação do legislador.

Ora, de toda a sorte que, considerando-se a construção do processo democrático, cabe aos agentes eleitos pelo sufrágio universal a

¹⁴ VERISSIMO, Marcus Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. In: Revista Direito GV, São Paulo, p. 407-440, jul./dez. 2008.

¹⁵ SARMENTO, Daniel; **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**; Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, 2006, p. 2-83. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmiento.pdf>>. Acessado em: 20/10/2019.

representação das escolhas provenientes das diversas visões de uma sociedade plural, motivo pelo qual cabe ao Poder Judiciário, desde que observados os valores e fins constitucionais, ser deferente para com tais deliberações, não se imiscuindo na busca pelo protagonismo da vida política, evitando a imposição de escolhas, preferências e vontades pessoais, ao passo em que, somente restará legitimada sua atuação enquanto houver racional fundamento constitucional em suas decisões¹⁶.

Isso posto, justamente no que concerne a busca pela legitimação da atuação do Poder Judiciário no âmbito político, é que cabe a abertura da discussão no tocante à busca pelos limites que encerram a judicialização da política, enquanto fenômeno calcado na atuação em prol do cumprimento das promessas da modernidade, em detrimento do famigerado ativismo judicial, a ser analisado na sequência.

3. Entre a judicialização da política e o ativismo judicial

Na trilha dos argumentos trazidos à baila alhures, como se colhe da doutrina de Lênio Streck¹⁷ na obra *Verdade e Consenso*, a judicialização da política se trata de fenômeno “*inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes*”.

Outrossim, com supedâneo no que sustentam André Luan Domingues e Everton da Silva¹⁸, colhe-se que “*a judicialização da política deve ser vista como um fenômeno contingencial em escala global, oriundo das promessas constitucionais da modernidade*”, cumprindo repisar que tal

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**; Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; 6. ed.; São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.

¹⁸ DOMINGUES, André Luan; da SILVA, Everton Luís; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; **O Judiciário à Brasileira e o Complexo de Macgyver: Judicialização da Política e Efetivação Constitucional – Superando a Discricionariedade**; In: Revista Eletrônica Multidisciplinar da Faculdade do Centro do Paraná. Pitanga: UCP, v. 6, n. 1, jan./jun. 2019, p. 4-20. Disponível em: <<https://ucpparana.edu.br/content/uploads/2019/07/Trivium-2019.1.pdf>>. Acessado em: 19/10/2019.

fenômeno não se pauta em ato volitivo do Poder Judiciário, pautado em escolhas e preferências pessoais, mas sim dedicado à efetivação dos novos direitos garantidos pela Lei Maior para fins de efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao conceito de Estado Democrático de Direito, destacamos as palavras de Adalberto Narciso Hommerding¹⁹ que, com fundamento na doutrina de Lênio Streck, traça o seguinte compilado:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, que veio agregar um plus normativo às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), fazendo com que o Direito passasse a ser transformador. Significa dizer que o texto constitucional passou a deter as condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade. Nesse sentido, é preciso entender a Constituição do Brasil como algo substantivo, uma vez que contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos lato sensu) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por isso é de se deixar assentado que o “constitucionalismo dirigente-compromissário” não está esgotado. A Constituição ainda deve “constituir-a-ação” no Brasil, onde nunca constituiu. Em seu texto, há um “núcleo essencial”, não-cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que necessita ser resgatado.

Isso posto, depreende-se que o contexto em tela acabou por levar à apreciação do Poder Judiciário questões outrora tratadas como pertencentes ao exclusivamente campo político, o que fez com o mesmo surgisse, segundo Luiz Werneck Vianna²⁰, como:

[...] uma nova arena pública, externa ao circuito clássico 'sociedade civil - partidos - representação - formação da vontade majoritária', consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais,

¹⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso; **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A Necessidade do Debate “Procedimentalismo Versus Substancialismo”**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acessado em: 20/10/2019.

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al*; **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**; Rio de Janeiro: Revan, 1999.

expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos - como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas - e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da inteligência: os magistrados e os membros do Ministério Público. 'Guardiães das promessas', na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.

Entretanto, mister se destacar que o fenômeno em comento não coincide com o denominado ativismo judicial, cumprindo asseverar a impossibilidade de utilização de tais termos como sinônimos haja vista a existência de distinções fundamentais entre ambos, consoante explana Clarissa Tassarini²¹:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; *Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; *Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; *Quarto*, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”, isto é, que insurge de determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais.

Justamente no que concerne à sua postura quanto à extrapolação dos limites constitucionais, Lênio Streck assevera que, ao invés de promover a aplicação da Constituição por meio da “filtragem” das leis, o Judiciário

²¹ TASSINARI, Clarissa; **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**; Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. São Leopoldo, 2011. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522>>. Acessado em 18/10/2019.

passou a achar que sabia mais do que o constituinte, e assim, segundo assevera, saímos de uma “*estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. [...] decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia*”²², e, nesse passo, destaca como remédio o cumprimento do dever de fundamentação disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Assim, colhe-se que, segundo a doutrina de Lênio Streck²³, a problemática do ativismo judicial, em detrimento do fenômeno constitucional da judicialização da política, funda-se em sua mácula decorrente de discricionariedades, que acabam por implicar em verdadeira lesão à própria democracia em decorrência de fundar-se em atos de vontade do próprio intérprete, remontando ao superado paradigma da filosofia da consciência²⁴.

Nesse passo, mister trazermos à baila as explanações de André Luan Domingues e Everton da Silva²⁵ acerca da concepção do fenômeno do ativismo judicial como resultado de uma postura pautada nas concepções e valores do próprio julgador, sendo esse o ponto central para sua como uma prática antidemocrática, vejamos:

Portanto, pode-se compreender ativismo judicial como excesso de atuação judicial, partindo-se para além dos limites constitucionalmente postos para

²² PINHEIRO, Aline; **Ativismo judicial não é bom para a democracia**; Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acessado em: 20/10/2019.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**; Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; 6. ed.; São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

²⁴ Conforme esclarecem André Luan Domingues e Everton Luis da Silva: “*A viragem linguística substituiu a consciência subjetiva, pela linguagem, enquanto condição de possibilidade de compreensão da realidade, ou seja, retirou esta do lugar de mero instrumento de possibilitação da relação de compreensão entre sujeito e objeto, entre sujeito e mundo (existente independentemente da própria linguagem), reafirmando-anaposição de condição de existência do pensar-viver, pressuposto para compreensão do presente, buscando-se assim umcaminhar em direção à relação sujeito-sujeito de atribuição de sentido ao existente*”. In: DOMINGUES, André Luan; da SILVA, Everton Luís; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; **O Judiciário à Brasileira e o Complexo de Macgyver: Judicialização da Política e Efetivação Constitucional – Superando a Discricionariedade**; In: Revista Eletrônica Multidisciplinar da Faculdade do Centro do Paraná. Pitanga: UCP, v. 6, n. 1, jan./jun. 2019. p. 4-20. Disponível em: <<https://ucpparana.edu.br/content/uploads/2019/07/Trivium-2019.1.pdf>>. Acessado em: 19/10/2019.

²⁵ *Idem*.

exercício regular de sua função, enquanto ato de vontade, ou seja, diferentemente do aumento de atuação na judicialização da política, enquanto fenômeno histórico inevitável, o ativismo prático solipsista, antidemocrática e de verdadeira vivência de um direito pautado filosoficamente em paradigma superado (decido conforme minha consciência), eis, portanto, que este pode ser denominado como marca central do que se qualifica como judiciário à brasileira, ou seja, a prática rotineira e majoritária de decisões desconectadas da realidade e do atual paradigma da filosofia.

Pois bem, sendo certa a necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais e sociais, decorrentes das promessas da modernidade, atrelados à própria noção de Estado Democrático de Direito²⁶, provenientes de uma Constituição que detém força normativa²⁷, resta assente que, dada a inércia injustificável dos demais Poderes Constituídos (Executivo e Legislativo), caberá ao Judiciário, ante seu mister constitucional, o dever de promover a efetivação de tais promessas, por meio da judicialização da política.²⁸

Entretanto, a busca pela efetivação do texto constitucional somente se mostra possível a partir de uma interpretação (constitucionalmente) adequada pelo Poder Judiciário, que tenha como ponto central de pré-compreensão sua reponsabilidade política para com a concretude substancial das promessas cristalizadas no bojo do texto constitucional²⁹, o que impõe o afastamento de um ativismo pautado por um decisionismo desconectado da realidade.

²⁶ A este ponto, trazemos valiosa lição de Roberto Gargarella: “As sociedades plurais requerem mais do que uma simples representação ou deliberação. É preciso uma ampla representação e uma ampla deliberação e isso só é alcançado por meio da inclusão institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo. In: GARGARELLA, Roberto; **Full representation, deliberation and impartiality**. In: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 274.

²⁷ HESSE, Konrad; **A força normativa da constituição**; Tradução: Gilmar Ferreira Mendes; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**; Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; 6. ed.; São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119.

²⁹ ISAIA, Cristiano Becker. **O direito processual e o problema do decisionismos jurisdicional: da subsunção à integridade do direito**. In: Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. p. 264-283. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em: 25 jul. 2019.

Nesse passo, impende adentrarmos à breve análise acerca da busca pelos fundamentos que poderiam legitimar a decisão judicial contramajoritária, dentro do escopo de sua atuação pela busca da efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito.

4. Em busca dos fundamentos de legitimação da decisão judicial

Inicialmente, impende consignar a necessidade de que as bases da legitimação da intervenção judicial contramajoritária decorram de uma necessária compatibilização entre o princípio democrático e a concretização dos Direitos Fundamentais, sendo, portanto, necessária a manutenção da autonomia do direito, assim como o controle da atividade jurisdicional, a fim de se evitar a descriconariedade, mantendo-se a integridade e a coerência do direito.

Nesse passo, destacamos a possibilidade de busca da legitimidade decisória na Teoria da Moralidade Política, desenvolvida por Ronald Dworkin, cujo a premissa básica consiste na visão do direito como Integridade, consignando que a legitimidade da decisão judicial pode ser alcançada por meio dos princípios da equidade, da justiça, do devido processo legal e do processo democrático³⁰.

Tal teoria se distancia do pressupostos próprios do Positivismo, ao abandonar a (equivocada) premissa de que o direito seria a interpretação semântica dos textos jurídicos, onde, inexistindo expressa previsão acerca da regra para resolução de determinada demanda, um “caso difícil”, o julgador estaria imbuído de discricionariedade (forte) para “criar” o direito³¹,

³⁰ SIMIONI, Rafael Lazarotti; **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**; Curitiba: Juruá, 2014, p. 324.

³¹ Conforme esclarece Lênio Streck: “Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir de escolha ‘entre’ duas ou mais alternativas. [...] A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, cujo a determinação é bem mais complexa do que discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade implica a incontabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido.” STRECK, Lênio Luiz; **Verdade e Consenso**; Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; 6. ed.; São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

e, nessa senda, para a obtenção da resposta correta para cada caso concreto, Dworkin propõe que, ao lado dos textos jurídicos e dos princípios, as convicções de moralidade política assumam papel de relevância na elucidação do processo interpretativo (*applicatio*), indispensável à prática jurídica.

Ora, não seria admissível, sobretudo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, conceber que a resposta consubstanciada na decisão judicial dependesse da subjetividade do julgador, como se lhe fosse dado o poder de decidir consoante critérios estipulados pelo mesmo. A este ponto mister destacarmos a crítica de Lênio Streck³² à discricionariedade, dada sua incompatibilidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, vejamos:

Não teria sentido que, neste período da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que se alcançou esse (elevado) patamar de discussão democrática do Direito, se viesse a depender da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados “casos difíceis”. Dito de outro modo, isso significa substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do Direito – que é esse plus normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista

Assim, sob a perspectiva da Teoria da Moralidade Política, a decisão judicial não deve se pautar por escolhas (discricionárias) dentre de um quadro de possibilidades, estipulado por critérios pessoais do julgador – conforme prega o Positivismo – mas, sim, a partir do comprometimento com algo anterior, de uma (pré)compreensão do que a comunidade política entende como forma mais adequada de interpretação do direito em sua efetivação³³.

³² STRECK, Lênio Luiz; **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**; Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1), p. 65-77. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>>. Acessado em: 19/10/2019.

³³ STRECK, Lênio Luiz; **O que é isto – decido conforme minha consciência?**; 4. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.

Para Dworkin o direito é mais do que somente um exercício de lógica silogística ou então de análise semântica, sendo o raciocínio jurídico “*um exercício de interpretação construtiva, segunda a qual nosso direito consiste na melhor justificativa do conjunto de nossas práticas, e que ele consiste em uma história narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis*”³⁴.

Justamente dessa premissa de história narrativa se extrai a noção do princípio da coerência que, enquanto atributo da moralidade política, implica na imposição ao direito para que leve em conta os motivos históricos do passado, não como argumento para perpetuação de sua repetição, mas sim a fim de encontrar a melhor justificação dessa prática, coerência histórica denominada como “romance em cadeia”, cujo a ideia, segundo assenta Ronald Dworkin³⁵, seria a seguinte, *in verbis*:

Em tal projeto [romance em cadeia], um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível.

Assim depreende-se que, a metáfora do “romance em cadeia”, e a colocação do julgador na posição de romancista acaba por implicar que, para fins de prosseguir com a estória, o magistrado deverá ler tudo o que já foi escrito pelos outros juízes³⁶, não apenas para descobrir o que disseram no passado, mas sim para chegar à opinião acerca do que eles coletivamente

³⁴ DWORKIN, Ronald *apud* SIMIONI, Rafael Lazarotti; **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**; Curitiba: Juruá, 2014, p. 351.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, fls. 276.

³⁶ Dworkin cria a metáfora do Juiz Hércules, um modelo de juiz ideal capaz de abstrair os problemas de tempo, infraestrutura, formação, etc., e, portanto, capaz de chegar a resposta correta.

deixaram, e, desse modo, seu dever consiste em “*interpretar a história do direito que encontra, não inventar uma melhor*”³⁷.

Nesse passo, a decisão judicial deverá acompanhar a história do projeto ao qual faz parte, não lhe sendo possível o contexto no qual se encontra inserida, prevalecendo a interpretação que esteja de acordo com uma justificação política e moral do projeto, sendo essa a decisão correta a ser buscada pelo magistrado, sempre uma nova decisão, não mais limitada aos limites semânticos dos textos legais, mas sim comprometida com a historicidade e faticidade de cada instituto jurídico, ao mesmo tempo em que, encontrando a melhor justificação prática, se volta para a atualidade como melhor decisão.

Acerca dessa necessidade de uma (pré)compreensão da historicidade e faticidade do direito como condição para a possibilidade de obtenção da resposta correta, consoante avocado por Dworkin, cumpre novamente trazer-mos à baila o posicionamento de Lênio Streck³⁸, que, ratificando a Teoria da Moralidade Política coloca seus pressupostos como condição, ainda, para a efetivação da concepção de Estado Democrática, *in verbis*:

Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do Direito, em que os juristas introduzem o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas esses componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso, o acerto de o acerto de Dworkin ao exigir uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os Direitos Fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental.

³⁷ DWORKIN, Ronald *apud* SIMIONI, Rafael Lazarotti; **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**; Curitiba: Juruá, 2014, p. 385.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz; **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**; Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1), p. 65-77. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>>. Acessado em: 19/10/2019.

Assim, para busca da resposta correta, evitando-se a problemática do ativismo e da autorrestrição judicial, Dworkin consigna, por meio da Teoria da Moralidade Política, a distinção entre: **(i)** regras, normas próprias do direito positivo³⁹; **(ii)** princípios, todos os demais padrões normativos que não são regras e estão baseadas em questões de moralidade objetiva⁴⁰; e **(iii)** políticas públicas, argumentos baseados nos objetivos políticos do governo⁴¹.

Então, a partir de tal diferenciação, Dworkin recomenda que o magistrado somente lance mão de argumentos de princípio, e não de políticas públicas, a fim de manter a legitimidade do sistema judicial sob o aspecto democrático, ao passo em que os princípios acabam por representar verdadeiras promessas da maioria para com a minoria, no sentido de que sua proteção seria resguardada a despeito dos objetivos (políticos) traçados pela maioria, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, esses sim calçados em argumentos de políticas públicas. *In verbis*⁴²:

O tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Mister trazer à baila os esclarecimentos de Cláudio Pereira de Souza Neto⁴³, que bem resume a posição de Dworkin no tocante à legitimação constitucional, vejamos:

No tocante à jurisdição constitucional, Dworkin irá legitimá-la da seguinte maneira. Se, em um caso difícil, o magistrado, não podendo, aplicar uma regra,

³⁹ SIMIONI, Rafael Lazarotti; **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**; Curitiba: Juruá, 2014, p. 341-345.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 338-339.

⁴¹ *Ibidem*, p. 341-345.

⁴² DWORKIN, Ronald; **Uma questão de princípio**; São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 100.

⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**; Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

aplica um princípio, não está criando direito novo, mas aplicando o direito preexistente. Por conta disso, a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolve os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais criados pela concepção volitiva da jurisdição presente no modelo normativista. É essencial destacar, no entanto, que somente os argumentos de princípio podem justificar a jurisdição constitucional. O autor não concebe a possibilidade de que um argumento político, utilizado pelo poder judiciário, possa anular normas cuja produção no âmbito do legislativo também se funda em argumentos políticos.

No âmbito da Teoria da Moralidade Política, a Constituição assume um papel de destaque, como norma de maior importância do ordenamento jurídico, razão pela qual todos os poderes têm de atuar conforme suas disposições, não estando nenhum poder autorizado a desrespeitá-la.

Nesse passo, destaca-se que, ao decidir de forma discricionária, desconsiderando a historicidade do direito e a argumentação voltada a princípios, o judiciário acaba por diminuir o poder da vontade geral, levando ao paradigma do Estado Democrático de Direito, ao passo em que, de outro vértice, segundo Emílio Peluso Neder Meyer⁴⁴:

Quando juízes decidem de acordo com a integridade do direito, eles agem como membros de uma comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade que se vincula por argumentos de princípio. Eles devem ver o direito em sua melhor luz, o que inclui um tratamento deontológico (normativo) dos princípios e o respeito aos direitos, tidos como “trunfos” antes argumentos de política. O que Dworkin chama de moralidade política – ao contrário da moralidade encarnada pelos juízes alemães e criticada por Maus – é um todo coerente de virtudes normativas, com justiça e integridade. A decisão judicial deverá, pois, deverá refletir o que é justo ou correto ante normas, não o que o juiz pensa que é “bom para mim” ou “bom para nós”.

Isso posto, colhe-se que a busca por uma legitimidade da decisão judicial contramajoritária pressupõe a adoção de uma teoria que não permita a atuação discricionária do julgador, e mais do que isso, que tenha

⁴⁴ MEYER, Emílio Peluso Neder; **O papel que deve ser assumido pelo Judiciário**; Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/emilio-peluso-juiz-nao-decidir-acordo-pensa-bom?imprimir=1>>; Acessado em: 25/10/2019.

o condão de promover a compatibilização de um regime democrático sem prejuízo da proteção aos Direitos Fundamentais, na efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito enquanto pré-compreensão, ponto de partida e de chegada do direito, na busca pelas promessas da modernidade, finalidades buscadas pela Teoria da Moralidade Política, proposta por Ronald Dworkin para obtenção da resposta correta.

5. Considerações finais

Como pode se observar no desenvolvimento do presente estudo, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário encontra amparo nos Direitos Fundamentais inerentes ao constitucionalismo, como forma de proteção das minorias face o princípio majoritário, representando, portanto, verdadeira garantia contra o esfacelamento do cabedal de seus direitos e o consequente esvaziamento dos ideais do Estado Democrático de Direito enquanto pré-compreensão, ponto de partida e de chegada do direito, na busca pelas promessas da modernidade.

Nesse escopo, e ante as continências sociais atinentes à apatia dos demais poderes constituídos – Legislativo e Executivo – no tocante a ineficiência de efetivação das promessas da modernidade, surge a hodierna judicialização da política, figura que, no entanto, não se deve ser tratada como sinônimo de ativismo judicial, ao passo em que, diferentemente do substrato constitucional tomado como ponto de partida (e de chegada) da aplicação do Direito, sob o qual se funda que aquele, neste o Direito é por juízos subjetivos do julgador, o que lhe tolheria, portanto, a legitimidade de atuação contramajoritária, posto que não mais um instrumento de defesa de Direitos Fundamentais, mas sim a sobreposição de um desígnio pessoal contra o princípio majoritário.

Nessa esteira, a pesquisa voltou-se à busca da legitimação da decisão judicial fundada na atuação contramajoritária do Poder Judiciário, isto é, quais argumentos seriam constitucionalmente adequados para a devida justificação de do controle constitucional exercido sobre os demais

poderes constituídos, cuja atuação se fundaria primordialmente no princípio majoritário.

Assim, ante tal questionamento, aventamos a possibilidade de análise de tal legitimidade da decisão judicial constitucionalmente adequada sob a ótica da Teoria da Moralidade Política, de Ronald Dworkin, a partir da qual deve o julgador fundamentar suas decisões em regras e princípios, por meio de uma interpretação calcada na historicidade do texto constitucional, ao qual todos os poderes hão de respeitar, sendo esse o motivo pelo qual, ao decidir de forma discricionária, desconsiderando o Direito, o judiciário acaba por diminuir o poder da vontade geral, lesando o paradigma do Estado Democrático de Direito, como ocorre no caso do ativismo judicial.

Isso posto, colhe-se que a legitimação da atuação contramajoritária do judiciário demanda que a decisão judicial se pautar na pré-compreensão da historicidade da Constituição, que deve servir de ponto de partida, assim como de chegada, na análise do caso concreto, a fim de se promover a defesa dos Direitos Fundamentais por meio de argumentos fundados em regras e princípios, com vistas à efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito, evitando a utilização de argumentos de política.

Referências

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. Jacarezinho, 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009. Disponível em: <<http://livroso1.livrosgratis.com.br/cp114395.pdf>>. Acessado em: 19/10/2019.

BARROSO, Luís Roberto; **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32. <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acessado em:

BICKEL, Alexander; *The least dangerous branch*; 1986.

BOBBIO, Norberto; **Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**; Tradução de Marco Aurélio Nogueira; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 19.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/10/2019.

DOMINGUES, André Luan; da SILVA, Everton Luís; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; **O Judiciário à Brasileira e o Complexo de Macgyver: Judicialização da Política e Efetivação Constitucional – Superando a Discricionariedade**; *In*: Revista Eletrônica Multidisciplinar da Faculdade do Centro do Paraná. Pitanga: UCP, v. 6, n. 1, jan./jun. 2019. p. 4-20. Disponível em: <<https://ucpparana.edu.br/content/uploads/2019/07/Trivium-2019.1.pdf>>. Acessado em: 19/10/2019.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Uma questão de princípio**; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Zulmar; **Curso de Direito Constitucional**; 3. ed.; São Paulo: Método, 2008, p. 180.

GARGARELLA, Roberto; **Full representation, deliberation and impartiality**. *In*: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

HESSE, Konrad; **A força normativa da constituição**; Tradução: Gilmar Ferreira Mendes; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A Necessidade do Debate “Procedimentalismo Versus Substancialismo”**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acessado em: 20/10/2019.

ISAIA, Cristiano Becker. **O direito processual e o problema do decisionismos jurisdicional: da subsunção à integridade do direito**; *In*: Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. p. 264-283. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 15/10/2019.

MEYER, Emílio Peluso Neder; **O papel que deve ser assumido pelo Judiciário**; Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/emilio-peluso-juiz-nao-decidir-acordo-pensa-bom?imprimir=1>>; Acessado em: 25/10/2019.

ORTEGA Y GASSET, José; **A rebelião das massas**; São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PINHEIRO, Aline; **Ativismo judicial não é bom para a democracia**; Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acessado em: 20/10/2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996, p. 85-99.

SANTOS, Boaventura de Sousa; **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel; **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**; Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, 2006, p. 2-83. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acessado em: 20/10/2019.

SILVA, José Afonso da; **Curso de direito constitucional positivo**; 35. ed.; São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazarotti; **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**; Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**; Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; **O que é isto – decido conforme minha consciência?**; 4. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**; Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **Verdade e Consenso**; Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; 6. ed.; São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**; Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1), p. 65-77. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>>. Acessado em: 19/10/2019.

TASSINARI, Clarissa; **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**; Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. São Leopoldo, 2011. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522>>. Acessado em 18/10/2019.

VERISSIMO, Marcus Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. In: Revista Direito GV, São Paulo, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al; **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**; Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo; **A crucificação e a democracia**; Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

O fomento como instrumento de efetivação de interesses sociais e o princípio da socialidade: uma análise do compromisso da sociedade civil para com o desenvolvimento social ¹

Nathan de Freitas Fernandes

1. Introdução

O fomento consiste em atividade administrativa por meio da qual a Administração Pública propõe-se à consecução de ações de interesse público, de forma indireta, por meio da indução da participação da Sociedade Civil na efetivação das promessas do Estado Social, tendo como pano de fundo o ideário do princípio da socialidade, que propugna não somente a estadualização da sociedade, mas, de igual sorte, a socialização do Estado.

Outrossim, por mais que o fomento se trate de atividade administrativa geralmente associada ao campo da discricionariedade, é possível, a teor do ideário constitucional, se pugnar pela existência de uma obrigação do Estado no que concerne à consecução de ações de interesse público, razão pela qual, caso não haja meios para fazê-lo de forma direta, a Administração Pública deverá recorrer a meios indiretos, incentivando a consecução de tais atividades pela Sociedade Civil.

No entanto, destaca-se que, assim como o Estado encontra-se obrigado ao exercício da atividade de fomento, de outro vértice verifica-se que,

¹ Trabalho apresentado em cumprimento às exigências da disciplina Administração Pública, Democracia e Direitos Fundamentais. Professora Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU. Julho de 2019.

de igual sorte, à Sociedade Civil também se impõe a responsabilidade para com a construção democrática das decisões políticas e do compromisso republicano para com o outro.

Portanto, ante os contornos traçados, propõe-se a realização do presente estudo teórico, acerca do reconhecimento da Sociedade Civil como “agente” como transformador, bem como de sua respectiva responsabilidade quanto à participação na promoção da expansão das capacidades no bojo de um movimento circular expansionista, pela via da parceria com a Administração Pública.

O procedimento empregado no presente trabalho funda-se na análise documental e bibliográfica, por meio de pesquisa de material doutrinário, mediante a utilização a elaboração de fichamentos e resumos estendidos.

Quanto ao desenvolvimento, este artigo será estruturado em três itens, sendo que no primeiro será abordado o conceito de fomento cunhado pela doutrina, abordando-se, ainda, a finalidade do instituto enquanto atividade administrativa voltada à consecução de interesses sociais; na sequência, no item seguinte, o instituto será abordado pela ótica do princípio da socialidade, pautado pela noção de desenvolvimento de Amartya Sen; e, por fim, no último item será abordada a responsabilidade da Sociedade Civil em relação ao Desenvolvimento Social, decorrente de seu reconhecimento como agente transformador, e socializador, do Estado.

2. A atividade administrativa de fomento como instrumento de consecução de interesses sociais

A despeito de comumente associada ao modelo estrutural da Administração Pública Gerencial proposto por meio do Plano Diretor da Reforma do Estado², cujo um dos principais entusiastas foi Luiz Carlos

² Consoante dispõe o referido Plano Governamental, a Administração Pública Emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos

Bresser Pereira, consoante esclarece Alberto Shinji Hida³, a atividade de fomento não é nova no ordenamento jurídico pátrio⁴, destacando o autor seu exercício pelo Estado Brasileiro mediante uma séria de diplomas legais esparsos, tais como a outorga de títulos de utilidade pública regulada pela Lei nº 91/35, os benefícios fiscais previstos em leis específicas, e, ainda, a disciplina a concessão de auxílios e subvenções às entidades privadas sem fins lucrativos, no bojo da Lei nº 4.320/64.

Entretanto, dado o contexto jurídico, político-econômico e social nacional, pré Constituição Federal de 1988, a atividade de fomento acabou por ser ofuscada pelas demais funções administrativas estatais, tais como a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia.

Ocorre que, com o processo de redemocratização e a promulgação da Lei Maior, Alberto Shinji Hida⁵ destaca que houve uma aproximação entre Administração Pública e Sociedade Civil, com um conseqüente crescimento dos modelos de parcerias para a consecução de interesses públicos, ocupando lugar de destaque nesse processo as relações firmadas com as denominadas entidades do Terceiro Setor⁶⁷ ou entidade paraestatais, para fins de consecução de interesses públicos voltados aos direitos sociais.

serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. In: BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 04/05/2019.

³ HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

⁴ O autor ainda esclarece que a adoção do fomento como técnica de incentivo à adoção de determinadas atividades pelos particulares visando atender interesses públicos não é recente, despontando desde os primeiros tempos da civilização, destacando o autor terem sido identificadas atividades de fomento ainda no contexto do Estado absolutista.

⁵ HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

⁶ Consoante conceituação proposta por Gustavo Justino de Oliveira, o Terceiro Setor pode ser conceituado como sendo o "conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por entidades privadas não governamentais e sem ânimo de lucro, realizadas em prol da sociedade, independentemente do Estado e mercado, embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; O direito do terceiro setor; **Revista de direito do terceiro setor**, no 1, pp. 11-38.

⁷ Interessante, por oportuno, destacarmos a origem do termo "Terceiro Setor", consoante leciona Juliana Guimarães Nogueira: "Termo de origem norte-americana (Third Sector), que designa a colaboração solidária da iniciativa privada com a administração pública, o Terceiro Setor é, portanto, uma forma institucionalizada de relacionamento da sociedade civil com o Poder Público. Complementa a ideia de falência do primeiro setor, o Estado Social, e do egocentrismo peculiar ao segundo setor, o mercado, que apenas se interessa pela produção de bens e serviços mediante

Nesse passo, cumpre se colacionar breve explanação de Alberto Shinji Hida, o qual assevera que,

É justamente nesse contexto, com o inegável desenvolvimento, a partir da década de 1990, das referidas *entidades paraestatais*, fruto da realidade socioeconômica do país, do crescente aumento das demandas sociais e da impossibilidade do Estado de atender a elas integralmente, que se identificam a “redescoberta” da atividade administrativa de fomento, predominantemente no domínio social, e a sua importância como instrumento eficaz para a realização dos já mencionados interesses de relevância social.⁸

Na mesma senda, de acordo com Maria Zanella Di Pietro⁹, o aumento do fomento, como atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público, por parte do Estado, se deu em decorrência da ampliação de seu rol de atribuições, dada a expansão na disponibilização de direitos sociais e econômicos.

Assim, impende a este ponto se adentrar à análise da natureza jurídica do fomento, bem como seu papel como instrumento de efetivação de direitos sociais, o que se passa a fazer.

Pois bem, a despeito dos relatos acerca do desenvolvimento do fomento remontarem ao século XII, consoante esclarece Alberto Shinji Hida¹⁰, a sistematização do instituto somente se deu por volta de 1949, por meio do trabalho de Luis Jordana de Pozas, que ao tratar das bases para a formação do atual conceito do instituto em comento, e interpretá-la não como um fim da atividade administrativa, mas como uma forma desta, conceituou o instituto como sendo a “*ação da Administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas desenvolvidas pelos particulares e que satisfaçam necessidades públicas ou se*

contra-prestação pecuniária”. In: NOGUEIRA, Juliana Guimarães; O Terceiro Setor e a Administração Pública em Portugal; **Revista Argumenta**, Jacarezinho/PR, n° 9, p. 215- 242, fev. 2013.

⁸ *Idem*.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**; 10. ed.; São Paulo: Atlas, 2015, p. 19-21.

¹⁰ HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

estimam de utilidade geral, sem usar da coação e nem criar serviços públicos”.¹¹

Nessa mesma senda, Hector Jorge Escola destaca que ao exercer o fomento a Administração Pública incentiva, promove ou protege atividades realizadas pelos particulares que satisfaçam necessidades coletivas, atendendo aos fins do Estado, consignando que, de igual sorte, o fomento não pressupõe o uso de coação, nem tampouco a criação de serviço público¹², ao passo em que não trata da prestação, ainda que indireta de serviço público, mas sim com da indução do setor privado para que promova atividade de interesse social ou econômico¹³.

Assim como Luis Jordana de Pozas no âmbito da doutrina estrangeira, se pode dizer que um dos primeiros doutrinadores nacionais que se dedicou ao estudo sistematizado da atividade administrativa do fomento, como atividade típica da Administração Pública, foi Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual o caracteriza como sendo uma das funções administrativas pela qual “*o Estado ou seus delegados, estimulam ou incentivam, direta, indireta e concretamente, a iniciativa dos administrados, ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento*”.¹⁴

Ademais, mister ainda destacar que, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a atuação do Estado em parceria com a iniciativa privada com fundamento no fato de que seria esta a opção de maior eficiência, ao passo em que “*beneficiando-se o Estado das vantagens da livre competição, em busca das melhores condições de execução de obra, serviço,*

¹¹ JORDANA DE POZAS, L; **Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo**;

1949; *apud* HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

¹² ESCOLA, H. J; **Compendio de derecho administrativo**; v. II.; Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990; *apud* HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 520.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial; 13. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2003.

*fornecimento e outras prestações, sem mencionar as evidentes vantagens decorrentes dos alívios burocrático e orçamentário que oferece*¹⁵, motivo pelo qual sustenta serem as parcerias “*um poderoso instrumento de fomento ao desenvolvimento, pelo estímulo que proporciona às empresas privadas em razão do expressivo volume das contratações públicas em seus três níveis federativos*”¹⁶.

Corroborando a perspectiva do autor, é de se consignar que a própria Constituição Federal se encontra dotada de dispositivos que tratam de mecanismos de fomento, o que permite se concluir pela existência de ideário constitucional voltado à vinculação direta da atividade administrativa à realização do desenvolvimento nacional sustentável, conforme se colhe, por exemplo, da dicção do artigo 174 da Lei Maior¹⁷, que reconhece a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, mediante o exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento no âmbito do desenvolvimento social, econômico e ambiental.

Outrossim, ainda cabe destaque a existência de outros dispositivos com similar ideário no tocante à parceria entre público e privado, a exemplo do que ocorre no tocante ao fomento por interesse social, relativo aos direitos sociais constantes – de forma não exaustiva – no bojo do artigo 6º da Constituição Federal¹⁸, bem como acerca da expressa previsão de participação da iniciativa privada no âmbito da saúde, ainda que de forma complementar, como se colhe do disposto nos artigos 196 e 199, §1º¹⁹, e,

¹⁵ *Ibidem*, p. 169.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [...].

¹⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...]

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. [...]

também, em relação à participação da educação, como se depreende do ideário contido no artigo 205²⁰, que dispõe acerca da colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação.

Nessa esteira, em atenção aos dispositivos constitucionais em comento, verifica-se a patente intenção do constituinte em atribuir à sociedade civil necessidade de participação e colaboração com o Estado para o alcance e a efetivação de direitos sociais considerados de relevante interesse público, atuando de forma complementar ao público, com vistas ao favorecimento do bem-estar geral, finalidade que se coloca como elemento legitimador da atividade administrativa de fomento, e sem o qual, consoante defende Silvio Luis Ferreira da Rocha, a mesma restará ilegítima, injustificável e discriminatória.²¹

Assim, forte nas premissas declinadas, e ante o cenário constitucional que se delineia, extrai-se do fomento sua natureza jurídica de atividade administrativa voltada, não somente à permissão, mas à indução dos particulares em relação a atuação voltada a execução de atividades dedicadas à consecução de interesses públicos vinculados à realização de Direitos Fundamentais, mediante incentivo do Estado²², tratando-se, destarte, de instituto jurídico que desponta como instrumental à efetivação do desenvolvimento nacional sustentável²³, com os contornos atribuídos à tal noção pela Constituição vigente.

Colhe-se, no entanto, as críticas declinadas por Tarso Cabral Violin, que elenca algumas ressalvas no tocante à esfera do “público não-estatal” ao passo em que, ao asseverar a perda de importância teórica da distinção

²⁰ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²¹ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

²² JUSTEN FILHO, Marçal; **Curso de direito administrativo**; 10. ed.; São Paulo: RT, 2014, p. 715.

²³ Consoante propõe Juarez Freitas, recepcionada em suas dimensões ética, jurídico-política, social, econômica e ambiental, a sustentabilidade alça estatus de princípio constitucional, vinculando “com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”. In FREITAS, JUAREZ; **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**; Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

entre o público e o privado, dado que, tanto atos estatais quanto privados, seriam extensão da vontade do Estado ante o princípio da legalidade, destacando, ainda, que a esfera social que emergiu desta relação de parceria não poderia ser confundida com o espaço “público não - estatal” proposto por Bresser na reforma do Estado, mas sim simplesmente configurando uma forma de privatização da execução dos serviços sociais à entidades sem fins lucrativos, servindo como mera justificativa para a compatibilização da ação de entidades privadas em substituição ao Estado em atividades com forte interesse público.²⁴

Tarso Cabral Violin assevera, em linhas gerais, que a maioria das parcerias firmadas entre o Estado e os denominados entes do Terceiro Setor teriam como objetivo real a burla do regime jurídico-administrativo, sendo a alegação de reforma do Estado um subterfúgio para ampliação da acumulação capitalista. Sustenta, então, que a crise do Estado (Social) haveria de ser enfrentada não mediante a transferência de serviços públicos sociais, mas sim pelo aumento da participação democrática, haja vista que, consoante prega, a celeuma residiria na existência de uma oligarquia no âmbito nacional.²⁵

Entretanto, apesar das duras, porém pertinentes, críticas deduzidas no tocante às parcerias com o Terceiro Setor, é certo que, a despeito dos erros evidenciados na condução de tais relações por parte do Estado, em sendo observado em última instância o interesse público, a atividade administrativa de fomento não necessariamente se vincula à visão neoliberal de Estado, conforme sustenta o autor retromencionado. Como se pretende demonstrar, representa importante instrumento de desenvolvimento nacional (econômico e social) no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, razão pela qual as parcerias, enquanto gênero, e o fomento, como um de seus institutos, deverão ser compreendidos na

²⁴ VIOLIN, Tarso Cabral; **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**; 2. ed.; Belo Horizonte, Fórum, p. 185.

²⁵ *ibidem*, p. 29.

perspectiva de um Direito Administrativo informado pelos princípios da socialidade e da solidariedade.

3. A relação entre fomento e o princípio da socialidade: da estadualização da sociedade e socialização do estado

Com efeito, ainda que a ideia de reforma, assim como de transferência de serviço público por meio de parcerias, remeta à ideia de um modelo de Estado Subsidiário, certo é que a atividade administrativa de fomento não induz, de *per si*, a adesão ao princípio da subsidiariedade, havendo não somente possibilidade, mas sim interesse de que o Estado, na condição de legítimo detentor de tais funções, prossiga em sua execução paralelamente ao exercício das atividades desempenhadas pela iniciativa privada.

Na esteira da advertência tecida por Silvio Luiz Ferreira da Rocha colhe-se que, o panorama constitucional não admite que a transferência de execução de determinados serviços públicos por meio da atividade administrativa de fomento possa substituir integralmente a atuação do Estado na prestação de serviços públicos, ao passo em que *“isto implicaria uma renúncia às funções que lhe foram cometidas pelo Texto Constitucional”*.²⁶

Outrossim, impende consignar que a própria participação da Sociedade Civil juntamente com o Estado se trata de característica inerente do Estado Social e Democrático de Direito, haja vista a necessidade de que as decisões públicas, aí abrangida a gestão das atividades administrativas, sejam tomadas mediante efetiva participação social, exigência essa que se traduz no princípio da socialidade.

De acordo com a doutrina de Jorge Reis Novais²⁷, as alterações trazidas pelo intervencionismo do Estado Social culminaram em mudanças na posição do cidadão face ao Estado, implicando, em uma nova configuração

²⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis; **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**; Coimbra: Coimbra, 1987, p. 197.

da esfera de autonomia individual, porquanto, ao lado dos direitos clássicos de liberdade, surgiram os direitos sociais, intrinsecamente ligados às prestações do Estado, e, nessa esteira, assevera o seguinte:

No fundo, o novo *ethos político* que resultava da superação da concepção liberal da separação da sociedade e Estado traduzia-se, a partir da constatação da mútua perda de capacidade de auto-regulação, num projecto global de estruturação da sociedade, ou seja, de uma regulação da vida social a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado; por sua vez, esta direção tinha como contrapartida a pressão, exercida individual e coletivamente, da sociedade sobre o Estado, num esforço de apropriação ou inflexão das decisões estaduais que se manifestava não só nas referidas exigências ou nos direitos a prestações sociais, mas também na acção permanente e estruturada dos partidos, grupos de interesses e organizações sociais sober a esfera política. Assim, pode dizer-se que é neste processo conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se corporiza o princípio da socialidade enformador do novo *Estado social* e, por sua vez, é essa dupla dimensão que permite distinguir o *Estado social* dos conceitos afins.

Nessa esteira, segundo o autor, o princípio da socialidade implica na estadualização da sociedade, ante a convivência com as medidas de intervenção do poder público, bem como na socialização do Estado, mediante a atuação direta da sociedade civil na deliberação e decisão política, assim como na execução das atividades.²⁸

Outrossim, de acordo com a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da socialidade, também denominado de princípio da democracia econômica, social e cultural, importa em uma imposição ao Estado, a fim de que garanta a liberdade e autonomia das pessoas, atuando na criação de condições de existência digna, destacando-se que, no que concerne ao especificamente ao campo social, o princípio adquire uma dimensão subjetiva que se concretiza por meio dos direitos sociais, assim como uma dimensão objetiva, que obriga o Estado à promover a

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis; *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*; Coimbra: Coimbra, 1987, p. 197.

transformação das estruturas econômicas voltada à igualdade social, impondo ao Estado que labore na busca pela dignidade social.²⁹

Desse modo, com fulcro no ideário trazido pelo princípio da socialidade, é possível conceber-se um modelo de Estado que, certo da imprescindibilidade de sua atuação para fins de realização dos Direitos Fundamentais, admite não somente a possibilidade, mas sim a necessidade de que a sociedade civil atue em cooperação no tocante ao desenvolvimento social, a fim de se permitir às pessoas escolherem como querem viver.

Esta é a concepção de desenvolvimento cunhada por Amartya Kumar Sen³⁰, economista indiano que, contrastando com as definições mais restritivas de desenvolvimento, ligadas ao crescimento econômico, expandiu a análise em tela para uma abordagem mais holística focada nas capacidades. Compreende o desenvolvimento como sendo um *“um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”*, com a finalidade de expansão das liberdades humanas para a boa vida.

No mesmo passo, em sua obra condutora *“Desenvolvimento Como Liberdade”*, por meio da qual, ainda que reconheça o desenvolvimento econômico como instrumento de expansão da liberdade, consigna que uma concepção adequada de desenvolvimento não deve se pautar exclusivamente em uma análise calcada em crescimento econômico, destacando a necessidade de priorização da expansão da liberdade:

Uma concepção adequada do desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele. [...] o crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito constitucional e teoria da Constituição**; 7. ed.; Coimbra: Almedina, 2003, p. 337-349.

³⁰ SEN, Amartya Kumar; **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução por Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 28-29.

razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.³¹

Tal conclusão decorre das constatações de Sen no sentido de que, “*se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente*” e, desse modo, ver o desenvolvimento como expansão das liberdades substantivas implica na impossibilidade de sua redução a algum dos meios que desempenham um mister nesse processo, atraindo-se uma necessidade de visão mais holística pautada pela eliminação das fontes de privação de liberdade, que podem se originar de “[...] *processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária)*”.³²

Ainda, importante destacar que, assim como Amartya Sen, Celso Furtado também sustentava que o desenvolvimento referir-se-ia diretamente à ideia de realização das potencialidades humanas, de modo que o desenvolvimento aconteceria quando a expansão da capacidade criativa dos homens conduzisse à sua autodescoberta, com a ampliação de seu mundo em relação a valores materiais e espirituais³³, conceito que se aproxima do alargamento das capacidades humanas (Sen), ao passo em que ambos se relacionam à ideia de desenvolvimento focado em uma dimensão humana e social.

³¹ SEN, Amartya Kumar; **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução por Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 29.

³² *Ibidem*, p. 16-31.

³³ FURTADO, Celso. El desarrollo como proceso endógeno. Enero - abril, 2011 *apud* SOUZA, Dellany Maria Dantas *et al apud* O desenvolvimento como alargamento das capacidades humanas: aproximações entre Amartya Sen e Celso Furtado; **Revista Brasileira de Desenvolvimento Regional, Blumenau**, v. 2, p. 47-58, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/12746501/O_desenvolvimento_como_alargamento_das_capacidades_humanas_aproxima%C3%A7%C3%B5es_entre_Amartya_Sen_e_Celso_Furtado.

Nesse passo, o conceito de desenvolvimento de Furtado não somente refutava uma análise sob a perspectiva do “desenvolvimento econômico”, calcado na acumulação de riquezas, mas ainda consignava que justamente essa ótica, inerente ao sistema capitalista, reforçava a ideia de complementariedade entre o desenvolvido e o subdesenvolvido, relação assimétrica que se caracterizava como a base do subdesenvolvimento³⁴.

Assim, levando-se em consideração que, sob a ótica do princípio da socialidade, o desenvolvimento implica em responsabilidades mútuas entre sociedade e Estado, impende se adentrar à análise de tal relação no que concerne ao desenvolvimento fundado no fomento e, em linhas gerais, no (necessário) compromisso social que lhe é inerente.

4. Da responsabilidade do estado ao compromisso da sociedade civil para com o desenvolvimento social

Tratando-se da responsabilidade do Estado no tocante à promoção da participação da sociedade civil no processo desenvolvimentista, mais especificamente por meio da atividade de fomento, destaca-se que, ainda que tal atividade seja geralmente associada ao campo da discricionariedade, é possível colher das lições de Rafael Valim uma certa obrigatoriedade quanto à promoção da atividade de fomento pelo poder público ao passo em que, como assevera, “*a Administração Pública, ao transferir, a título de fomento, bens em prol dos particulares [...] em condições mais favoráveis do que as de mercado, a Administração Pública não está oferecendo ‘benesses’, senão que, simplesmente, implementando um meio legítimo para a consecução de finalidades públicas.*”³⁵

Assim, sob essa ótica, extrai-se que cabe ao Estado o dever de realizar parcerias com os particulares, mediante instrumentos de fomento, para fins de promoção do desenvolvimento, haja vista que, consoante complementa o autor, “*como a atividade administrativa é de caráter serviente,*

³⁴ FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*; Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1974, p. 94.

³⁵ VALIM, Rafael; *A subvenção no direito administrativo brasileiro*; São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 52.

coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que se prosseguir, uma vez que a lei assim determinou".³⁶

Nesse passo, ante a obrigação que incumbe ao Estado no tocante à consecução das finalidades públicas, exsurge o argumento de que a atividade de fomento não consistiria em mera prerrogativa do administrador público, mas sim um dever, ao passo em que o interesse público que se busca por meio de tais ações não poderá estar “à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando [...]”³⁷.

Não é outro o entendimento que se extrai das disposições do art. 175, da Constituição Federal³⁸, o qual parece imputar ao Estado o dever de prestação de serviços públicos, ainda que desprovido de meio para fazê-lo de forma direta, ocasião em que poderá recorrer a meios indiretos tal como o fomento por meio de parcerias com a sociedade civil.

De outro vértice, quanto à uma concepção de fomento pautada no princípio da solidariedade, tomado como elemento justificador das parcerias, importante trazer à baila o posicionamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha, segundo a qual, “*exigir que o particular deixe de buscar o seu lucro seria ingênuo. Exigir que a entidade pública deixe de buscar o interesse coletivo seria cínico. Já a solidariedade traduz o movimento, que é a soma das diferenças sem o desrespeito a qualquer delas, mas com a definição de um ponto de chegada que se encontra no compromisso republicano e democrático com os outros*”.³⁹

Ademais, consoante pondera José Casalta Nabais, a solidariedade informa as parcerias com o terceiro setor em razão dos dois sentidos que decorrem dos ideais solidários, primeiramente no sentido vertical, destaca que a sociedade civil se organiza para alcançar os direitos sociais, na

³⁶ *Ibidem*, p. 83.

³⁷ *Ibidem*, p. 84.

³⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...]

³⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; **Princípios constitucionais dos servidores públicos**; São Paulo: Saraiva, 1999. p. 525.

medida em que a ela também incumbe a responsabilidade quanto a garantia do interesse público ao lado do Estado⁴⁰, ademais, no tocante ao sentido horizontal, afirmar caber ao Estado, ante seu dever de tutela dos direitos sociais, criar mecanismos a fim de que a própria sociedade civil promova voluntariamente as ações sociais, ampliando, destarte, sua função de prestação de serviços públicos.⁴¹

Assim, depreende-se que os programas de fomento têm como escopo permitir ao Estado viabilizar o acesso aos bens juridicamente protegidos pelos Direitos Fundamentais, ao mesmo tempo em que incentivam e promovem a livre iniciativa da sociedade civil, de forma sustentável, visão que se distancia do ideário neoliberal fundado no modelo do Estado Mínimo e da atuação consoante o princípio da subsidiariedade, destacando-se a atuação do particular na condição de executor de atividades de interesse público, na medida em que, conforme se reitera, *“somente a atuação do próprio cidadão comprometido com a sua cidade política pode fazer cumprir o princípio da igualdade jurídica, com a relevância que lhe é reconhecida no sistema do Estado Social”*⁴².

Assentada a ideia de que a atividade de fomento tratar-se-ia não de atividade discricionária do Estado ou, ao menos, que seu desenvolvimento seria obrigação do ente público, impende agora adentrarmos à análise do papel da sociedade civil, o que faremos sob a ótica do ideário desenvolvimentista de Amartya Sen e Celso Furtado.

Ora, de uma análise crítica da noção de desenvolvimento assentada por Sen, e também por Celso Furtado, depreende-se que tal concepção implica no pressuposto de que cada indivíduo assuma a responsabilidade por suas próprias escolhas, definindo em processos amplos de discussão e

⁴⁰ Assim como sustentamos anteriormente com fulcro na obra de Amartya Kumar Sen, que impõe tal responsabilidade ao “agente”.

⁴¹ NABAIS, José Casalta; Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania; **Boletim da faculdade de direito**, v. 75. Coimbra, 1999, pp. 145-174.

⁴² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; **Princípios constitucionais dos servidores públicos**; São Paulo: Saraiva, 1999. p. 47.

decisão que espécie de vida deseja levar, a fim de que coletivamente se promova o desenvolvimento.

Importante destacar que o termo “agente” adotado por Sen⁴³, consoante esclarecido pelo próprio, não está sendo empregado na concepção de quem age em nome de outro, que lhe é empregada na economia e na teoria dos jogos, mas sim em uma significação mais antiga e maior, no sentido “[...] de alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo”.

Ademais, consoante assevera Porsse⁴⁴, o termo “agente” utilizado por Sen implica em uma acepção:

[...] relacionada a indivíduos que agem e ocasionam mudanças, sendo suas realizações julgadas em termos de seus próprios objetivos e valores. Enquanto agentes ativos de mudança, as pessoas podem cuidar de si mesmas, influenciar o mundo e ajudar uns aos outros. Conforme o aspecto de agência, os indivíduos não são vistos como meros beneficiários passivos de programas de desenvolvimento, mas sim como membros de uma sociedade que participam de ações políticas, econômicas e sociais, bem como interagem no mercado, na esfera política e em outras esferas.

Nessa esteira, depreende-se que a condição de “agente” de determinado indivíduo se encontra diretamente relacionada à sua liberdade substantiva, e então, desse modo, quanto mais liberdade, maior será seu potencial e sua condição para a realização de mudanças e de influenciar processos nas diversas esferas da vida social, política e econômica.

Levando-se em consideração o exposto assenta-se que, de acordo com a abordagem de Amartya Sen, a expansão da liberdade (substantiva) se trata, ao mesmo tempo, tanto do fim primordial quanto do principal

⁴³ SEN, Amartya Kumar; **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução por Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 34.

⁴⁴ PORSSE, Melody de Campos *et al*; A Abordagem das Capacitações: Um Modelo Alternativo para as Ações Públicas *In Redes, Santa Cruz do Sul*, v. 13, n. 1, p. 159- 181, 2008., p. 142. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/redes/article/view/196/1483>.

meio do desenvolvimento⁴⁵, assumindo um papel ao mesmo tempo constitutivo e instrumental na construção do desenvolvimento e, em consequência, na construção do indivíduo como agente transformador.

Desse modo, se extrai a patente responsabilidade da sociedade civil no processo de socialização do Estado, ao passo em que a mesma toma a posição de agente de transformação, e se torna elemento central no que concerne ao trato dos interesses sociais no âmbito da deliberação e decisão política, que implicarão, por conseguinte, no processo de estadualização da sociedade.

Assim, o reconhecimento quanto à necessidade de atuação do “agente” como transformador, bem como de sua respectiva responsabilidade quanto às mudanças sociais, vem de encontro à concepção de parceria entre Sociedade Civil e Estado, por meio da qual a sociedade civil, atua promovendo a expansão das capacidades, lhe proporcionando, destarte, maior liberdade e, por consequência, a ampliação de sua capacidade de promover mudanças sociais, caracterizando um verdadeiro “movimento desenvolvimentista circular”.

5. Considerações finais

Como pode se verificar, o fomento se trata, em verdade, de uma forma de consecução de interesses públicos que se caracteriza pela atuação conjunta entre Estado e sociedade civil, na qual aquele induz este último, a fim de que atue na busca pela efetivação de ações de interesse social, atividade administrativa que, destarte, tem como pano de fundo o princípio da socialidade, que prega a intensificação dessa relação orgânica para a consecução do desenvolvimento social.

Malgrado algumas críticas lançadas pela doutrina contrária à atividade de fomento, na denúncia de uma burla do regime jurídico-administrativo como subterfúgio para transferência de serviços públicos

⁴⁵ SEN, Amartya Kumar; **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução por Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 25.

sociais e ampliação da acumulação capitalista, vez que tal atividade costuma ser associada ao modelo de estado gerencial, o certo é que, de uma forma ou de outra, a atividade de fomento acaba por promover o aumento da participação democrática nas demandas sociais (e não apenas nessas), vez que, não somente se permite, mas se induz à sociedade civil para que, paralelamente ao Estado, atue diretamente no desenvolvimento de atividades de interesse social no seio da comunidade.

Outrossim, como visto, ainda que a doutrina administrativista tenda a associar a atividade administrativa de fomento ao campo da discricionariedade, vez que não seria exigível do Estado que a promovesse, ante o ideário constitucional, fundado primordialmente nos paradigmas do Estado Social, verificou-se que, caso o ente público não disponha de meios próprios para a consecução do interesse social, de forma direta, deverá fazê-lo de forma indireta, recorrendo a meios como o fomento.

Não bastasse isso, tal obrigação nasce, também, como decorrência do princípio da socialidade, por meio do qual o desenvolvimento social, aqui definido como a expansão da liberdade substantiva dos sujeitos, implica na necessidade de estabelecimento de íntima relação entre Estado e sociedade, a fim de que se promova a estadualização da sociedade, assim como a socialização do Estado.

Nesse passo, justamente ante a necessidade, também, de socialização do Estado, concebe-se, ainda, que a participação da sociedade civil na realização dos Direitos Fundamentais, de igual sorte, se mostra imprescindível para a concretização da ideia de sociabilidade, do que se extrai que a obrigação de consecução de interesses sociais não recai somente sobre os ombros do ente público, mas também da própria sociedade civil, que deverá atuar em cooperação com o Estado visando a consecução do desenvolvimento social.

Ademais, forte no ideário trazido por Amartya Sen, assim como por Celso Furtado, acerca das noções de desenvolvimento e, em especial, da concepção de “agente” como sendo aquele que, mais que mero beneficiário passivo do desenvolvimento, nele influencia e promove mudanças,

participando de ações políticas, econômicas e sociais, corrobora-se a ideia de que, enquanto inserido na sociedade, ao agente – ou à própria Sociedade Civil – possui responsabilidade e dever de atuar na consecução da responsabilidade para com a construção democrática das decisões políticas e do compromisso republicano para com o outro, isto é, o dever de promover a socialização do Estado para promoção do desenvolvimento social e expansão das capacidades.

Isso posto, ao final colhe-se que a responsabilidade quanto atuação da Sociedade Civil na condição de “agente”, e, destarte, como transformador de sua realidade e provocador de mudança, importa na efetiva concretização do princípio da socialidade, e, destarte, na concepção de parceria entre Sociedade Civil e Estado, e consequente Estadualização da sociedade e socialização do Estado, proporciona a expansão da liberdade (substantiva), gerando a ampliação de sua capacidade de promover mudanças sociais culminando em um verdadeiro “movimento desenvolvimentista circular”.

Referências

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 04/05/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito constitucional e teoria da Constituição**; 7. ed.; Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**; 10. ed.; São Paulo: Atlas, 2015.

ESCOLA, H. J; **Compendio de derecho administrativo**; v. II.; Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990; *apud* HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

FREITAS, JUAREZ; **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**; Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, Celso. **O Mito do Desenvolvimento Econômico**; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

_____. El desarrollo como proceso endógeno. Enero - abril, 2011 *apud* SOUZA, Dellany Maria Dantas *et al apud* O desenvolvimento como alargamento das capacidades humanas: aproximações entre Amartya Sen e Celso Furtado; **Revista Brasileira de Desenvolvimento Regional, Blumenau, v. 2, p. 47-58, 2014**. Disponível em: https://www.academia.edu/12746501/O_desenvolvimento_como_alargamento_das_capacidades_humanas_aproxima%C3%A7%C3%B5es_entre_Amartya_Sen_e_Celso_Furtado.

GRAU, Eros Roberto; **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**; 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

JORDANA DE POZAS, L; **Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo**; 1949; *apud* HIGA, Alberto Shinji. A Construção do Conceito da Atividade Administrativa de Fomento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal; **Curso de direito administrativo**; 10. ed.; São Paulo: RT, 2014.

MELLO, Célia Cunha; **O fomento da administração pública**; Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; **Curso de Direito Administrativo**; São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial; 13. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NABAIS, José Casalta; Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania; **Boletim da faculdade de direito, v. 75. Coimbra, 1999, pp. 145-174**.

NOGUEIRA, Juliana Guimarães; O Terceiro Setor e a Administração Pública em Portugal; **Revista Argumenta, Jacarezinho/PR, nº 9, p. 215- 242, fev. 2013**.

NOVAIS, Jorge Reis; **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**; Coimbra: Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; O direito do terceiro setor; **Revista de direito do terceiro setor**, no 1, pp. 11-38.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PORSSE, Melody de Campos *et al*; A Abordagem das Capacitações: Um Modelo Alternativo para as Ações Públicas *In Redes, Santa Cruz do Sul*, v. 13, n. 1, p. 159- 181, 2008., p. 142. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/redes/article/view/196/1483>.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; **Princípios constitucionais dos servidores públicos**; São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SEN, Amartya Kumar; **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução por Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

VALIM, Rafael; **A subvenção no direito administrativo brasileiro**; São Paulo: Contracorrente, 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral; **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**; 2. ed.; Belo Horizonte, Fórum.

O feriado da consciência negra: análise de caso sob o viés de Peter Häberle

Élder Teodorovicz

I – Introdução:

O presente artigo se justifica como tendo o objetivo de proceder uma análise do controvertido caso do feriado do dia da consciência negra na cidade de Curitiba/Pr, onde após a promulgação de lei municipal decretando o citado feriado, houve a suspensão dos efeitos da lei pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, decisão a qual foi posteriormente confirmada pela 2ª Turma do STF.

Deste modo, visa o presente estudo analisar o caso da decretação de um feriado sob a teoria constitucional de Peter Häberle, em especial a obra “*O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional*”, sobretudo sobre os motivos que levaram a promulgação da lei na cidade de Curitiba/Pr, os que determinaram a sua suspensão via declaração de inconstitucionalidade, e a importância, repercussões e consequências de um feriado no âmbito social, legal e constitucional.

O problema principal da análise será a questão constitucional doutrinária, sob o ponto de vista da doutrina de Peter Häberle da declaração de inconstitucionalidade do feriado do dia da consciência negra no Município de Curitiba/Pr, e se a inconstitucionalidade da lei municipal que estabeleceu o feriado do dia da consciência negra foi adequada do ponto de vista da identidade cultural do Estado Constitucional.

Nesse aspecto, indaga-se: Seria necessariamente o feriado um dia necessariamente estanque no sentido de ausência de labor? Quais os requisitos para a identificação de um dia social, cultural e historicamente suficientes para a decretação de um feriado? Quais as consequências da decretação de um feriado do ponto de vista legal, constitucional?

São esses pontos que se propõe analisar no presente artigo.

II - Conceito de Feriado – Aspecto Legal, Doutrinário e Semântico.

Em linguística, a *semântica* estuda o significado e a interpretação do significado de uma palavra. Assim o sendo, a primeira análise a ser feita diz respeito ao significado da palavra feriado em nossa linguística portuguesa.

A palavra feriado, tem origem latina, advindo da palavra latina “*feri-atu*”, que possuía o significado de repousar, estar em descanso¹

Segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Cândido de Figueiredo, feriado significa “*o dia ou tempo em que se suspende o trabalho para descanso, por prescrição civil ou religiosa*”²

Como se vê tanto do significado semântico como da origem latina da palavra, o feriado sempre esteve ligado a idéia de descanso, da ausência ou da atenuação do labor³.

Por sua vez, do ponto de vista legal no sistema jurídico brasileiro, a Lei 9.093 de 12 de setembro de 1995⁴ trata sobre o conceito de feriado, assim dispendo:

Art. 1º São feriados civis:

¹<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/feriado>: Acesso em 07/03/2019.

²<http://dicionario-aberto.net/dict.pdf> : Acesso em 07/03/2019

³“*Presume-se que é o trabalho que pára, e o resultado é tranquilidade, paz, descanso (também prazer, divertimento, comemoração). Mas existe uma interpretação alternativa de lazer que requer ao menos uma rápida descrição. O tempo livre não é apenas “vago”; é também um tempo à disposição da pessoa. A bela frase “o doce tempo que se tem pra si”, nem sempre significa que a pessoa não tenha o que fazer, mas pelo contrário, que não tem de fazer nada. Podemos, assim dizer, então, que o antônimo de lazer não é simplesmente trabalho, mas trabalho necessário, trabalho imposto pela natureza ou pelo mercado ou, o que é mais importante, pelo capataz ou chefe*”. In: WALZER, Michael. Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. f. 252.

⁴http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9093.htm: Disponível em 07/03/2019

I - os declarados em lei federal;

II - a data magna do Estado fixada em lei estadual.

III - os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. (Inciso incluído pela Lei nº 9.335, de 10.12.1996)

Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

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

Assim, os feriados podem ser de natureza civil, (federal, estadual ou municipal), decretados por Lei Federal, Estadual (data magna) ou municipal (centenário da fundação do Município). Por sua vez, os feriados religiosos são decretados através da Lei Municipal.

Do ponto de vista legal, o dia da consciência negra, não se enquadraria como um feriado religioso, vez que a sua origem remonta a história de um líder da resistência à luta contra a escravidão, representado por Zumbi dos Palmares, pelo que, fugiria no âmbito previsto para a decretação de feriados religiosos municipais.

Também foge do âmbito previsto para a criação de feriados civis estaduais e municipais, os quais do ponto de vista da lei supra citada, estaria adstrito a datas magnas do Estado e a data de fundação dos municípios.

Nesse diapasão, a Lei Federal 12.519, de 10 de novembro de 2011, instituiu o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, sem contudo decretar a sua data como de feriado nacional, senão vejamos⁵:

Art. 1º É instituído o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, a ser comemorado, anualmente, no dia 20 de novembro, data do falecimento do líder negro Zumbi dos Palmares.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Como se vê, da lei federal acima transcrita foi criado o “*Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra*”, sem a declaração expressa de que este dia fosse um feriado nacional.

A par disso, há algumas leis estaduais que preveem a data como feriado estadual, a título de exemplo o Estado de **Alagoas**, no qual se prevê pela Lei Estadual nº 5.724 de 1995 que o dia 20 de novembro será feriado estadual⁶.

Ademais, a exemplo do ocorrido na cidade de Curitiba/Pr, algumas outras cidades instituíram tal feriado através de lei municipal, dando a ensejo, em várias delas, de acionamento judicial para impugnar os seus efeitos, assunto que trataremos nos capítulos seguintes.

III – Peter Häberle e a importância dos feriados como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional.

Uma vez exposto o conceito semântico e legal de feriado, faz-se necessário a análise da doutrina de Peter Häberle sobre o tema, sendo este um dos maiores constitucionalistas modernos que estudou a temática de forma perfunctória.

Inicialmente, ressalta-se a importância do instituto do feriado como um elemento de identificação cultural do Estado Constitucional, associando-se a própria Constituição a um elemento cultural, senão vejamos:

“Sua importância deduz-se da Teoria Constitucional, conceituada como ciência da Cultura (Kulturwissenschaft). Ele compõe não apenas um “Direito Constitucional da Cultura” -(Kulturverfassungsrecht), mas também de forma mais profunda, autoriza a compreensão da “Constituição como Cultura. O seu elemento aproxima-se do elemento que determina os preâmbulos, as finalidades educacionais e também os juramentos. Ele é expressão da identidade cultural e da individualidade dos Estados Constitucionais.”⁷.

⁶<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116708> Acesso em 07/03/2019.

⁷HÄBERLE, Peter. Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2008. fl. 01.

Deste modo, pode-se pensar o feriado de maneira intrinsecamente ligada a idéia de Estado Constitucional, representando um valor próprio da identidade do Estado, que o diferencia e o distingue de outros Estados.

Nesse passo, o autor distingue dois aspectos do conceito de feriado, podendo este ser analisado em seu sentido estrito e em um sentido amplo.

No seu sentido estrito de feriado, este é conceituado pelo autor como “os dias com determinado conteúdo, nos quais juridicamente se define que não haverá trabalho”⁸.

Por outro lado, feriado em sentido amplo seriam “*os dias utilizados pelos órgãos do Estados e pelos representantes da política e da administração, para específicas cerimônias que estão no desenho dos valores fundamentais do Estado Constitucional, considerados não “dias de comemoração com dispensa de trabalho”*”⁹.

Deste modo, tanto podem haver feriados em que há a dispensa do labor em virtude de um fator cultural em sentido amplo, ai abarcados eventos religiosos, quanto apenas alusões e eventos comemorativos em memória de algum valor fundamental do Estado Constitucional, porém sem a dispensa ao trabalho, característica exclusiva do feriado em sentido estrito.

Como elemento de identificação cultural do Estado, inegável a ligação histórica da data comemorativa com a sociedade a qual o comemora. Nesse aspecto, o feriado pode ser visto como um elemento de integração étnico dentro de um povo ou Estado.

Nesse sentido:

“O exemplo mais representativo e também mais recente para esse tipo é o feriado criado em 1986 nos Estados Unidos, em memória aos defensores dos direitos civis, Martin Luther King. Mesmo que este não tenha sido criado por uma reforma constitucional formal (amendment), de fato trata-se de direito constitucional material. O novo feriado ou o dia de Martin Luther King é a

8HÄBERLE, Peter. Op. Cit. fl. 02.

9 Idem.

*conclusão simbólica de uma longa luta de movimento americano dos direitos civis pela equiparação e integração das pessoas de cor*¹⁰.

Cláudio Maraschin também reforça a idéia de elemento de integração social dos feriados, em especial como elementos constitucionais, em que pese não previstos expressamente na Constituição:

“Mesmo não havendo referências expressas dos feriados na Constituição, não significa que não possam ser vistos, constitucionalmente, como elementos fundamentais na formação de valores comunitários socialmente relevantes. Häberle, como veremos a seguir, entende que os feriados são “elementos vivos da identidade de todo o Estado constitucional concreto” e que um “Estado constitucional aberto” necessita de elementos culturais de base –dentre eles o feriado –sendo que a cultura é o “húmus de toda a sociedade aberta”. É a cultura que confere à sociedade o seu fundamento e os seus motivos. Sem cultura, nos diz o autor, “o homo politicus ficaria sem chão”¹¹.

Ressalte-se que os feriados são postos ao lado de outros elementos, tais como o hino nacional e a bandeira nacional, como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional, segundo bem aponta Maliska:

“Häberle classifica os feriados como um dos três elementos de identidade cultural do Estado Constitucional ao lado do hino nacional e da bandeira nacional. Nesse mundo sem fronteiras, o Estado Constitucional aberto necessita de elementos culturais de base que lhe deem identidade, tanto internamente, como forma de integração do povo e de comunhão de um sentimento de pertencimento, como externamente, como forma de reconhecimento. A globalização e a integração supranacional importam a afirmação histórica e cultural do Estado Nacional”¹².

Posto isto, é de se ressaltar que Häberle menciona que os feriados podem ter uma orientação objetiva ou da personalidade, na medida em que

10HÄBERLE, Peter. Op. Cit. fl. 07..

11MARASCHIN, Cláudio. O Feriado Como Direito Fundamental E Elemento Indispensável Para o Exercício da Cidadania no âmbito do Estado Constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – Jul./ Dez. 2010.

12MALISKA, Marcos Augusto. In: Prefácio. HÄBERLE, Peter. Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2008.

podem ter como objeto certas personalidades ou certas coisas, nesse sentido entendidas como idéias, processos, esperanças.

Nesse contexto, pode-se mencionar a situação de Martin Luter King nos Estados Unidos da América, o qual pode ser visto, no caso em análise, como uma personalidade com significado próximo ao de Zumbi dos Palmares, inspirador do dia da consciência negra no Brasil.

Aponta o citado autor que:

“Um Martin Luther King antecedeu pessoalmente, como poucos a igualdade entre as pessoas, a humanidade e a tolerância e pagou com a própria vida. Um Estado Constitucional como os Estados Unidos tem em vista essas idéias – valores fundamentais da Constituição – ao declarar o dia de Martin Luther King como feriado Nacional”¹³.

Assim sendo, sob o viés da teoria de Häberle, a homenagem a uma personalidade que representa a luta contra a escravidão e sua resistência é a expressão de um valor que um Estado Constitucional como o brasileiro deve primar, uma vez que corolário da justiça e contrário à desigualdade, sobretudo no aspecto racial.

Sobre a figura histórica que representa Zumbi dos Palmares para o movimento negro brasileiro, Edison Carneiro aponta que:

“É provável que esse nome de Zumbi fosse um título ou um apelido, talvez mesmo simplificação de um nome maior, com significação de “Deus da Guerra” que lhe empresta um documento da época. Os adversários o temiam e respeitavam. Negro de singular valor, grande ânimo e constância rara – era a opinião do autor desse mesmo documento. Este é o espectador dos mais, por que a sua indústria, juízo e fortaleza aos nossos serve de embaraço aos seus de exemplo. O Conselho Ultramarino, em 1697, lembrava o negro Zumbi, tão célebre pelas hostilidades que fez em toda aquela capitania de Pernambuco, sendo o maior açoite para os povos delas”¹⁴.

13: IHÄBERLE, Peter. Op. Cit. fl. 11

14CARNEIRO, Edison. O quilombo dos Palmares. **Brasiliana**, 1958. fl. 71.

Posta a importância histórica da figura de Zumbi dos Palmares para a cultura nacional, bem como, sendo este um elemento de identificação do Estado Constitucional brasileiro, importante classificação apontada por Peter Häberle diz respeito às forma de proteção jurídica dos feriados.

Segundo Häberle, a forma mais forte e segura de proteção de um feriado é aquela na qual se determina o dia de descanso garantido constitucionalmente

Nesse sentido também aponta:

“Um último critério de classificação dos feriados, tem-se a partir da intensidade de sua formalização ou da natureza de sua instituição jurídica. A forma mais solene de proteção do feriado é aquela em que se determina o dia de descanso garantido constitucionalmente, como o 1º de maio na maioria dos Estados membros da República Federal da Alemanha. Porém, também há dias que não possuem o mesmo grau de proteção, como por exemplo o dia 23 de maio, em que entrou em vigor a Lei Fundamental alemã de 1949, festejada somente no Parlamento ou com o hasteamento da bandeira em prédios públicos, ou o dia informal em memória á honra dos homens e das mulheres que realizaram o fracassado levante contra Adolf Hitler em 20 de julho de 1944..)”¹⁵

No caso em análise, o nível de proteção do dia da consciência negra pode ser visto como tendo um grau de proteção baixo, já que não possuindo previsão constitucional, sua instituição se deu por via de lei ordinária. Ademais, como já ressaltado, não houve a declaração expressa do dia como sendo feriado, havendo, portanto, um paradoxo entre a importância histórica e constitucional da data em questão, com a proteção do sistema jurídico pátrio.

Sobre a importância história e antropológica dos feriados, Häberle assevera que:

“Os feriados são compreendidos a partir de uma dimensão antropológica. A pessoa e o cidadão têm, sob certos valores, uma necessidade de festejar: para entrar em consonância com o seu meio ambiente, sentir-se parte da comunidade. A observação e a memória retrospectiva, bem como a esperança e o

15. IHÄBERLE, Peter. Op. Cit. fl. 19.

*desejo, pertencem à conditio humana, mesmo que essa necessidade tenha historicamente sido com frequência abusada por tiranos. O direito ao feriado, tem, enfim a ver com a imagem da pessoa no Estado Constitucional*¹⁶.

Não é por demais lembrar, que os feriados também podem ter uma significação ligada a idéia de protesto, resistência popular ou de algum grupo específico, contra certas políticas ou práticas sociais dominantes.

Nesse contexto, encaixa-se perfeitamente a luta por uma sociedade mais igualitária, no ponto de vista de inclusão das pessoas negras, sendo este um dos marcos que o dia da consciência negra, representada pela pessoa de Zumbi dos Palmares – referência máxima histórica de resistência contra a repressão dos povos africanos no país.

Sobre a questão do feriado como data representativa de movimentos de resistência, Häberle afirma que:

“Mundialmente se delinearão formas novas e até alternativas de uma *praxis* voltada a princípios fundamentais dos Estados constitucionais como tipo. Exemplos históricos são encontrados na Coréia do Sul e Chile, quando então parcialmente democráticos, nos quais a oposição democrática, mais ou menos legal, produzia, em nome dos direitos humanos, formas sociais de demonstração orientadas expressamente nos dias nacionais. [...] O direito e a prática de protesto assumiram aqui – em estados não constitucionais – funções geralmente preenchidas nos estados constitucionais reais, por um dia dos direitos humanos ou um dia de luto”¹⁷.

Como se vê, o feriado além de sua perspectiva comemorativa de rememoração de uma data histórica representativa de um grande valor nacional ou social, também possui o viés de símbolo de alguma luta ainda que atual, por melhorias nas condições de vida e conquista de direitos de uma população ou ainda de parte dela.

In casu, o dia da consciência negra se insere exatamente neste contexto, sendo para além de um dia de celebração de uma data história

16. IHÄBERLE, Peter. Op. Cit. fl. 23.

17. IHÄBERLE, Peter. Op. Cit. fl. 33.

relacionada a Zumbi dos Palmares, um marco pela luta dos povos negros e descendentes por igualdade e melhores condições de vida.

Por fim, é de se ressaltar o caráter simbólico que o feriado possui dentro do aspecto do Estado Constitucional, sendo este colocado, por Peter Häberle, ao lado de outros símbolos como a língua, o hino, a bandeira e armas símbolos do Estado, senão vejamos:

“Feriados são sobretudo artigos-símbolo, assim como as normas que dispõe sobre a língua, o hino, as armas, e a capital. Sob o conceito de artigos-símbolo, inserem-se textos constitucionais que expressam, de forma especialmente clara e fundamentada, a camada mais profunda das Constituições. Eles criam uma parcela de identidade cultural para o país considerado e são, da mesma forma, encontrados com essa função e nesse contexto em um nível mais superiores de uma Constituição Federal ou até mesmo de uma unidade nacional”.

Deste modo, fica clara a real importância que um feriado possui, no contexto da teoria do renomado autor alemão Peter Häberle, dentro do conceito de Estado Constitucional, sobretudo como sendo um elemento de identidade de Estado, representativo de valores que este preza ou que busca atingir.

Colocado tais pontos, faz-se necessário analisar o caso específico do feriado do dia da consciência negra na cidade de Curitiba/Pr, sendo este um dos propósitos do presente estudo.

IV- O feriado da consciência negra na cidade de Curitiba/Pr.:

Na cidade de Curitiba/Pr, o feriado do dia da consciência negra foi criado através da Lei Municipal 14.224/2013, a qual alterou a também Lei Municipal 10.921 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o combate ao racismo no Município de Curitiba.

A lei em questão possui a seguinte redação:¹⁸.

¹⁸Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2013/1422/14224/lei-ordinaria-n-14224-2013-altera-a-lei-n-10921-de-18-de-dezembro-de-2003-que-dispoe-sobre-o-combate-ao-racismo-no-municipio-de-curitiba-e-da-outras-providencias> - Acesso em 08/03/2019.

“A CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA, CAPITAL DO ESTADO DO PARANÁ, aprovou e eu, Prefeito Municipal, sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O inciso V do artigo 1º da Lei nº 10.921, de 18 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

"V - institui o dia 20 de novembro como feriado municipal e "Dia da Consciência Negra" no calendário oficial do Município de Curitiba, em homenagem ao Dia Nacional da Consciência Negra."

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Tal lei municipal foi publicada no diário oficial do Município em 17/01/2013, porém nunca chegou a surtir efeito, pois foi suspensa por decisão do Tribunal de Justiça do Paraná através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.011.923-6, ajuizada pela Associação Comercial do Paraná e do Sindicato da Indústria da Construção Civil (Sinduscon).

Em síntese, na ação declaratória de inconstitucionalidade mencionada, as entidades apontaram, além da inconstitucionalidade da norma – pois não caberia à Câmara de Vereadores criar feriados -, os prejuízos econômicos que a medida traria para a cidade.

O Tribunal de Justiça do Paraná, dando provimento a ação direta proposta, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei em questão, nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 14.224/2013 DO MUNICÍPIO DE CURITIBA INSTITUINDO O DIA 20 DE NOVEMBRO COMO FERIADO MUNICIPAL EM HOMENAGEM AO “DIA NACIONAL DA CONSCIÊNCIA NEGRA”. INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A lei impugnada ao instituir como feriado municipal o dia 20 de novembro, em homenagem ao “Dia Nacional da Consciência Negra”, invadiu competência privativa da União por envolver interrupção de expediente, repouso remunerado, compensação de jornada laboral, obrigações para os empregadores, etc., vale dizer, temas relacionados com o Direito do Trabalho (CF, art. 22, inciso I), ofendendo diretamente os arts. 1.º, inciso I e 17, incisos I e II da Constituição Estadual. A uma, por não se tratar de assunto apenas de interesse local. A duas, por ter contrariado, não apenas suplementado, a Lei Federal n.º 9.093/1995, a qual, atuando como “bloqueio de competência”, disciplina que o campo normativo passível de preenchimento

pelos municípios na matéria em tela está restrito à fixação dos dias de início e término do ano do centenário de sua fundação e dos feriados religiosos, respeitada a tradição local e o máximo de quatro datas, sendo uma delas obrigatoriamente a Sexta-Feira da Paixão. ¹⁹”.

Os autores da ação direta de inconstitucionalidade, argumentaram em síntese, que o Município de Curitiba não tem competência para legislar sobre direito civil, comercial e do trabalho, matérias com as quais está relacionada a instituição de feriados civis e que por isso não poderia instituir o feriado em questão, sendo que a instituição do mesmo levaria a ofensa à Lei Federal n.º 9.093/1995, a qual dispõe sobre a instituição de feriados, reservando aos municípios apenas a possibilidade de instituir os religiosos em número não superior a quatro e outro para a comemoração do seu centenário.

Por outro lado, a Câmara Municipal de Curitiba, em contestação, defendeu a validade do ato legislativo dizendo que a lei impugnada está em consonância com o interesse local do Município de Curitiba assim, obedece o disposto no art. 30, inciso I, da Constituição Federal, nela não havendo nenhuma disposição a respeito de relações de trabalho.

Como se vê da ementa supra citada, a inconstitucionalidade reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná diz respeito à forma como tal feriado teria ingressado no sistema jurídico (inconstitucionalidade formal) não levando-se em conta o aspecto material (o conteúdo) da lei que criou o feriado do dia da consciência negra em Curitiba/Pr.

Não se conformando com a decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Paraná, ainda no ano 2013 a Câmara Municipal de Curitiba ingressou com uma Reclamação junto ao STF, questionando a competência do Tribunal de Justiça do Paraná para decidir sobre a suspensão da lei, argumentando que caberia apenas ao STF tal função. O Legislativo

19 Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PR/attachments/TJ-PR_ADI_10119236_01d9d.pdf?Signature=6DYGoWfDxLk585Veg2gdxwPvApA%3D&Expires=1552051758&AWSAccessKeyId=AKIAIP_M2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=adedf5b6e39ebcccbbcfco38a9erfied Acesso em 08/03/2019.

municipal então requereu a revogação da decisão do Tribunal de Justiça estadual, com a conseqüente volta da vigência da norma municipal.

O STF através da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu por denegar provimento ao recurso da Câmara Municipal, nos termos da seguinte ementa:

Agravo regimental em reclamação. 2. Medida liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de lei municipal, por supostas ofensas à Constituição estadual. 3. Normas da Constituição estadual que reproduzem dispositivos da Federal de repetição obrigatória. Caracterização da competência do Tribunal de Justiça local. Inexistência de usurpação da competência originária do STF. Precedentes. 4. Posterior julgamento de mérito da referida ADI, com substituição da decisão ora reclamada. Perda superveniente de objeto. 5. Agravo regimental a que se nega provimento²⁰.

O julgado em questão do Supremo Tribunal Federal não adentrou-se quanto ao mérito da questão, e sim ao aspecto formal e constitucional do controle de constitucionalidade, entendendo que competiria ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a realização do controle de constitucionalidade de lei municipal. Senão vejamos:

“Nota-se que o dispositivo-paradigma tido por violado refere-se à norma de reprodução obrigatória pelos estados-membros (art. 30, I e II, da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da RCL 383, rel. min. Moreira Alves, Pleno, DJ 21.5.1993, fixou entendimento de que é da competência do Tribunal de Justiça local julgar ação de controle de constitucionalidade abstrato de norma municipal em face de dispositivos da Constituição estadual que reproduzam dispositivos da Federal de repetição obrigatória²¹”.

Assim foi confirmado pelo E. STF a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal de Curitiba n. 10.921 de dezembro de 2013, perdendo, portanto, a sua validade jurídica²².

20 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310760867&ext=.pdf> Acesso em 08/03/2019.

21 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310760867&ext=.pdf> Acesso em 08/03/2019.

22 “Agora o novo enunciado do § 2 do art. 201 da Constituição segundo a EC 45/2004, deu solução expressa a questão, acolhendo nossa tese ao estatuir que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos (erga omnes) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e à Administração

Entretanto, a questão foi analisada sob o viés estritamente formal, uma vez que se entendeu que o Município não poderia legislar sobre aquele tema, não se adentrando ao mérito da importância da data a ser celebrada, nem dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade²³.

Não obstante a questão da divisão de competências entre as esferas de poder no sistema jurídico brasileiro, necessário se faz uma análise da possibilidade de se pensar numa possível solução para o caso, que resguarda-se o feriado do dia da consciência negra como elemento de identificação do Estado brasileiro, em virtude de tudo o que este representa para a formação da sociedade e do Estado.

V - Considerações finais: possibilidade de solução da problemática da situação do feriado da consciência negra sob o enfoque de Peter Häberle.

A análise da constitucionalidade do feriado do dia da consciência negra no Município de Curitiba/Pr em especial quanto a importância histórica e como elemento integrador do Estado Constitucional Brasileiro, não deveria ter sido feita apenas no aspecto estritamente formal.

Como já dito, a questão da inconstitucionalidade foi reconhecida por se entender que o Município não poderia legislar sobre tal situação, já que violaria o disposto na Lei a Lei 9.093 de 12 de setembro de 1995, e a norma de reprodução obrigatória nas constituições estaduais expressas nos incisos I, e II, do art. 30 da CF²⁴.

pública direta, e indireta, nas esferas estadual e municipal. O objetivo do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato - a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito, e isto tem valor geral, evidentemente, e vincula a todos." In: SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo! José Afonso da Silva. -40. ed., rev. e atual! até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. Fl. 54.

23"Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*)". In: MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 - São Paulo: Atlas, 2017. fl. 543.

24Art. 30. Compete aos Municípios:

A par disso, tem-se que a ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pela Associação Comercial do Paraná e do Sindicato da Indústria da Construção.

Em que pese a questão argumentativa quanto ao vício formal²⁵, advindo da incompetência para legislar sobre a matéria em questão, tem-se que o escopo da ação interposta era baseada no viés econômico que a declaração de um feriado traria para a economia da cidade.

Em síntese, o que a parte autora da ação almejada era que se deixasse de tornar obrigatório a dispensa do trabalho no dia 20 de novembro, já que isso traria prejuízos ao comércio e a toda a cidade em um contexto geral. Não fosse esse fato, certamente a parte autora não adentraria com a medida judicial de impugnação da Lei Municipal de Curitiba/Pr.

Nesse aspecto, importante a classificação já citada de Peter Häberle quanto aos feriados em sentido estrito e sentido amplo.

Os primeiros seriam os que se define que não haverá trabalho, havendo descanso aos trabalhadores e festividades em virtude de algum fato ou lembrança de alguma personalidade históricos.

Os segundos, em sentido amplo, são aqueles que possui uma significação histórica, relacionados a cerimônias governamentais por representarem datas especiais, porém sem a implicação em ausência de labor.

Nesse ponto, verifica-se que a questão de fundo para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade foi a repercussão econômica que a

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm – acesso em 08/03/2019.

25“Tal como já colocado, a Constituição Federal de 1988, determina, expressamente, que é de competência “privativa” da União, ou seja, somente a União pode legislar sobre matérias de natureza trabalhista; contudo, a União pode delegar poderes, mediante a aprovação de lei federal e, foi exatamente o que ocorreu com a publicação da já referida Lei 9.093/95, a União delegou poderes limitados para que os demais entes da Federação estabelecessem feriados de interesse local. Aqui entendida a delegação como a transferência de capacidade para praticar determinado ato ou decidir determinado assunto. Contudo; tal delegação se deu de forma limitada, uma vez que o texto legal expressamente determinou os limites de atuação dos demais entes federativos, quanto ao número de feriados que podem ser estabelecidos pelos mesmos”. In: MARINHO, Jefferson. Feriados: da inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais e da aplicação do poder ordenador pelas entidades do Sistema S. Brasília, 2013. 16f. – Artigo (Especialização) Instituto Brasiliense de Direito Público.

ausência de trabalho e consequente atividade econômica produziria para a cidade.

Entretanto, seguindo-se a classificação de Peter Häberle, não haveria a necessidade de se dispensar o trabalho em toda a cidade de Curitiba em virtude da lei que declarou o dia 20 de novembro como feriado do dia da consciência negra.

Poder-se-ia, nesse contexto, repita-se, afora a questão do vício formal da lei, dar-se interpretação conforme a constituição para interpretar a lei municipal, já que a mesma não possui em seu texto legal a sua repercussão literal e expressa em questões trabalhistas e comerciais, no sentido de manter a validade do feriado previsto em lei, apenas interpretando-o como feriado em sentido amplo, alusivo a comemoração em memória da história da luta dos povos africanos contra a escravidão²⁶.

Nesse sentido:

“O acentuado avanço da interpretação constitucional permite que se desenvolvam teorias e metodologias constitucionais cons-trutivistas, aptas a responder aos anseios das relações sociais, o que revela o grau de integridade da interpretação no neoconstitucionalismo. É confiando na capacidade de interpretação do texto constitucional, com força transformadora, que a moldura dos princípios se mostra aberta ao preenchimento e às gradações. A Constituição, com espaços para a sua conformação, leva a uma otimização do texto constitucional, pela capacidade do intérprete e melhor uso do direito, sem excessos

[...]

O segundo sentido é o da interpretação conforme ocorre quando está presente mais de uma hipótese interpretativa, momento em que o tribunal competente dirá qual delas está mais apropriada ao texto constitucional. É uma maneira de salvar a norma legal e firmar orientação constitucional. Este é o sentido freqüentemente atribuído pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Exemplos podem ser pensados em lei que tenha mais de uma possibilidade interpretativa, quando o tribunal aponta qual interpretação é inconstitucional

26“Para que se obtenha uma *interpretação conforme* a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina *interpretação conforme com redução do texto*, ou, ainda, *conceder* ou *excluir* da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional. Essa hipótese é denominada *interpretação conforme sem redução do texto*”. In. MORAES, Alexandre de. Op. Cit. fl. 548.

– e, portanto, não pode mais ser realizada – e assim salva o teor da norma. A norma escrita é preservada e uma interpretação é proibida. Bom exemplo brasileiro ocorreu com a promulgação do Estatuto do Idoso. Os artigos 75-77 regulavam a necessária participação do Ministério Público em todos os processos em que pessoa com mais de 60 anos fosse parte.³⁵ Isso levaria a um prejuízo para o Ministério Público e atrasaria todos os processos em que idosos estivessem envolvidos. Ao julgar a questão, o STF decidiu que se tratava do caso de interpretar conforme a Constituição, os dispositivos – art. 75-77 do Estatuto do Idoso –, para dar sentido a intervenção por parte do Ministério Público somente nas lides em que o idoso se encontrasse desprotegido ou com necessária atenção especial. Os dispositivos restaram preservados, apenas a interpretação que entendesse obrigatória a participação do Ministério Público em todos os feitos de idosos é que não poderia mais ser aplicada ²⁷.

In casu, dando-se uma interpretação conforme à Lei Municipal, no sentido de interpretar o feriado declarado como feriado em sentido amplo, alusivo a comemoração e memorações da resistência negra, sem incluir nesta interpretação a necessidade de ausência de expediente laborativo, colocaria todo o contexto da valoração do feriado da consciência negra como elemento importante na formação do Estado Constitucional brasileiro em evidência, não prejudicando a atividade econômica da cidade.

Nessa medida haveria a possibilidade de compatibilização da lei municipal com a sua finalidade e seu significado de representar a luta contra a escravidão e a igualdade dos povos, valor importante e que deve ser destacado como elemento de identidade cultural ao estado Constitucional Brasileiro.

VI- Referências bibliográficas:

MARASCHIN, Cláudio. O Feriado Como Direito Fundamental E Elemento Indispensável Para o Exercício da Cidadania no âmbito do Estado Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 16 – Jul./ Dez. 2010.

²⁷MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista da EMERJ, Rio de Janeiro*, v. 11, n. 43, p. 247-268, 2008.

HÄBERLE, Peter. Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2008

CARNEIRO, Edison. O quilombo dos Palmares. **Brasiliiana**, 1958. fl. 71.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ, Rio de Janeiro**, v. 11, n. 43, p. 247-268, 2008.

MARINHO, Jefferson. Feriados: da inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais e da aplicação do poder ordenador pelas entidades do Sistema S. Brasília, 2013. 16f. – Artigo (Especialização) Instituto Brasiliense de Direito Público.

WALZER, Michael. Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo! José Afonso da Silva. -40. ed., rev. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/feriado>: Acesso em 07/03/2019.

<http://dicionario-aberto.net/dict.pdf> : Acesso em 07/03/2019

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9093.htm: Acesso em 07/03/2019.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02011-2014/2011/lei/l12519.htm Acesso em 07/03/2019.

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116708> Acesso em 07/03/2019.

<https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2013/1422/14224/lei-ordinaria-n-14224-2013-altera-a-lei-n-10921-de-18-de-dezembro-de-2003-que-dispoe-sobre-o-combate-ao-racismo-no-municipio-de-curitiba-e-da-outras-providencias> – Acesso em 08/03/2019.

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PR/attachments/TJ-PR_ADI_10119236_01d9d.pdf?Signature=6DYGoWfDxLk585Veg2gdxwPvApA%3D&Expires=1552051758&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=adedf5b6e39ebcccbcfco38a9e1f1ed
Acesso em 08/03/2019.

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310760867&ext=.pdf> Acesso em 08/03/2019.

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310760867&ext=.pdf> Acesso em 08/03/2019.

Controle de Convencionalidade: uma análise do instituto sob a perspectiva Democrática

Élder Teodorovicz

I- As Convenções internacionais e forma de inserção no sistema normativo pátrio.

Os tratados e convenções internacionais são atos normativos supranacionais que estabelecem, em sua maioria, compromissos que os Estados pactuantes/signatários se comprometem a cumprir, através de inserção de suas cláusulas no sistema jurídico interno de cada país, os quais geram obrigações aos respectivos entes.

Assim o sendo, acentuam-se os reflexos que a assunção de tais compromissos e obrigações tem na vida dos cidadãos de cada Estado signatário. Nessa perspectiva, bem como acentua Mazzuoli:

“Pode-se então dizer que, nos dias de hoje, a vida internacional funciona quase que primordialmente com base em tratados, os quais exercem, no plano do Direito Internacional, funções semelhantes às que têm no Direito interno as leis (caso em que se fala estar diante dos tratados normativos) e os contratos (dizendo-se, nesse caso, tratar-se dos assim chamados tratados-contrato), regulamentando uma gama imensa de situações jurídicas nos mais variados campos do conhecimento humano, o que já justifica o seu estudo mais aprofundado”¹.

¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público [livro eletrônico/ Valerio de Oliveira Mazzuoli] - 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.Cap. V. fl. 19.

A definição de tratado consta na Convenção de Viena de 1969² - a qual é o ato normativo internacional que regulamenta as convenções e tratados internacionais, - e aparece logo no seu art. 2º, § 1º, alínea “a”, que assim estabelece:

"1. Para os fins da presente Convenção:

a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".²⁷

É de se ressaltar que há certa confusão sobre a nomenclatura de tais atos internacionais, confundindo-se os conceitos de tratados e convenções. Sobre o conceito de convenção, Mazuoli explicita:

“Essa expressão começou a ser empregada no sentido atual a partir da proliferação dos congressos e conferências internacionais, nos quais matérias da maior relevância para a sociedade internacional passaram a ser frequentemente debatidas, gerando atos internacionais criadores de normas gerais de Direito Internacional Público, demonstrativos da vontade uniforme das partes em assuntos de interesse geral. A expressão convenção conota então aquele tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratados-lei ou tratados-normativos, dos quais são exemplos as convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, as de Genebra sobre direito humanitário etc. Ocorre que o termo também tem sido indiscriminadamente utilizado - principalmente pelas Constituições brasileiras - ao lado da expressão genérica tratado. Mas não se tem dúvida de que é mais apropriado reservar-se o termo convenção para os atos multilaterais oriundos de conferências internacionais, que versem sobre assuntos de interesse geral. Por esse motivo, a prática internacional manda evitar o uso da expressão em tela para designar atos bilaterais, qualquer que seja a sua importância, ainda mais se estes formalizam um acordo de vontades com fins diferentes.⁵⁹ Exemplo bastante significativo da expressão em comento, e que bem demonstra as características que se acabou de expor, é a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um

2 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm .

dos mais importantes tratados multilaterais já celebrados na história das relações internacionais. A distinção entre tratado e convenção, todavia, não subsiste a uma análise detalhada dos textos normativos internacionais, o que demonstra que ambos os significados ainda se confundem na atualidade³”.

Uma vez visto o seu conceito, resta perquirir a maneira como os tratados/convenções internacionais ingressam no sistema jurídico pátrio. Especificamente sobre as formas de inserção desses tratados/convenções internacionais no sistema jurídico brasileiro, ele obedece a duas fases, ditas interna e externa.

Assim sendo:

“Pois bem, a primeira ideia a fixar-se é a de que os tratados e convenções internacionais são atos solenes, cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades rigorosamente distintas e sucessivas. Eles somente se completam após a realização de sucessivos atos jurídicos que vão se encadeando e se entrelaçando desde a sua celebração até a sua entrada em vigor. São genericamente quatro as fases pelas quais têm de passar os tratados solenes até sua conclusão: a) a da formação do texto (negociações, adoção, autenticação) e assinatura; b) a da aprovação parlamentar (referendum) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; c) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca ou depósito dos instrumentos que a consubstanciam; e d) a da promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado. Essa última fase é apenas complementar às demais e visa dar aplicabilidade interna ao compromisso internacionalmente firmado; sua ausência não exime, em absoluto, o Estado de responder pelos termos do tratado já ratificado e em vigor. Frise-se que a Convenção de Viena de 1969 não se ocupou das chamadas fases internas de celebração de tratados, é dizer, se o texto convencional respeitou as regras constitucionais sobre competência para concluir tratados, a menos que nesse iter de celebração tenha sido desrespeitada disposição de Direito interno de fundamental importância sobre competência para concluir tratados, hipótese constante do art. 46, § 1º, da Convenção, que será estudado com detalhes mais adiante⁴”.

³MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público [livro eletrônico] Valério de Oliveira Mazzuoli – 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. cap. IV. p. 19.

⁴Iidem. p. 20.

Deste modo, como parte externa estariam as negociações internacionais e assinatura do tratado/convenção, e as fases internas seriam o referendo parlamentar, a ratificação e a promulgação e publicação do tratado.

“A ratificação do tratado representa o segundo momento em que o Poder Executivo se manifesta na processualística dos atos internacionais. Se a assinatura vincula juridicamente o Estado ao texto adotado, a ratificação vincula o Estado ao tratado mesmo com todas as cláusulas obrigacionais que nele se contém. Essa nova participação executiva se justifica pelo fato de poder terem sido alteradas as circunstâncias de sua celebração ou ser outro o momento político por que passa o Estado, a eventualmente não recomendarem seu engajamento definitivo. Assim, na história das relações internacionais, o momento do consensus dos Estados sobre o seu engajamento ao tratado passou da assinatura para a ratificação, tendo esta última se tornado o momento mais importante da processualística contemporânea de celebração de tratados⁵⁷”.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados regula o processo de ratificação, de forma específica, nos §§ 1º e 2º do art. 14, que assim dispõem:

"Artigo 14. Consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela ratificação, aceitação ou aprovação.

1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação:

- a) quando o tratado disponha que esse consentimento se manifeste pela ratificação;
- b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que a ratificação seja exigida;
- c) quando o representante do Estado tenha assinado o tratado sujeito a ratificação; ou
- d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

2. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifestar-se pela aceitação ou aprovação em condições análogas às aplicáveis à ratificação⁶."

Como se vê, superada as fases de tratativas e discussões internacionais, findado pela assinatura, ato de competência exclusiva do chefe do Estado, passa-se à fase de aprovação de tal assunção internacional pelo parlamento brasileiro.

É de se ressaltar que em que pese tais convenções e tratados ingressem no sistema jurídico nacional com força de lei, ou de emenda à constituição se aprovado pelo quorum qualificado, tem-se uma limitação aos debates parlamentares no tocante à sua aprovação ou não. Como bem pontua Mazzuoli:

"De outro lado, vista a questão sob a ótica do Direito interno, tem-se que uma emenda aposta pelo Congresso ao texto de um tratado é uma ingerência indevida do Parlamento em assuntos do Executivo, ingerência essa que viola a harmonia e independência dos Poderes (garantida pela Constituição). E tal parece lógico, pois como poderia um Estado sozinho emendar um tratado negociado com vários outros sujeitos do Direito Internacional Público? Em outras palavras, como se explicaria, do ponto de vista diplomático, possa o Legislativo (unilateralmente) reformar cláusulas de um tratado celebrado pelo Executivo com outras potências estrangeiras? É óbvio que ao Poder Legislativo não foi dada a faculdade de mutilar o texto convencional submetido à sua apreciação, o que equivaleria dar ao Congresso o poder de negociar tratados, derrubando desse posto quem realmente é competente para tal (ou seja, o Presidente da República)⁷ “.

Em suma, sendo de atribuição e competência do Executivo a dinâmica das relações internacionais, e tendo sido, pelo seu chefe ou pelos seus delegados, negociado o tratado no âmbito externo, resultado do acordo pleno de vontades dos países participantes, uma vez submetido o seu texto

6Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm .

7MAZZUOLI. Op. cit. fl. 21.

à aprovação do Parlamento, fica afastada a possibilidade de qualquer emenda em seu conteúdo.

Tal situação se deve pelo fato de que uma vez que a um dos Estados-partes não é dada a possibilidade de, posterior e unilateralmente, modificar o acordado internacionalmente, o que implicaria na renegociação do tratado pelos demais Estados, somente possível, constitucionalmente, por ato do Presidente da República, a quem compete "celebrar tratados, convenções e atos internacionais" nos termos do art. 84, inc. VIII, da Constituição da República.

Assim, compete ao congresso Nacional apenas e tão somente aprovar ou não o conteúdo do tratado, e jamais modificá-lo.

Como bem sistematiza Rocha⁸:

“De fato, é atribuição do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal) examinar e aprovar o conteúdo do tratado, iniciando pela Câmara e depois pelo Senado. Uma vez aprovado o compromisso nas duas Casas Legislativas, mister se faz formalizar a decisão do Parlamento, o que é feito por decreto legislativo expedido pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União, sendo o texto aprovado e em seguida promulgado pelo Presidente da República através de decreto publicado no órgão oficial com texto completo do tratado em anexo. Só então é que o diploma internacional passa avigorar internamente”.

Uma vez posto o conceito de convenção internacional bem como o processo de inserção do mesmo no sistema jurídico nacional, incumbe agora analisar o fenômeno do controle de convencionalidade, ou seja, de verificação se uma norma interna se compactua com o aspecto normativo de uma convenção internacional assumida e inserida no sistema jurídico brasileiro, e formas de seu exercício.

8ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. id/496862, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496862/RIL130.pdf#page=73>

II –O controle de convencionalidade e formas de seu exercício.

Seguindo uma linha lógica, em um primeiro momento, cumpre verificar com qual *status* ingressa uma convenção internacional no ordenamento jurídico brasileiro, para fins de conflito de normas, para daí, verificar as formas efetivas de controle visando a harmonização do sistema jurídico nacional.

Nesse aspecto, Rocha pontua que:

“Respeitada a supremacia da Constituição do Estado, resta buscar a solução para o confronto entre o tratado e as leis infraconstitucionais. Alguns países têm adotado a primazia da norma internacional sobre a norma interna, como se verifica na França, Grécia, Peru e Holanda; enquanto outros têm consagrado o tratamento paritário entre o tratado e a lei nacional. A Constituição brasileira, embora não fazendo de modo expresso, deixa claro a adoção do sistema paritário quando submete os tratados ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b), a exemplo das leis infraconstitucionais. A jurisprudência brasileira, num primeiro momento, chegou a conceber a primazia do tratado sobre o direito interno infraconstitucional, tendo, posteriormente, assentado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, por maioria, que, ante o conflito do tratado com lei posterior, esta é de prevalecer perante a Justiça, ainda que o Estado venha a sofrer, no plano internacional, as conseqüências do descumprimento do tratado”⁹.

A esse despeito, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro, na esteira da previsão Constitucional, preveja como regra o sistema paritário quando da subsunção de um tratado internalizado para fins de controle de constitucionalidade, uma matéria em especial possui abordagem jurídica diferenciada quanto se trata da questão de conflitos de normas internas e convencionais, quais sejam, as normas oriundas de convenções/tratados que disponham sobre direitos humanos.

Como bem ensina Marinoni:

⁹ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Op. Cit.

“Caso o direito internacional dos direitos humanos seja equiparado à lei ordinária, obviamente não há como pensar em alçá-lo ao patamar de parâmetro de controle. Não obstante, especialmente diante da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 466.3432, em que se discutiu a legitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), é importante considerar duas posições que elevam o direito internacional dos direitos humanos a um patamar superior, dando-lhe a condição de direito que permite o controle de legitimidade da lei ordinária. A posição que restou majoritária no julgamento do recurso extraordinário, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, atribuiu aos tratados internacionais de direito humanos um status normativo supralegal, enquanto a posição liderada pelo Ministro Celso de Mello conferiu-lhes estatuto constitucional. Ao lado destas posições, cabe ressaltar, também, a que sustenta a supraconstitucionalidade destes tratados internacionais”¹⁰.

Não obstante a regra geral de inserção dos tratados firmados pelo Estado brasileiro, é importante mencionar que o §3º do art. 5º – inserido pela emenda constitucional 45/2004, estabeleceu que os tratados sobre direitos humanos que tiverem aprovação “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros” assumem a forma de norma constitucional.

Assim, temos que se pode enquadrar os tratados em relação ao nível de hierarquia normativa em 3 posições: 1) tratados gerais, considerando estes os que não disponham sobre direitos humanos, os quais ingressam no sistema jurídico com o mesmo status de lei ordinária; 2) tratados que versem sobre direitos humanos que não tenham sido aprovados pelo congresso com o quorum qualificado de 3/5, os quais segundo entendimento prevalente no Supremo Tribunal Federal possuiriam status supra legal, em que pese não tenham a força normativa de emenda à Constituição¹¹; 3) tratados que versem sobre direitos humanos que tenham sido aprovados

10 MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-C-CONV..pdf>.

11 Conforme consignado no julgado RE n.466.343, disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

pelo Congresso em votação em dois turnos, com quorum qualificado de 3/5, os quais ingressam com status de emenda à Constituição.

Visto a força normativa dos tratados, de acordo com a forma que são inseridos dentro do sistema jurídico brasileiro, deve-se verificar as formas de controle em caso de conflitos com a legislação interna, o que se tem chamado de controle de convencionalidade.

A esse despeito, é de se mencionar que nos termos do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não apenas a legislação infraconstitucional pode ser passível de controle com base nas convenções internacionais de direitos humanos, mas a própria Constituição do Estado signatário pode ser considerada inválida se contrariar tal convenção, se não vejamos:

“Como visto, a Corte Interamericana entende que o controle de convencionalidade não é restrito às normas infraconstitucionais, recaindo, isto sim, sobre as normas de direito interno, aí presentes as normas constitucionais. Nestes termos, qualquer ato normativo interno, seja infraconstitucional -lei, decreto”.¹²

Como bem resume esse ponto, Mazzuoli¹³:

“Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade”.

Assim o controle de convencionalidade se põe ao lado do controle de constitucionalidade para se aferir a validade de determinado ato

¹² MARINONI, idem.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Id/496913, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496913/RIL181.pdf?sequence=1#page=114>.

normativo com as convenções internacionais e, caso não o seja, invalidar tal norma, operando-se a análise, desta forma, no campo da validade¹⁴.

Estabelecido que através de um controle de normas tendo como parâmetro as convenções internacionais em especial as que tratam de direitos humanos, restar analisar de que forma e quais órgãos podem realizar esse tipo de controle.

Nesse contexto:

“Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.⁴⁸ Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralísante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem¹⁵.

Como se vê, qualquer órgão do Poder Judiciário pode realizar para além da análise de compatibilidade vertical de determinada lei ou ato normativo com a Constituição, também pode e deve realizar verificação de compatibilidade vertical com os tratados de direitos humanos, ainda que não alçados à qualificação de emenda à constituição, pois possuem caráter supra legal. Tal controle pode ser exercido por qualquer membro do poder

14“ A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.⁴³ A expressão “controle de convencionalidade” ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional”. MAZZUOLI. *Idem.*

15Mazzuoli. *Ibidem.*

judiciário em sede de controle difuso, como também pelo controle concentrado, perante os Tribunais Estaduais e pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶.

Explicitado o conceito do controle de convencionalidade, bem como a necessidade de compatibilidade vertical de toda a legislação pátria com os tratados que versem sobre direitos humanos, e que tal controle pode ser exercido por qualquer membro do poder judiciário, resta analisar tal questão sobre uma perspectiva democrática, expressa pela vontade popular efetivada pelos representantes do povo.

III – Lei, atividade normativa e democracia.

É de conhecimento do mais leigo estudante do direito ou de qualquer cidadão bem informado que conheça a mais básica divisão do poder estatal, que a atividade típica de legislar é função primária do poder legislativo, órgão que tem a atribuição constitucional primeira de elaborar normas de caráter geral (e em alguns casos concretas) e imperativas, que são direcionadas a toda a sociedade e regem o Estado Democrático de Direito estabelecido na República brasileira.

Tal atividade legiferante é exercida por representantes do povo, investidos de mandatos eletivos, aos quais, a Constituição em seu art. 1º, Parágrafo Único, atribui todo o Poder democrático. São os membros do Congresso Nacional estes representantes do povo, aos quais é atribuído por força do poder constituinte originário a prerrogativa de criar leis, como atividade própria e principal.

Assim o sendo, na forma acima descrita, a atividade legislativa é produto inerente do exercício da democracia, através da qual, os

¹⁶Constata-se, com base na referida teoria, pela existência de dois limites verticais materiais. O primeiro limite se subdivide em duas etapas: a análise da compatibilidade com o texto constitucional, resultando no controle de constitucionalidade e, logo em seguida, com os tratados internacionais de direitos humanos, emergindo, assim, o controle de convencionalidade. O segundo limite vertical material, por sua vez, seria a verificação de compatibilidade da legislação interna com os tratados que versam sobre conteúdo diverso dos direitos humanos, dando origem ao controle de suprallegalidade". In. SILVA, Pedro Henrique da. DEOCLECIANO, Pedro Rafael M. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NAS RECENTES JURISPRUDÊNCIAS DO STF . Revista Expressão Católica Jul - Dez, 2016; 5 (1). Disponível em: <http://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/rec/article/view/1491/1222>

representantes do povo devidamente eleitos pela maioria que os delega um mandato, passam a estabelecer as normas que vão reger a sociedade¹⁷.

Nos dizeres de Raul Horta Machado:

“A apreciação global sobre o renovado processo legislativo concebido pela Constituição de 1988, autoriza concluir que suas regras permitirão assegurar o equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder executivo. A constituição substituiu o Congresso Homologador pelo Congresso ativo, capaz de proporcionar ao país os benefícios da legislação adequada ao seu desenvolvimento e progresso”¹⁸.

Em que pese ao poder legislativo incumba a função de criar leis, ela não é exclusiva dele, havendo outras figuras jurídicas no sistema nacional, tal qual a medida provisória, que também possuem características próprias de uma norma legal, em que pese tenha origem em outros poderes, e tenham limitações não impostas à lei ordinária ou complementar¹⁹.

Outros atos, tais como as normas de organização judiciária, as quais também tem natureza de lei, tem origem no poder judiciário, e existem no ordenamento jurídico brasileiro com expressa previsão constitucional,

17“O processo legislativo não existe autonomamente, como valor em si, pois é técnica a serviço das concepções políticas, realizando fins do poder. Dai sua mutabilidade no tempo e sua compreensão variada, refletindo a organização social, as formas de Governo e de Estado, a Estrutura partidária e o sistema político”. In: HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas Constituições federais brasileiras. [id/496833](#), 1989.fl. 02.

18HORTA, Raul Machado. Op. Cit. fl. 28.

19Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

I - relativa a: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

b) direito penal, processual penal e processual civil; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

III - reservada a lei complementar; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

sem que haja qualquer problemática em torno delas. A característica comum dessas outras figuras acima mencionadas é que em que pese não sejam oriundas do poder legislativo, possuem espeque no texto constitucional, portanto são atos com natureza e força de lei com legitimidade constitucional.

De outra banda, há que se ter em mente que o poder Legislativo, em algumas situações, quer seja por questões burocráticas que levam a morosidade de sua atuação, quer por questão puramente políticas, deixa de regrav fatos da vida que merecem atenção e regulação por parte do estado, havendo, portanto, omissão estatal.

Em tais casos, há medidas expressamente previstas no corpo do texto constitucional para o saneamento dessa situação de omissão, tais como o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXX, da CF²⁰ que tem por objeto sanar omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, e também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Figuras já bem conhecidas no meio jurídico, as quais o presente artigo não tem a pretensão de aprofundar seus conceitos.

Sobre a formação da vontade que guiará os rumos de determinado Estado, importante as ponderações de Jurgem Habermas sobre a atividade normativa e seu viés democrático, estabelecido através da comunicação:

“Conforme a concepção republicana a formação da opinião e da vontade políticas no espaço público e no parlamento não obedece às estruturas dos processos de mercado mas tem suas estruturas específicas. São elas as estruturas de uma comunicação pública orientada para o entendimento. o paradigma da política no sentido de uma autodeterminação cidadão não é o mercado e sim o do diálogo:”Uma concepção dialógica vê – ou talvez fosse o caso de dizer que idealiza – a política como uma atividade normativa. Ela concebe a política como uma contestação sobre questões de valores e não meramente questões de preferências. Ela entende a política como um processo

20 “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”;

de argumentação racional e não exclusivamente de vontade, de persuasão e não exclusivamente de poder, orientado para a consecução de um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou pelo menos aceitável, de ordenar aqueles aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas. [...] Precisamente por isso o embate de opiniões sustentado no terreno da política tem uma força legitimadora, não somente no sentido de uma autorização para perseguir posições de poder, mas também no sentido de que o exercício continuado do discurso político tem força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político. O poder administrativo somente pode ser empregado com base nas políticas e nos limites da lei que surgem do processo democrático²¹.”

Se extrai do conceito de Habermas, que a atividade política desenvolvida pelo parlamento, na sua função criativa normativa, é desenvolvida sobretudo com base em um processo comunicativo. Representantes eleitos do povo, através de comunicação desenvolvida no processo legislativo, buscam e atingem uma espécie de acordo que se consubstancia em ato normativo (lei) que vai reger as relações sociais de determinado Estado²².

Tal processo é a consubstanciação prática do princípio democrático, através da vontade da maioria – que no âmbito da política é feito através de representantes do povo devidamente eleitos e investidos de mandatos – a qual através da comunicação em debates parlamentares acaba produzindo os acordos de vontade que assumem o caráter normativo.

Como bem explicitam Vera Karam de Chuery e Miguel Godoy:

“Aqui reside a importância da deliberação coletiva enquanto elemento essencial para a tomada de decisões de índole coletivas, já que se parte do pressuposto de igualdade e de que todos merecem igual respeito e

21HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua nova*, v. 36, p. 39-53, 1995. fl. 43.

22“O fato de as normas constitucionais serem *constitutivas* não remove a possibilidade de revisões democráticas, ou seja, não garante a *cooriginalidade* que Habermas procura defender. Waldron afirma que as democracias normalmente revisam as *regras do jogo*, e isso ocorre mediante debates, discordâncias, como pode ser observado em posições majoritárias que não são unânimes, em votos parlamentares ou em decisões judiciais.607 As normas constituintes demandam que uma democracia não mude as *regras do jogo* durante a partida, enquanto o jogo está sendo jogado. As normas das eleições não poderiam ser mudadas no meio do processo eleitoral, apesar da decisão em *Bush v. Gore*.608 Mas as pessoas possuem desacordos que passam pelo conteúdo e pela forma das regras, e isso se apresenta como um problema que pode ser agravado, especialmente nos casos em que tais desacordos não parecem possuir meios para um entendimento no futuro”. In: LORENZETTO, Bruno Meneses. Os caminhos do constitucionalismo para a democracia. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2014.

consideração. Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo direito, mas poderiam/podem/devem ser resolvidos pelo processo democrático à medida que o povo – os que são afetados por essa restrição – toma parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões. Vale dizer, a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida da inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si²³.

Essa estrutura supra mencionada, é ausente, de certa forma, quando se tem em prática uma inserção do sistema jurídico nacional das normas oriundas de um tratado internacional, pois, como já vimos, a atividade a que incumbe aos representantes do povo – parlamentares - é reduzida à aprovação ou não de tal tratado/convenção, não havendo a possibilidade de qualquer alteração em seu texto, ou de alguma cláusula específica que não atenda aos anseios da maioria ali representada.

Tal situação na imensa maioria das vezes busca tutelar um direito, e não se duvida das intenções de satisfazer os direitos e garantias fundamentais, mas inevitavelmente nos leva ao problema da unidade e integridade do sistema jurídico²⁴.

Nesse tocante, importantes as lições de Dworkin ao abordar o direito como integridade:

“Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da

23CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. G. Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte. Revista Direito GV, v. 6, p. 159-174, 2010. fl. 169.

24“A segunda característica perceptível é a insuficiência dos métodos tradicionais de resolução das antinomias no ordenamento jurídico. Sabe-se que, na perspectiva do direito interno, o saneamento de um conflito normativo dar-se-á por meio da aplicação de critérios objetivos, a saber: hierárquico, cronológico e de especialidade⁴. Todavia, diante da incorporação de um tratado ou acordo internacional no ordenamento jurídico interno, têm-se alguns problemas práticos. Dessarte, a mais importante dessas dificuldades é a de saber qual o *status* hierárquico que determinada norma internacional vai receber no momento de sua inserção no ordenamento jurídico interno, podendo ser considerada lei ordinária, norma de caráter supralegal ou até mesmo norma com *status* constitucional”. In: CHAVES, Denilson Gonçalves. COSTA SOUZA, Mônica Tereza. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A AUTOANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 87 - 113

comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita”²⁵.

Da mesma forma, Teixeira²⁶ cita o problema relativo à questão de harmonia do sistema jurídico no tocante ao controle de convencionalidade:

“Com efeito, não se pode olvidar a existência de julgamentos proferidos por juízes e Tribunais brasileiros¹⁷, visando a dar concretude a Direitos Fundamentais tutelados em tratados internacionais, nos quais integram os fundamentos das decisões a análise de compatibilidade da norma interna disciplinadora do caso em exame face às normas de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, bem como são consideradas, em muitos casos, as interpretações das Cortes Internacionais, sobretudo naqueles que envolvem tratados de direitos humanos. Contudo, tal proceder é adotado de forma assistemática, permeando-lhe, ainda, as dificuldades que resultam da falta de entendimento pacificado e harmônico sobre a hierarquia das normas internacionais em face do ordenamento interno e acerca dos limites entre o direito interno e o externo”.

A atividade comunicativa se faz presente quando das discussões pelo parlamento, em suas comissões, e em todo o trâmite de um projeto de lei que venha a ser aprovado, nos termos das normas regimentares parlamentares.

²⁵DWORKING, Ronald. Uma questão de Princípio (Tradução de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. fl. 9.

²⁶TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Controle da Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário. Direito público, v. 8, n. 33, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1745/984>

São em verdade, essas discussões feitas pelos representantes do povo, que vão estabelecer normas que regem a sociedade como um todo, bem como vão definir os rumos que determinada nação almeja alcançar²⁷.

Uma vez que toda essa atividade comunicativa que a elaboração da norma visível junto ao Poder Legislativo representa perante a elaboração normativa, e que esta pode ser considerada inválida se contrariar um tratado/convenção internacional inserida no nosso ordenamento jurídico ao qual, possui âmbito de deliberação e discussão estritamente reduzido, há que se concluir que há um deficit democrático no tocante à inserção de um tratado/convenção internacional junto ao sistema jurídico brasileiro.

IV – Considerações finais.

De todo o exposto, verifica-se que o controle de convencionalidade, é um instrumento de análise de compatibilidade vertical das leis e atos normativos produzidos no Estado brasileiro com os tratados e convenções internacionais.

Especial relevância diz respeito à análise de tal controle das convenções internacionais que disponham sobre direitos humanos, os quais, como acima dito, possuem posição na hierarquia de normas prevalente sobre a legislação pátria, estando em um grau de superioridade ainda que não o sejam aprovados pelo quorum qualificado para alçarem o *status* de emenda constitucional.

A par disso, podem ser pensadas algumas problemáticas envolvendo a questão do controle de convencionalidade, em especial no tocante aos que possui *status supra legal*, e que, por si só, tem o condão de invalidar normas jurídicas existentes no sistema jurídico pátrio.

27“É possível concluir, portanto, que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático”. In. CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. G. Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte. Revista Direito GV, v. 6, p. 159-174, 2010. fl. 171.

Em um primeiro momento, tem-se a problemática da questão relativa à difícil conceituação do que seriam normas que tratem de direitos humanos, dada a vagues da expressão e seu caráter genérico. Nesse sentido:

“A amplitude e a abertura do conceito e do discurso, embora, em princípio, visem ao fortalecimento e à própria disseminação dos direitos humanos, colocando-os à disposição de todos, suscitam a dificuldade de se determinar o real alcance desses direitos. Assim, o caráter abstrato e geral, além de não impedir que, na tentativa de se fixar esse alcance, ocorra também a manipulação, sem oposições, e a perpetuação da opressão e das violações, acaba inviabilizando uma efetiva proteção dos direitos humanos”²⁸.

Nesse contexto, até mesmo as cortes internacionais de proteção aos direitos humanos não possuem um entendimento consolidado sobre o que seriam normas de direitos humanos, como se vê:

“Além da crítica de que o uso de uma expressão um tanto vaga como essa carrega em si uma forte carga de idealismo, o fato é que a sua utilização se tornou tão complexa que uma resposta certa e única sobre o que constitui um direito humano, se não é impossível, é bastante difícil. A generalização ocorre inclusive nos sistemas de proteção. Com vistas a traduzir os preceitos ligados aos direitos humanos, cada um deles desenvolveu um “arcabouço de normas e mecanismos cada vez mais abrangente e complexo” (Alencar, 2010, p. 177). Nem mesmo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Sidh) apresenta um conceito único e acabado do que sejam os direitos humanos”²⁹.

Assim sendo, a alçada de um tratado como regulador de normas de direitos humanos possui caráter interpretativo, e como todo, subjetivo. Dai decorre o primeiro problema, se assim o for qualificado passará a possuir

28AGUIAR ARIFA, Bethânia Itagiba.. O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica?. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 17 - n. 51, p. 145-173 - jan./jun. 2018. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwiNu4b7kcTIAhVqK7kGHQjADIQFjACegQlAxAB&url=http%3A%2F%2Fescola.mpu.mp.br%2Fpublicacoes%2Fboletim-cientifico%2Fedicoes-do-boletim%2Fboletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018%2Fo-conceito-e-o-discurso-dos-direitos-humanos-realidade-ou-retorica%2Fat_download%2Ffile&usq=AOvVawozeyiNjcEHj14H_Eswg9eS.

29Idem.

status de supra legalidade, paralisando e invalidando as normas do sistema jurídico interno.

A segunda problemática apresentada diz respeito à questão da representatividade e legitimidade democrática na incorporação de tais tratados/convenções no sistema jurídico pátrio.

Como já mencionado, as discussões de matérias legislativas em trâmite no Congresso Nacional envolvem várias etapas de discussões, com possibilidades de alterações em projetos de lei para a melhor adequação do interesse público, manifestada pelos representantes do povo.

Ocorre que com a inserção de uma convenção ou tratado internacional no sistema jurídico não há a possibilidade de se realizar tais debates da mesma forma, pois apenas pode-se aprová-lo ou não, sem contudo haver a possibilidade de modificar seu texto ou alguma norma específica, por parte do poder legislativo. Tal realidade se apresenta como um tudo ou nada, ou se aprova a convenção em sua íntegra ou não.

Tal questão ganha especial relevo se considerando que uma vez aprovado passará a ter caráter supra legal, invalidando outras normas frutos de produção legislativa, feitas sobretudo na representação da vontade popular.

Assim sendo, há que se refletir sobre os meios de se alcançar maior legitimidade popular nos debates sobre inserção de convenções e tratados internacionais, em especial dados os efeitos que os mesmos possuem na legislação e na condução do Estado Brasileiro como um todo, a partir de sua incorporação.

V- Referências bibliográficas:

AGUIAR ARIFA, Bethânia Itagiba. O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica?. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 17 - n. 51, p. 145-173 - jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwiNu4b7kcTIAhVqK7kGHOtjADIOFjACegQIAxAB&url=http%3A%2F%2Fescola.mpu.mp.br%2Fpublicacoes%2Fboletim-cientifico%2Fedicoes-do-boletim%2Fboletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018%2Fo-conceito-e->

[o-discurso-dos-direitos-humanos-realidade-ou-retorica%02Fat_download%02Ffile&usg=AOvVawozeyiNjcEHJ14H_EswqgeS](#) .

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. Editora Saraiva, 2017.

CHAVES, Denilson Gonçalves. COSTA SOUZA. Mônica Tereza. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A AUTOANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 87 – 113

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. G. Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte. Revista Direito GV, v. 6, p. 159-174, 2010.

LORENZETTO, Bruno Meneses. Os caminhos do constitucionalismo para a democracia. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-C-CONV..pdf> .

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público [livro eletrônico/ Valerio de Oliveira Mazzuoli – 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Id/496913, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496913/RIL181.pdf?sequence=1#page=114>.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. id/496862, 1999. Disponível em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496862/RIL130.pdf#page=73> .

SILVA. Pedro Henrique da. DEOCLECIANO, Pedro Rafael M. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NAS RECENTES JURISPRUDÊNCIAS DO STF . Revista Expressão Católica Jul - Dez, 2016; 5 (1). Disponível em: <http://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/rec/article/view/1491/1222> .

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Controle da Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário. *Direito público*, v. 8, n. 33, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1745/984>.

Convenção de Viena de 1969: Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm.

Julgado do Supremo Tribunal Federal n. RE n.466.343, disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

Poder contramajoritário como fundamento do constitucionalismo do estado social

Elvis Jakson Melnik

Introdução

O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de funções independentes e harmônicas entre si. Dentro da tipologia mais moderna, estas funções são identificadas como Legislativo, Executivo e Judiciário.

A ideia remonta os estudos do Barão de Montesquieu, que reconhece que há em cada estado três tipos de poderes, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das nações e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga aqueles que são feitos. Pelo segundo, ele faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, evita invasões. Pelo terceiro, punha os crimes ou julga os diferentes indivíduos. Este último será chamado de poder judicial; e o outro, simplesmente o poder executivo do estado.¹

A Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo este modelo e especificamente esta ordem, reconheceu a necessidade de distribuir a atividade do Estado através dos chamados poderes, de acordo com a participação popular.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

É inegável que o Poder Legislativo é quem melhor representa o povo brasileiro, vez que carrega em seu meio as diversas nuances e ideologias existentes em todo o território nacional. Traduz em termos proporcionais os anseios das maiorias e das minorias, definindo-o como o Poder que melhor representa o povo e, em consequência, a democracia.

O Poder Executivo, por sua vez, representa a maioria. Cabe ao Executivo a movimentação da máquina administrativa, realizando a vontade da maioria de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Poder Legislativo.

O Poder Judiciário, por sua vez, não traz em seu seio a participação democrática, senão nos tribunais do júri. Há uma participação popular indireta na escolha dos membros dos tribunais superiores, mas esta manifestação é pontual e se extingue no momento da posse do magistrado, que passa a julgar de acordo com sua concepção do Direito.

2 Compreensão da divisão de funções

Analisando a Constituição Norte Americana, Madison, Hamilton e Jay ressaltam que o Poder Legislativo foi idealizado e estruturado em duas casas, sendo uma representante dos Estados e a outra representante do Povo. Tal divisão teve o claro intuito de limitar, desde a origem, o maior poder da República, tomando o devido cuidado de estabelecer eleições a cada dois anos, objetivando a constante manutenção de sua legitimidade. “Em nossos governos, o Poder Legislativo deriva superioridade também de outras circunstâncias. Sendo seu poder ao mesmo tempo mais amplo e menos suscetível de limites precisos, ele pode, com maior facilidade, mascarar suas intrusões nos poderes paralelos sob a forma de medidas complicadas e indiretas. (...) E isto não é tudo: como apenas o poder legislativo tem acesso ao bolso do povo, possuindo em algumas constituições plena liberdade de decisão - e em todas uma influência prevalente - sobre a remuneração pecuniária dos membros dos outros poderes, cria-se nestes

últimos [Executivo e Judiciário] uma dependência que facilita ainda mais as usurpações do primeiro.”²

O Poder Executivo, cujos poderes não são tão amplos, recebeu uma limitação externa, realizada pelo Poder Legislativo.

Do que se observa, tanto em relação ao Poder Legislativo quanto ao Poder Executivo, a preocupação com o desvio do poder é evidente, de forma que os poderes, embora independentes, limitam-se mutuamente.

O Poder Judiciário, por sua vez, não teve a mesma preocupação do constituinte. Na visão de Madison, Hamilton e Jay, tal fato se deu em razão dos juízes terem recebido poder menor que os demais. Como resultado, o Poder Judiciário era um Poder quase sem poder, recebendo a função de declarar mecanicamente o direito.

Com o surgimento do Estado Social e o reconhecimento da forma normativa da constituição, coube uma maior participação dos Poderes na efetivação de Direitos Fundamentais. A menor preocupação dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento das medidas necessárias para a distribuição dos bens jurídicos resulta em perda da representatividade, traduzindo-se em um novo papel ao Poder Judiciário.

Os Direitos Fundamentais propostos pela Constituição passam a figurar no ponto central do Estado Social, vinculando todos os Poderes e refletindo nas relações interpessoais entre particulares, na forma analisada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso Lüth.

É a partir do Estado Social que os Poderes Legislativo e Executivo recebem uma maior responsabilidade de ação, visando a implementação de Direitos Fundamentais como forma de legitimação do poder e realização da democracia. Nesta nova ordem, os Poderes se legitimam pela ação na busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais, que resultam da tradução dos direitos humanos em texto constitucional, não se limitando ao aspecto meramente econômico. De acordo com Amartya Sen, com

² MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 339.

oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros.

Neste sentido, Eduardo Appio ressalta que *“o direito a um tratamento com igual consideração e respeito pressupõe a própria divindade da vida humana, ou seja, o fato de que todos os seres humanos são dotados de determinadas características que os distinguem dos demais seres e que, portanto, são destinatários naturais da mesma atenção.”*³

Segundo Robert Alexy, “uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de Direitos Fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: Direitos Fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”⁴

A produção legislativa passa a exigir novas técnicas interpretativas além daquelas classicamente estabelecidas, demandando do intérprete uma nova mentalidade e compreensão dos objetivos propostos pelo Estado Social.

3 Poder Contramajoritário

O Poder Judiciário, que no Estado Liberal estava limitado a aplicar mecanicamente as leis nas demandas que lhe eram apresentadas, recebe uma nova roupagem, cabendo-lhe um novo ofício, de interpretar e aplicar a Constituição de acordo com um modelo mais moderno, que lhe exige a realização de um poder maior.

A ampliação do poder recebido pelo Judiciário, no entanto, tropeça em um importante fator não considerando inicialmente: a representatividade popular é extremamente limitada no Poder Judiciário. A possibilidade do Poder Judiciário declarar uma lei contrária aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição representa a realização de um poder contramajoritário, que se traduz no poder de um indivíduo ou órgão que não detém

³ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2008, p. 195.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

legitimidade popular em retirar do ordenamento jurídico uma norma criada, analisada, votada e estabelecida por outro poder que legitimamente representa o povo.

A compreensão do poder contramajoritário desenvolveu-se a partir de contribuições teóricas de Alexander Bickel. De acordo com Ana Lucia Pretto Pereira, Bickel nasceu na Romênia e radicou-se nos Estados Unidos, onde foi professor da Universidade de Yale e elaborou obra referencial sobre o tema, cujo título é “The Least Dangerous Branch”, publicada em 1962. Na obra, Bickel apresenta o Poder Judiciário como o ramo de poder político menos perigoso para a democracia, dado o modo de investidura de seus membros, e também as prerrogativas e princípios, políticos e jurídicos, de regência no exercício da função pública.

De acordo com Pereira, como caráter contramajoritário do Judiciário, Bickel – e uma grande parcela de pensadores que lhe sucederam – compreende, precisamente, o fato de que juízes não eleitos possam vir a adotar decisões contrárias à vontade de maiorias ocasionais, sendo que essa vontade estaria presente – ou melhor representada – no âmbito das casas legislativas. Precisamente, Bickel ocupa-se em refletir sobre o instituto da judicial review – conhecido, entre nós, grosso modo, como “controle judicial de constitucionalidade” –, dado que controle judicial da constitucionalidade significa justamente a possibilidade de que juízes e tribunais revisem o conteúdo de opções legislativas, cassando-as em situações concretas (ou em abstrato, como ocorre, por exemplo, no caso brasileiro). Eis, portanto, o que Bickel veio a chamar de “dificuldade contramajoritária” do Judiciário.

A tese de Bickel encontrou e tem encontrado acolhida dentre inúmeros juristas e filósofos políticos. O caráter contramajoritário do Judiciário levaria ao que parcela da doutrina nomeia de “déficit de legitimidade” da jurisdição. Posta a crítica, esforços doutrinários (justificatórios, é verdade) têm sido apresentados. No campo da teoria jurídica, um exemplo é o do autor alemão Robert Alexy, para quem, se atos judiciais não possuem legitimidade democrática por representação, possuem, por outro lado,

legitimidade democrática por argumentação. Outros autores valem-se do preceito fundamental da separação de poderes para compreender – com base na doutrina norte-americana – que a possibilidade de revisão judicial de atos legislativos integra o que se conhece como sistema de freios e contrapesos entre os poderes da República."⁵

Importante ressaltar que Bickel alerta que as manifestações do Poder Judiciário devem estar arraigadas de prudência, evitando-se que os Tribunais se manifestem desnecessariamente com base em fundamentos constitucionais (e via de consequência políticos) nas causas em que fossem suficientes os fundamentos infraconstitucionais. Com isto, os tribunais evitaram transformar conflitos jurídicos em conflitos constitucionais.

A compreensão desta prudência, aparentemente, determina que as demandas judiciais iniciem-se perante juízes inferiores, os quais deverão, sempre que possível, fundamentar suas decisões dentro das leis estabelecidas pelo Poder Legislativo, com amplíssima representatividade popular, limitando-se a atuação da Corte Suprema às causas mais importantes e, dentre elas, somente as extremamente importantes receberiam fundamentação constitucional.

Diante deste novo paradigma, ao lado dos tradicionais métodos de interpretação das normas passa-se a exigir a evolução também da ciência hermenêutica, estabelecendo novos métodos de interpretação das normas constitucionais a partir dos Direitos Fundamentais.

Na visão de Barroso, “a nova interpretação constitucional surge para atender as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Ela surge, entre outras razões para lidar com os casos difíceis, que são aqueles para os quais não há soluções pré-prontas no ordenamento. Esta é uma observação importante: não foi o Direito e a interpretação constitucional que,

⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Supremo Tribunal Federal: um tribunal contramajoritário?** Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/supremo-tribunal-federal-um-tribunal-contramajoritario-aneikojr6vhq584sptxrmqow/>>. Acesso em 01/09/2019.

deliberadamente, se tornaram mais complicados. Foi a vida que ficou mais complexa, exigindo categorias jurídicas mais sofisticadas e sutis.”⁶

Em resgate inicial do tema dentro desta compreensão de Estado Social e a realocação dos Direitos Fundamentais no centro da Constituição, pode-se afirmar que o Poder Legislativo e o Poder Executivo representam legitimamente a personificação da democracia, enquanto o Poder Judiciário, na execução da função contramajoritária passa a exercer importante papel de defensor da constituição.

A ideia pode ser explicada por meio da teoria do pré-comprometimento de Jon Elster. Pela teoria do pré-comprometimento, a proteção qualificada de certos temas (ou direitos) é necessária para assegurar metas a longo prazo, as quais sucumbiriam às maiorias que visam a interesses imediatos. Trata-se de proteção contra os anseios momentâneos.

Jon Elster, explicando a teoria do pré-comprometimento, cita o caso de Ulisses, rei de Ítaca na obra “A Odisseia”, de Homero, que desejando atingir sua meta mais importante sem se deixar levar pelos feitiços ao passar pela ilha das sereias, pediu para ser amarrado ao mastro de seu barco.

Na teoria do pré-comprometimento de Jon Elster, Ulisses poderia representar o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o próprio povo, enquanto as correntes representariam o Poder Judiciário na condição de limitador das vontades passageiras que não se encaixam na constituição.

Dentro desta nova concepção, o Poder Judiciário passa a receber uma maior participação no papel dos Poderes do Estado Democrático de Direito, mas sempre relacionada à limitação dos demais poderes, quando as ações representarem violação aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Roberto Alexy**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>> Acesso em 01 set 2019.

4 Efeitos irradiantes dos Direitos Fundamentais e a tensão com o princípio democrático

Atualmente, observa-se uma maior atuação do Poder Judiciário na limitação de diversos comportamentos não só do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, mas também dos diversos componentes da complexa estrutura estatal atingindo, inclusive as relações particulares.

A atuação do Poder Judiciário limitando não só os Poderes Legislativo e Executivo, mas também controlando as relações particulares encontra respaldo na teoria irradiante dos Direitos Fundamentais relatada no Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth.

De acordo com os registros históricos, Erich Lüth era o presidente do clube da imprensa de Hamburgo, tendo convocado um boicote aos filmes de um famoso diretor do cinema nazista, produzidos no pós-guerra. Processado, Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo, sendo-lhe imposta uma obrigação de não realizar novas convocações a favor do boicote, além do pagamento de multa pecuniária, vez que sua conduta foi considerada contrária à moral e aos bons costumes. Inconformado, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã que, sopesando os Direitos Fundamentais em conflito, considerou a incitação ao boicote de Lüth protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5.º da Lei Fundamental Alemã.

A partir desta decisão do Tribunal Constitucional Alemão, reconheceu-se um importante postulado de que os Direitos Fundamentais previstos em uma constituição irradiam seus efeitos por toda a legislação ordinária, de forma que toda interpretação da ordem jurídica deve ser realizada à luz dos preceitos constitucionais relacionados a Direitos Fundamentais, ainda que se trate de relações jurídicas entre particulares (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais constitucionais).

No caso brasileiro, esta atuação interpretativa realizada por um poder sem legitimidade democrática, dá-se na execução de um plano constitucional. Se por um lado o Supremo Tribunal Federal não tem vínculo popular

nem responsabilidade com os eleitores, por outro guarda uma missão constitucional de efetivar Direitos Fundamentais.

Esse papel funcional do Supremo Tribunal Federal tem despertado grande atenção nos últimos anos, impondo uma reflexão acerca da necessidade de se conferir legitimidade democrática à atuação da corte.

Nesta ordem de ideias, surgem instrumentos de participação popular na realização da função judiciária pelo Supremo Tribunal Federal, sendo as mais visíveis o fortalecimento da figura do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiências públicas nas ações de grande repercussão.

Nas palavras de Barroso, “a capacidade de uma corte constitucional interpretar e levar em conta o sentimento social é positiva e desejável. Em uma democracia, todo poder é representativo, vale dizer, deve ser exercido em nome e no interesse do povo, bem como deve contas à sociedade. Por isso, juízes de qualquer grau de jurisdição devem olhar pela janela de seus gabinetes e se esforçarem por compreender a realidade à sua volta. Mas aqui há cuidados a serem tomados: o Judiciário não pode se tornar mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou paudado pela mídia. Muitas vezes, a solução justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro.”⁷⁷

Barroso reconhece a necessidade do Poder Judiciário não se descuidar dos anseios do povo, de escutar o povo, de viver o povo e de compreender o povo, mas alerta para sua missão dentro de um Estado Social: sua função não é democrática, mas constitucional.

Diante da manifestação dos anseios do povo por meio de leis aprovadas pelo Poder Legislativo (democracia) e os Direitos Fundamentais previsto na constituição (constitucionalismo), Robert Alexy propõe o que se denomina de teoria da moldura pela qual os Direitos Fundamentais enquanto princípios deixariam um espaço dentro do qual o legislador pode atuar. Nas palavras do autor, a metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Roberto Alexy**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>> Acesso em 01 set 2019.

que é facultativo – ou seja, nem obrigatório, nem proibido- é aquilo que se encontra no interior da moldura. Neste sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado.⁸

A produção legislativa, portanto, deve guardar respeito aos limites propostos na moldura estabelecida pela constituição. Em diversas hipóteses de manifestação do Poder Legislativo pode resultar em conflitos entre os anseios do povo e os Direitos Fundamentais previstos na constituição, o que representaria não só a violação dos limites da estrutura, mas também o desvio da meta proposta de acordo com a teoria do pré-comprometimento, resultando em uma tensão entre o princípio democrático e os Direitos Fundamentais.

Ferrajoli também se preocupa com a esta tensão, asseverando que os Direitos Fundamentais vêm de fato a se configurar, diversamente dos outros direitos, como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos – a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente “fundamentais” (a vida, a liberdade, a sobrevivência) – tanto às decisões de maioria quanto ao livre mercado.⁹

Tão provável quanto o canto da sereia para Ulisses é a existência da tensão entre o princípio democrático e os Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição. Embora exista um entrelaçamento do princípio democrático e os Direitos Fundamentais, a tensão que possa advir desta relação pode resultar em três consequências:

- a) O Poder Legislativo pode ameaçar por meio de ações e omissões os Direitos Fundamentais, como se viu no Terceiro Reich;
- b) Os Direitos Fundamentais podem anular o pleno exercício do princípio democrático por meio de decisões do Poder Judiciário;
- c) Em situações mais amenas, a prevalência dos Direitos Fundamentais priva a livre manifestação do Poder Legislativo.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 583.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

Neste sentido, Jorge Reis Novais salienta que essa tensão se verifica porque a maioria no poder (mesmo pressupondo que tal poder teve origem e legitimação democráticas) pode ameaçar os Direitos Fundamentais. Pode ameaçá-los de forma sistemática e até teorizar essa atitude de hostilidade ou, no mínimo, de funcionalização ou instrumentalização dos Direitos Fundamentais. Referido autor cita como o exemplo o Estado autocrático do século XX, de matiz conservadora ou de matiz anti-capitalista, nos momentos em que o regime invoca o apoio maioritário da população para proceder a violações sistemáticas dos Direitos Fundamentais, citando também o atual Estado islâmico como exemplo da primeira consequência pontuada da tensão.¹⁰

Quanto à segunda consequência, de limitação do pleno exercício do princípio democrático, Jorge Reis Novais ressalta que a potencial oposição entre os dois princípios, também a força de resistência dos Direitos Fundamentais pode inibir um pleno exercício do poder democrático e fazê-lo tão mais efetivamente quanto, em primeiro lugar, um poder sem representatividade popular tenha, em nome da proteção dos Direitos Fundamentais, a possibilidade constitucionalmente garantida de condicionar, invalidar ou impedir a execução das medidas decididas pelos órgãos legitimamente eleitos para legislar.¹¹

Por fim, e na mesma senda, Jorge Reis Novais aponta que mesmo que a prevalência do princípio do Estado de Direito sobre o princípio democrático não se manifeste de forma tão ostensivamente, há uma constante privação da margem de livre decisão do legislador democrático, da maioria.¹²

¹⁰ NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 21.

¹¹ NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 21.

¹² NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 22.

5 Constituição brasileira

Retornando ao caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou generosa gama de Direitos Fundamentais enquanto reflexo de décadas de restrições e atuações autoritárias do Poder Executivo e de um Poder Legislativo usurpado e comandado pelo primeiro. Este extenso rol de Direitos Fundamentais exigem uma consciência dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de leis e políticas públicas de liberdade em sua maior extensão, de igualdade e isonomia e de solidariedade e preocupação com o próximo, com o meio ambiente e com as futuras gerações.

Tratar os Direitos Fundamentais como um mero poema constitucional transforma o texto de 1988 em uma simples folha de papel dentro do conceito sociológico de Lassalle. A necessidade de reconhecimento da força normativa da constituição, nas ideias de Hesse, traduz os Direitos Fundamentais em normas de conteúdo programático, determinando uma atuação positiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que devem direcionar e fundamentar suas condutas na efetiva execução das metas constitucionais.

A partir desta compreensão, é possível entender que o Poder Legislativo e o Poder Executivo, enquanto representantes máximos do princípio democrático, receberam um comando constitucional de atuação, sendo que a omissão não pode ser entendida como um mero capricho.

Assim, a omissão do Poder Executivo, ainda quando escudado nos limites do razoável, deve ser efetivamente demonstrado, sob pena de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de omissão constitucionalmente relevante.

No mesmo sentido, a omissão legislativa quando qualificada em razão de inefetividade ou ineficácia de Direitos Fundamentais representam conduta controlável pelo Poder Judiciário.

Importante não perder de vista que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo receberam, em sua essência, na condição de

representantes do princípio democrático, um poder bastante amplo, cujo Estado Democrático de Direito entendeu necessária uma autolimitação e um sistema de freios e contrapesos necessários para evitar a usurpação e submissão de um pelo outro. Ao Poder Judiciário, que em sua origem recebeu poder extremamente reduzido (um poder quase sem poder), a preocupação com eventuais excessos foi proporcionalmente menor.

Traduzindo-se esta configuração dos Poderes em um Estado Social, dada a representatividade popular, verifica-se, no entanto, que aqueles poderes com maior proximidade com o povo e com o princípio democrático possuem maior limitação, enquanto o Poder Judiciário, inerte e alienado aos anseios populares, não recebeu limitações equivalentes.

A possibilidade de atuação do poder contramajoritário do Judiciário representa, portanto, compreensível receio de violações ao princípio democrático. Se utilizado o poder contramajoritário como forma de adaptação à moldura estabelecida no texto constitucional, no entanto, compreende-se a magnitude e a importância da atuação do Poder Judiciário quando reconhece a inconstitucionalidade de uma norma votada e aprovada pelos Poderes diretamente ligados ao povo, com responsabilidade diante de seus eleitores.

No entanto, a antiga proposta do Poder Judiciário enquanto legislador negativo passa por uma nova compreensão, recebendo críticas em razão de aparente usurpação da função legislativa, quando reconhece a inconstitucionalidade de uma omissão do Poder Legislativo, elaborando, por si só, técnica de interpretação que resulta, a cabo, na utilização de norma para casos não legislados de forma consciente e propositada.

Recentemente o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de dois importantes processos, a ADO 26 e o MI 4733, demonstram a atuação de um poder contramajoritário em uma seara típica do Poder Legislativo, que não resulta efetivamente na elaboração de uma lei para situação esquecida, de forma propositada ou não, mas resulta, na prática, na criação de novas situações de aplicação de lei para casos não previstos nela originariamente.

Com isto, inaugura-se uma nova fase de atuação do Poder Judiciário, oriunda e fundamentada na violação de Direitos Fundamentais em razão de conduta omissiva dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Ressalta-se, contudo, que não é a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal agiu nesta função desviada. De acordo com Renato Ângelo Salvador Ferreira, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ7, ao decidir que a união estável homoafetiva tem regime jurídico de entidade familiar, assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não se esconder sob o manto da vergonha, de não se submeter à maioria.¹³

Este caso paradigmático é essencialmente diferente, na medida em que a Suprema Corte deu interpretação contrária ao texto expresso na Constituição da República Federativa do Brasil com fundamento em Direitos Fundamentais expressos no seu próprio texto, contrapondo o texto do art. 226 e seus parágrafos diante do art. 5.º, de conhecida vocação para os Direitos Fundamentais.

No julgamento da ADO 26 e do MI 4733, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação da Lei de Racismo (Lei 7.716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, sem qualquer conotação com relação a atos de homofobia.

O julgamento não passou alheia à aparente usurpação das funções do Poder Legislativo. Os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio pontuaram, em seus votos, que o julgamento de procedência levaria invariavelmente à criação de um novo tipo de crime, o que caberia exclusivamente ao Congresso.

Por fim, é importante ressaltar que a decisão definitiva da ADO 26 e do MI 4733 demanda a revisão da compreensão de diversos elementos do procedimento legislativo, em especial considerando que uma lei exige

¹³ FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. *A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132*. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, n.24, p.15-18, set./dez., 2012.

publicação em diário oficial e a espera do decurso do prazo da *vacatio legis*, o que não se aplica a uma decisão judicial da Suprema Corte. A criação de novas situações típicas não previstas inicialmente em lei aprovada pelos reais representantes do povo exige procedimento similar, garantindo-se o amplo conhecimento da inovação legislativa sem alteração de texto.

Considerações finais

O surgimento do Estado Social representa uma evolução dos Direitos Fundamentais, os quais passam a figurar como metas constitucionais das quais nenhum Poder constituído poderá se afastar.

A necessária produção legislativa e a existência de políticas públicas voltadas à implementação de Direitos Fundamentais não é só uma necessidade de cumprimento de uma ordem constitucional, mas principalmente um objetivo para o qual indivíduos possam efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros, nas palavras de Amartya Sen.

A existência de Direitos Fundamentais estabelecidos na constituição serve de base para fundamentar as decisões que reconhecem a nulidade de legislação com eles incompatíveis, traduzindo-se em um poder contramajoritário das cortes superiores no Estado Social.

Assim, enquanto o Poder Legislativo e o Poder Executivo recebem seu poder da representatividade popular, o Poder Judiciário recebe fundamento na argumentação de suas decisões.

Diante desta possível tensão entre o princípio democrático e os Direitos Fundamentais, é necessário reconhecer ao Poder Judiciário uma maior atuação, não somente como um legislador negativo, mas também como um intérprete ativo da ordem constitucional.

Desta forma, a efetivação de Direitos Fundamentais enquanto metas previstas na Constituição Federal deve ser objetivo não só do Poder Legislativo e do Poder Executivo, mas também do Poder Judiciário que, intervindo na atuação estatal e nas relações particulares, poderá declarar

a nulidade de atos comissivos e determinar a integração das leis, aplicando legislação existe a casos não previstos inicialmente pelo Poder Legislativo.

Referências

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

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Reinaldo. **União Civil dos Homossexuais contrariam 55% dos brasileiros**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/uniao-civil-de-homossexuais-contraria-55-dos-brasileiros-revela-pesquisa/>>. Acesso em: 01 set 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>>. Acesso em: 01 set 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Roberto Alexy**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em 01 set 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Supremo Tribunal Federal: um tribunal contramajoritário?** Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/artigos/supremo-tribunal-federal-um-tribunal-contramajoritario-aneikojrr6vhq584sptxrmqow/>>. Acesso em: 01 set 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. I, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

Doação de órgãos presumida: uma abordagem comunitarista

Ricardo José Feiten

1. Considerações iniciais

Durante o período de janeiro a setembro de 2018, 6.419 operações de transplante de órgãos e 11.321 de córneas foram realizadas no país, de acordo com a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (2018)¹. Desse total, mais de 90% foram realizadas pelo Sistema Único de Saúde, o que faz o Brasil ocupar o segundo lugar em números absolutos de transplantes e a ser o detentor do maior sistema público de transplantes do mundo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Em setembro de 2018 haviam 33.407 pessoas na fila de espera por um transplante de órgãos no país (ABTO, 2018). Possível notar o quanto a demanda supera a oferta de órgãos, ou seja, a maior parte daqueles que necessitam de um transplante de órgãos não será contemplado ou o será tardiamente. O transplante aparece como última alternativa terapêutica, quando outras formas de tratamento não surtiram efeito, podendo ocorrer entre vivos ou *post mortem* (doador cadáver). Assim, milhares de pessoas sofrem à espera de um órgão compatível para sanar sua condição médica e outros milhares tem sua vida abreviada pela baixa oferta de órgãos.

¹ Os dados são do Registro Brasileiro de Transplantes (RBT) da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO). 4.342 transplantes de rim; 1.610 de fígado; 266 de coração; 94 de pulmão; 73 de pâncreas/rim; 31 de pâncreas; e 3 multiviscerais (ABTO, 2018).

No mesmo período de janeiro a setembro de 2018, houve 8.058 notificações de potenciais doadores de órgãos no país. Desse total, 4.468 foram classificados como elegíveis, mas apenas 2.635 efetivamente passaram pela transplantação. E o percentual de recusa, após entrevista da equipe de transplantação com as famílias dos que tiveram a morte encefálica constatada, foi de 44%² (ABTO, 2018).

A legislação brasileira prevê o consentimento familiar como requisito para a transplantação de órgãos do doador cadáver para outra pessoa, mesmo em casos em que tenha havido manifestação expressa do *de cuius*. Na atual sistemática não há margem de liberdade para o indivíduo manifestar sua opção como doador ou não, nem garantia de ter seu direito respeitado após a morte.

Diante desse cenário este artigo trabalha com o problema de como respeitar direitos individuais, ao mesmo tempo em que se cria o bem comum para a sociedade, em ação pautada na solidariedade - a doação de órgãos. O estudo objetiva apresentar o comunitarismo, corrente de pensamento da filosofia política, como alternativa para o problema. Utiliza-se do método dedutivo, com fins exploratórios, em abordagem qualitativa, para concluir pela doação de órgãos presumida como a melhor solução para o equilíbrio entre o respeito aos direitos individuais e a construção do bem comum.

2. Doação de órgãos

A doação de órgãos é o primeiro passo para o transplante. É a autorização para a remoção de órgão ou tecido de uma pessoa que recentemente recebeu o diagnóstico de morte encefálica (doador cadáver) ou de um doador voluntário (doador vivo) para um receptor que necessite desse órgão ou tecido.

A prática possui previsão constitucional:

² O percentual de recusa no estado do Mato Grosso foi de 85%, o maior entre os estados brasileiros (ABTO, 2018).

Art. 199 § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1998, não p.)

Conforme o Ministério da Saúde (2019), os órgãos passíveis de transplantação são o coração, fígado, pâncreas, pulmão e o rim. Os tecidos são as córneas, os tecidos musculoesqueléticos, os cardiovasculares e a pele.

Duas são as modalidades possíveis de doação, a que ocorre entre vivos e a do doador cadáver ou *post mortem*. A doação entre vivos é permitida por lei desde que seja gratuita e expressa, tenha como destinatário o cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau ou para qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. Que o órgão seja duplo ou que o tecido ou parte do corpo a ser removida não comprometa a saúde do doador e que seja uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. A doação *post mortem* deverá ser precedida por diagnóstico de morte encefálica e a pessoa deverá ser identificada, vedada a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas em que a identificação não seja possível (BRASIL, 1997). A identificação se torna necessária para a satisfação da regra de consentimento familiar, requisito para o transplante.

Quanto ao consentimento na doação *post mortem*, este poderá ser presumido ou expresso. Na doação presumida todo aquele que não manifestar oposição à remoção de órgãos e tecidos será um potencial doador, quando do diagnóstico de morte encefálica. Na doação consentida, ou consentimento expresso, somente aqueles que tenham manifestado em vida, expressamente, a vontade de doar é que serão potenciais doadores. A legislação brasileira prevê uma particularidade, que pode ser vista como uma terceira categoria, o consentimento familiar. Pela atual sistemática legal,

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização

do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001) (BRASIL, 1997, não p.)

A manifestação expressa do indivíduo em vida é afastada em caso de negativa da família. É esta que atualmente possui a palavra final quanto à doação de órgãos e tecidos de um doador cadáver no Brasil.

Muitos são os adeptos da sistemática da doação presumida, bem como os da necessidade de manifestação expressa, de respeito à autonomia do indivíduo, além dos que defendem o consentimento familiar como requisito para a doação. Essas oposições podem ser vistas nos diversos projetos de lei e leis que surgiram desde que se noticiou os primeiros transplantes de órgãos e tecidos com sucesso no mundo.

2.1 Retrospecto legislativo

O Projeto de Lei 4.542, do ano de 1958, foi o pioneiro na busca por regulamentação da doação de órgãos e transplantes no país. As primeiras operações de transplantação começavam a serem realizadas com sucesso no mundo e o Brasil carecia de respaldo legal para avançar na área. O projeto inicial, de autoria do deputado Adylio Martins Vianna, previa em seu texto o consentimento presumido - se nada tivesse manifestado o *de cujus*, o silêncio seria interpretado como consentimento -, que poderia ser afastado por oposição de parente até o segundo grau (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1958). Sobre a comprovação da morte o projeto nada dispôs e o texto inicial tratou apenas da modalidade *post mortem*. Após discussões na Câmara e no Senado Federal, o projeto sofreu diversas modificações, com a supressão do mecanismo de consentimento presumido.

O primeiro instrumento normativo acerca da doação de órgãos e transplantes que nosso ordenamento previu foi a Lei 4.280, de 6 de novembro de 1963, cuja ementa dispôs “sôbre a extirpação de órgão ou tecido

de pessoa falecida” (BRASIL, 1963, não p.). Possível notar pela ementa e, ainda, pelo *caput* do artigo 1º, “é permitida a extirpação de partes de cadáver [...]” (BRASIL, 1963, não p.), que somente a modalidade *post mortem* era prevista. Ainda, a norma autorizava de forma imediata apenas a retirada de córneas, deixando a um regulamento do Poder Executivo a especificação de outros órgãos passíveis de transplante (BRASIL, 1963). A retirada de órgãos era permitida desde que o “[...] *de cujus* tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos” (BRASIL, 1963, não p.). A morte deveria ser provada de maneira cabal e atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais e só seria autorizada uma extirpação em cada cadáver (BRASIL, 1963).

Em 1968 foi montada uma comissão para regulamentar a lei existente³. A comissão, no entanto, constatou que a legislação estava superada e desajustada, em função dos avanços dos últimos anos na transplantação de órgãos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1968). No mesmo ano o Poder Executivo, por intermédio do Ministério da Saúde, encaminha à Câmara dos Deputados projeto de lei que receberia o número 1.309/68. O texto inicial do projeto previa a necessidade de prova incontestável da morte e estabelecia como condição para a retirada de órgãos e tecidos, que houvesse a manifestação expressa da vontade do disponente e, na falta desta, do consentimento do cônjuge e, sucessivamente, de descendentes e ascendentes ou, na falta de responsável pelo cadáver, por autorização do diretor da instituição onde houver ocorrido o óbito (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1968). O projeto ainda tratava apenas da doação *post mortem*. A conversão do projeto em norma gerou a Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968, que revogou a legislação anterior.

³ O Ministro da Saúde, à época, indicou para a comissão os Drs. Manoel Cláudio da Mota Maia, Sylvio Lengruher Sertã, membros do Conselho Nacional de Saúde, e Cristóvão Colombo Soares Dantes, assessor jurídico do Ministério (CORREIO DA MANHÃ, 1968).

O novo instrumento normativo acrescentou mais uma condição, no caso de relativamente incapazes e analfabetos, desde que a manifestação da vontade se desse por instrumento público e modificou a condição do consentimento familiar, ampliando o rol de manifestantes necessários. A autorização deveria ser escrita e contar com o consentimento do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou, ainda, das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos. A autorização do diretor da instituição onde tivesse ocorrido o óbito se tornaria necessária em qualquer das condições, inclusive na primeira, em que houvesse manifestação de vontade expressa do disponente (BRASIL, 1968). A grande novidade trazida pela Lei 5.479 de 1968, não prevista em seu projeto inicial, foi a possibilidade de doação de órgãos e tecidos em vida. Para realizar a doação a pessoa deveria ser maior e capaz, especificar o órgão, tecido ou parte do corpo a ser retirada, que só poderiam ser órgãos duplos, tecidos, vísceras ou partes que não implicassem em prejuízo para o disponente e que correspondesse a uma necessidade terapêutica indispensável para o paciente receptor (BRASIL, 1968).

Durante a vigência da Lei 5.479, no ano de 1988, houve a promulgação de uma nova constituição, a única a prever em seu texto a questão da doação de órgãos e transplantes. Para atualizar a legislação infraconstitucional à luz da nova constituição foi elaborado o Projeto de Lei 1.169, em 1988, de autoria do Deputado Carlos Mosconi. O texto original do projeto trazia algumas novidades: a colocação da morte encefálica, com prova incontestável, como condição para a retirada de órgãos e tecidos; o consentimento presumido, como regra, para todo maior e capaz que não tenha, em vida, manifestado-se oficialmente em contrário, deixando ao Poder Executivo a regulamentação das modalidades de manifestação em contrário; e a limitação da doação em vida à família (avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até segundo grau inclusive, cunhados e entre cônjuges) - qualquer doação para alguém fora da listagem dependeria de autorização judicial (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988).

O Projeto de Lei 1.169 foi transformado na Lei 8.489, de 18 de novembro de 1992, a terceira a versar sobre a questão, revogando a norma anterior. Mas a lei não seguiu a maior parte das novidades do projeto. A morte encefálica como condição para a retirada de órgãos e tecidos foi vetada pelo Presidente da República e houve a previsão, de pronto, de que a manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente impediria o transplante, afastando o consentimento presumido. A autorização familiar e a manifestação expressa do disponente em documento pessoal ou oficial eram condições necessárias para o transplante (BRASIL, 1992).

Apesar do avanço legislativo, a situação dos transplantes no país não se alterou significativamente. A fila de espera crescia e o número de operações de transplante se mantinha estável. Nesses termos foi o voto do Senador Lúcio Alcântara, relator do Projeto de Lei do Senado 6, de 1995, de autoria do Senador José Eduardo Dutra (PL 1579/1996 na Câmara dos Deputados), quando da aprovação do projeto na comissão de assuntos sociais: “é entendimento generalizado que a atual Lei de Transplantes não surtiu o efeito desejado, não alterando significativamente a situação dos transplantes em nosso País [...]” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996, p. 33). O Projeto de Lei do Senado 6, de 1995, trouxe novamente a ideia de consentimento presumido na doação *post mortem*. Todo aquele que não desejasse ser doador de órgãos e tecidos deveria registrar a opção na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação. A retirada de órgãos e tecidos, na modalidade *post mortem*, deveria ser precedida do diagnóstico de morte encefálica, que deveria ser constatada por dois médicos não participantes da equipe que iria remover e transplantar os mesmos, conforme os critérios técnicos editados por resolução do Conselho Federal de Medicina (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996).

O projeto de lei foi aprovado e transformado na Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, sem mudanças significativas em relação ao texto original aprovado no Senado e que chegou à Câmara no ano de 1996. Atualmente essa é a lei em vigor acerca da doação de órgãos e transplantes

no país. A lei autoriza a doação nas modalidades *post mortem* e entre vivos. A retirada de órgãos e tecidos só poderá ser realizada após o diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos que não participarão das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios estabelecidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. Na doação entre vivos os destinatários familiares foram ampliados, passando do cônjuge, pais, filhos e irmãos - previsto no projeto -, para o cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau como possíveis receptores, ou de qualquer outra pessoa, se houver autorização judicial, dispensada no caso de medula óssea (BRASIL, 1997). Quanto ao consentimento na doação *post mortem*, o projeto de lei e a lei, inicialmente, previam o consentimento presumido. “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano [...]” (BRASIL, 1997, não p.). A manifestação de vontade em contrário deveria ser realizada na forma do que já fora previsto no projeto de lei, ou seja, gravando-se a inscrição “não doador de órgãos” na Carteira de Identificação Civil e na Carteira Nacional de Habilitação. A sistemática adotada foi tema de amplas e polêmicas discussões.

Para aqueles que eram contrários ao consentimento presumido o argumento era de que a lei não condizia com a realidade brasileira e que a sociedade não havia sido consultada. Muitas críticas saíram da própria comunidade médica e de especialistas em bioética, como na dura exposição feita por Volnei Garrafa, em seção sobre bioética na Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF).

As boas leis feitas nos países democráticos são aquelas que espelham a moralidade da população. Não como aquela lei imbecil feita, arrogantemente, pelo Senado brasileiro há dois anos, a lei da doação presumida de órgãos, que combatemos veementemente desde o começo. Não que a lei não seja boa — é boa demais — mas para daqui a trinta anos. O Senador Lúcio Alcântara sabia que a sociedade brasileira não iria aceitar o princípio da doação presumida, que ela não iria querer ser presumivelmente doadora. [...] Os senadores, arrogantemente, votaram essa lei sem consultar a sociedade civil organizada (GARRAFA, 1999, p. 105)

Não demorou muito para que o Poder Executivo cedesse às pressões e em 6 de outubro de 1998 publicou a Medida Provisória 1.718, a primeira de uma série de medidas que afastaram o consentimento presumido. Na exposição de motivos da medida provisória os argumentos apresentados foram de que

Essa alteração se impõe para assegurar aos parentes de pessoa falecida o direito de manifestar-se contrariamente ou a favor da remoção [...]. A mudança oficializa o que na prática já acontece, uma vez que a grande maioria dos cirurgiões, quicá sua totalidade, exige a aquiescência dos parentes antes de proceder à remoção de quaisquer órgãos. Isso porque o princípio da doação presumida, sem assegurar o direito à família de se manifestar, trouxe um dilema para os médicos, no que se refere a conduta ética. O Conselho Federal de Medicina chegou a orientar seus membros nesse sentido, julgando ser comportamento correto sempre consultar a família (CONGRESSO NACIONAL, 1998, p. 11956)

No total foram trinta e três medidas provisórias editadas para afastar o consentimento presumido e dar maior poder de decisão às famílias, no caso da doação *post mortem*. A última das medidas provisórias, de número 2.083-32, de 2001, foi convertida na Lei 10.211, de 23 de março de 2001, alterando em definitivo o artigo que tratava da doação presumida da Lei 9.434, de 1997.

A alternância de entendimento quanto ao consentimento na doação *post mortem* pode ser visualizada pelo quadro a seguir:

Quadro 1 - alternância de entendimento na doação *post mortem*

Legislação	Doação	Legislação	Doação
PL 4.542/58	Presumida	Lei 8.489/92	Consentida
Lei 4.280/63	Consentida	PL 6/95	Presumida
PL 1.309/68	Consentida	Lei 9.434/97	Presumida
Lei 5.479/68	Consentida	MP 1.718/98	Consentida
PL 1.169/88	Presumida	Lei 10.211/01	Consentida

Fonte: elaborado pelo autor (2019)

3. Comunitarismo

A publicação da obra *A Theory of Justice*⁴ de John Rawls, em 1971, proporcionou o surgimento de uma nova corrente de pensamento no âmbito da filosofia política (SILVEIRA, 2007; BENEDICTO RODRÍGUEZ, 2010; GONÇALVES, 1998). Essa corrente surge essencialmente para criticar o liberalismo de forma geral e o liberalismo igualitário em particular (GARGARELLA, 2008)⁵. Mas não se trata de uma corrente de pura oposição ao liberalismo - já que ambas as correntes possuem pontos de convergência, como a defesa da liberdade, por exemplo -, e sim de um corrente crítica ao individualismo e à desconsideração do contexto social pregado pelos liberais. Ambientado nos anos 80, o comunitarismo surge como forma de valorização da comunidade e resgate das ideias de Aristóteles e Hegel, dando início ao debate liberalismo-comunitarismo⁶.

As duas correntes do debate não podem ser consideradas homogêneas, pois seus diversos autores apresentam uma ideia em comum, mas pontos específicos variados. Os autores considerados comunitários - Charles Taylor, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer -, nem mesmo se declaravam comunitaristas⁷ (BENEDICTO RODRÍGUEZ, 2010). “O termo ‘comunitarismo’ parece servir muito mais de ‘anteparo’ para reunir uma variedade de estudos que, em todo caso, vinculam-se uns aos outros para superar uma linha semelhante de críticas ao liberalismo” (GARGARELLA, 2008, p. 138).

Charles Taylor que, com um conjunto de artigos sobre o atomismo liberal e a publicação da obra *Hegel and Modern Society*⁸ em 1979, dá

⁴ RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.

⁵ As críticas à obra de John Rawls não partem apenas da corrente comunitária, mas também dos libertários, como Nozick, e dos igualitaristas, como Dworkin. *A Theory of Justice* estabeleceu um novo marco na filosofia política do mundo ocidental (SILVEIRA, 2007).

⁶ Trata-se do renascimento do debate de longa data do confronto entre o formalismo kantiano e o romantismo hegeliano (GONÇALVES, 1998; GARGARELLA, 2008; BENEDICTO RODRÍGUEZ, 2010)

⁷ “A maioria desses críticos não ficou satisfeita com a rotulação, porque ela parecia sugerir a visão relativista de que a justiça é simplesmente o que uma determinada comunidade define que ela deve ser” (SANDEL, 2015, p. 273)

⁸ TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

forma ao movimento comunitarista. Somadas às obras *After Virtue*⁹, de Alasdair MacIntyre, de 1981; *Liberalism and the Limits of the Justice*¹⁰, de Michael Sandel, 1982; e *Spheres of Justice*¹¹, de Michael Walzer, 1983, são considerados os escritos estruturantes do comunitarismo (BENEDICTO RODRÍGUEZ, 2010; GARGARELLA, 2008).

Como a corrente comunitarista surge para criticar algumas concepções do liberalismo, relevante expor uma síntese da ideia liberal.

No núcleo do liberalismo se detectam três características fundamentais: uma aposta pelo respeito mútuo que permite a convivência pacífica de pessoas com distintas concepções de uma vida boa; a aceitação do princípio da não interferência que impede intervir no desenvolvimento dos planos de vida dos outros, sempre e quando estes outros também não interfiram nos dos demais; e uma composição diversificada e separada das distintas esferas que compõem a vida social (política, econômica, religiosa...) (BENEDICTO RODRÍGUEZ, 2010, p. 204, tradução nossa)¹².

O comunitarismo atacará essa ideia liberal, construindo seu método - realizar oposição aos pontos em que a corrente liberal negligencia o contexto social em que o indivíduo está inserido (visão atomística), em que prega o Estado neutro e em que prioriza o justo sobre o bem. Apesar das várias objeções construídas pelos comunitaristas, a questão pode ser sintetizada em duas oposições nevrálgicas: indivíduo e comunidade; justiça e bem (GONÇALVES, 1998).

3.2.1 Indivíduo e comunidade

Os liberais concentram seus interesses na liberdade individual - a autodeterminação do indivíduo - direito e prerrogativa inviolável aos que

⁹ MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. London, Duckworth, 1981.

¹⁰ SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of the Justice*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

¹¹ WALZER, Michael. *Spheres of justice: A defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1983.

¹² En el núcleo del liberalismo se detectan tres rasgos fundamentales: una apuesta por el respeto mutuo que permite la convivencia pacífica de personas con distintas concepciones de la vida buena; la aceptación del principio de no interferencia que impide intervenir en el desarrollo de los planes de vida de otros, siempre y cuando estos otros tampoco interfieran en los de los demás; y una composición diversificada y separada de las distintas esferas que componen la vida social (política, económica, religiosa...) ((BENEDICTO RODRÍGUEZ, 2010, p. 204).

adentram o limiar da idade e da competência mental (KYMLICKA, 2006), ou seja, daqueles com capacidade perante a lei.

Permitir que as pessoas tenham autodeterminação, dizem eles [os liberais], é a única maneira de respeitá-las como seres plenamente morais. Negar a autodeterminação a uma pessoa é tratá-la antes como uma criança ou como um animal do que como membro pleno da comunidade (KYMLICKA, 2006, p. 254)

Will Kymlicka (2006) argumenta que algumas pessoas não estão bem preparadas para lidar com decisões difíceis que a vida impõe, mesmo aquelas que estão além da “idade da razão” e com competência mental plena fazem escolhas ruins. Respeitar a autodeterminação, nesse contexto, seria antes uma expressão de indiferença que de interesse pelo indivíduo. Por que então o Estado, apoiado em uma teoria perfeccionista, não poderia auxiliar os indivíduos em suas escolhas, apontando qual a melhor opção? a resposta dos liberais é de que a “autodeterminação, em grande parte, é a tarefa de fazer estes julgamentos difíceis e potencialmente falíveis, e nossa teoria política deve levar em conta esta dificuldade e esta falibilidade” (KYMLICKA, 2006, p. 258).

As teorias políticas liberais valorizam o indivíduo frente ao grupo social. Para eles a “[...] política não tem por obrigação responder às exigências de sobrevivência mas sim garantir a cada um, e de maneira igualitária, a liberdade de escolher e de perseguir uma concepção da ‘vida boa’ [...]” (GONÇALVES, 1998, p. 2). Essa é a concepção liberal de pessoa que pode ser sintetizada na ideia de Rawls, de que o eu antecede a seus fins, ou seja, os indivíduo podem questionar as relações sociais das quais fazem parte, podendo inclusive se separar delas, caso optem por fins ou metas diferentes das dos membros de sua comunidade (GARGARELLA, 2008).

A autodeterminação deve, portanto, conduzir ao Estado neutro - aquele

[...] que não justifica suas ações com base na superioridade ou inferioridade intrínseca de concepções da boa vida e que não tenta deliberadamente

influenciar os juízos de valor das pessoas sobre estas diferentes concepções (KYMLICKA, 2006, p. 261-262).

A visão do comunitarismo será diametralmente oposta. A corrente comunitarista irá criticar o individualismo exacerbado do liberalismo - posição antiatomística - e a desconsideração com o contexto social no qual o indivíduo está inserido.

Para os comunitaristas, os vínculos que temos com os grupos sociais dos quais fazemos parte são valiosos. A nossa identidade como sujeitos está profundamente marcada pelo fato de pertencermos a esses grupos (GARGARELLA, 2008). “A identidade de cada um [...] é definida em boa parte a partir do conhecimento de onde a pessoa está situada, quais são suas relações e seus compromissos [...]” (GARGARELLA, 2008, p. 140). É a ideia de liberdade situada dos comunitaristas, frente a de liberdade vaga dos liberais.

Os liberais parecem conceber as pessoas como separadas umas das outras e da sua comunidade. Essa é a visão caracterizada como “atomista”, termo que os comunitaristas utilizaram para descrever as doutrinas contratualistas do século XVIII, que viam a sociedade como um agregado de indivíduos orientados por objetivos individuais. Defender a ideia atomista implica ignorar o contexto social e pregar que os indivíduos são auto-suficientes vivendo no vazio, sem a ajuda e contato com os demais indivíduos¹³ (GARGARELLA, 2008). Para os comunitaristas, “a história de nossas vidas é registrada dentro de uma ‘narrativa’ maior, que é a história de nossa comunidade [...]” (GARGARELLA, 2008, p. 144). Para contrabalancear o atomismo liberal, os comunitaristas defendem a “tese social”,

[...] o homem é um “animal social”, no sentido aristotélico. O homem não é auto-suficiente individualmente, fora da pólis, já que sem a existência de determinado contexto social o homem não pode afirmar sua “autonomia moral”,

¹³ Silveira (2007) apresenta o atomismo como o problema central da obra de Sandel. A visão de um sujeito moral completamente dissociado das contingências que suas experiências proporcionam incapacitaria este sujeito de fazer escolhas morais, pois lhe faltariam a experiência e a motivação.

não pode formar as “convicções morais” às quais o liberalismo volta sua atenção (GARGARELLA, 2008, p. 145).

A tese social dos comunitaristas leva ao Estado ativista, em oposição ao Estado neutro dos liberais. Para os comunitários, a vida pública não é espontânea. Cabe ao Estado organizar essa vida pública. Gargarella (2008) traz algumas implicações desse “compromisso” estatal do Estado ativista: a promoção de um ambiente cultural rico, que qualifique as opções de escolha dos indivíduos, a proteção de certas práticas ou tradições consideradas definidoras da comunidade, a criação de fóruns para a discussão coletiva e o fornecimento de informação de interesse público.

O Estado ativista tem por objetivo a “política do bem comum” - diferentemente de uma sociedade liberal, onde o bem comum “é ajustado para se encaixar no padrão de preferências e concepções de bem sustentados pelos indivíduos” (KYMLICKA, 2006, p. 264) -, na sociedade comunitária,

[...] o bem comum é concebido como uma concepção substantiva da boa vida que define o ‘modo de vida’ da comunidade. Este bem comum, em vez de ajustar-se ao padrão das preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual estas preferências são avaliadas. O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepções do bem (KYMLICKA, 2006, p. 264).

3.2.2 Justiça e bem

A ética comunitarista é substancial - uma teoria moral só pode se desenvolver partindo de uma concepção específica do bem ou, ainda, de uma hierarquização de bens -, perfeccionista - não se pode definir o que é justo sem invocar uma concepção substancial do bem -, e contextualista - não se pode indicar uma concepção do bem sobre uma moral abstrata, mas apenas quando se tem por referência valores substanciais veiculados pela tradição de uma comunidade. Já a ética liberal será oposta, uma ética procedimental - a moral é fundada em normas procedimentais, formais e desligadas de uma concepção específica de bem -, logo, são anti-perfeccionistas ou neutralistas (GONÇALVES, 1998). Em síntese, os comunitários

priorizam o bem sobre o justo (posição teleológica), ao contrário dos liberais (posição deontológica).

Do ponto de vista moral “prioridade do justo sobre o bem” significa que os princípios de justiça limitam as concepções de bem que os indivíduos podem escolher e colocar em prática, porque quando os valores escolhidos entram em conflito com os princípios de justiça, são estes que se devem respeitar (GONÇALVES, 1998, p. 4).

A posição deontológica pode ser encontrada em Kant e Rawls¹⁴, nos argumentos de que o correto se sobrepõe ao que é bom, que os princípios que definem nossos deveres e direitos não devem basear-se em uma concepção particular de “boa vida” (SANDEL, 2015).

Já os comunitaristas “[...] rejeitaram a prioridade do que é certo sobre o que é bom e argumentaram que não podemos raciocinar sobre justiça deixando de lado aquilo que almejamos e a que estamos ligados (SANDEL, 2015, p. 273).

A ideia de justiça liberal é universal, isto é, pautada em princípios universais. Além da questão universalista, o comunitarismo critica a construção abstrata de sociedade. “[...] Para os comunitaristas, os princípios morais só podem ser tematizados a partir de sociedades reais [...]” (SILVEIRA, 2007, p. 171). Assim, o contexto social importa para a definição da ideia de justiça, só sendo possível estabelecer regras para as instituições e pessoas através da análise da tradição da comunidade e da moral que essa comunidade efetiva para a identificação de valores que todos aceitem (SILVEIRA, 2007).

3.3 Abordagem comunitarista da doação de órgãos presumida

A abordagem comunitarista para a questão da doação de órgãos presumida aqui proposta estabelecerá a disposição de órgãos como um ato

¹⁴ Silveira (2007) argumentará que a teoria de Rawls não é puramente deontológica, pois apresenta elementos teleológicos como o consequencialismo, por exemplo. Esse consequencialismo é percebido “no momento em que se compreende a justiça como a virtude mais importante das instituições sociais e se identifica a estrutura básica como objeto da justiça e não a correção ou incorreção moral de conduta dos agentes particulares [...]” (SILVEIRA, 2007, p. 174).

altruístico, de construção de um bem comum para a comunidade, ação pautada na solidariedade. Milhares de vidas são salvas através da doação de órgãos e outros milhares têm seu sofrimento mitigado através dessa última opção terapêutica em casos mais graves, prática que desonera o Estado de altos custos com tratamentos que não surtem o efeito que o transplante de um órgão pode gerar.

A doação de órgãos presumida se apresenta como alternativa para o problema de como respeitar direitos individuais, ao mesmo tempo em que cria ações que expressam valores comunitários, impactando de forma positiva na sociedade. A doação se presume àquele que não tenha manifestado posição contrária, ou seja, há margem de liberdade ao indivíduo, que é a manifestação expressa de não doador - fato que inviabiliza o argumento de ser uma política autoritária e possibilita o respeito às objeções de consciência. Ao mesmo tempo o Estado sinaliza para a sociedade qual o valor está buscando - a solidariedade. A prática evita que milhares de órgãos sejam desperdiçados por falta de manifestação daqueles que venham a falecer e sejam potenciais doadores ou no caso de negativa da família, quase sempre por falta de informação acerca do processo de doação de órgãos ou pela dor do luto¹⁵. Uma das implicações de um Estado ativista, isto é, comunitário, é a promoção da educação para a cidadania, que poderia sanar as dúvidas coletivas acerca da doação e transplante de órgãos. Assim, o Estado, através de uma política perfeccionista, educaria seus cidadãos e indicaria qual a melhor opção, construindo o bem comum. Não há porque defender uma neutralidade estatal, se a consequência de tal neutralidade for um abandono e indiferença com aqueles que sofrem nas filas aguardando doações ou daqueles que têm sua vida interrompida em função da falta de conhecimento do processo de doação ou por convicções alheias ao bem da comunidade.

¹⁵ Ver ALMEIDA, Elton Carlos de. Doação de órgãos e visão da família sobre atuação dos profissionais neste processo: revisão sistemática da literatura brasileira. 2012. Dissertação (Mestrado em Enfermagem Psiquiátrica) - Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2012.

Nos moldes legislativos atuais e na prática cotidiana impera o consentimento familiar. A sistemática não respeita o direito individual, pois o potencial doador pode ter se manifestado em vida como doador, mas a recusa familiar inviabiliza a disposição dos órgãos para transplante. Aqui não há margem de liberdade alguma para o indivíduo, cabendo a ele, ainda em vida, a função de orientação e convencimento de sua família para que respeite a sua decisão. A mudança da sistemática de consentimento criou uma situação *sui generis*, pois não respeita o direito personalíssimo disposto no artigo 14 do Código Civil¹⁶ - ainda que este tenha entrado em vigor posteriormente à mudança que estabeleceu o consentimento familiar para a doação de órgãos -, nem cria um bem comum para a sociedade. A questão foi discutida na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que editou o enunciado de nº 277:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2019, não p.)

Nítidas são as tentativas da comunidade jurídica de adequar a legislação pátria para resguardar o direito ao próprio corpo, afastando a necessidade de consentimento familiar quando houver a manifestação expressa do indivíduo. Somadas ao enunciado do Conselho da Justiça Federal estão as diretivas antecipadas de vontade, documento que surge com o objetivo de proteger a vontade individual.

Compreende-se que a Constituição Federal sinaliza em prol da sistemática do consentimento presumido, pois ao dispor em seu artigo 199, §4º que, “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que **facilitem** a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de

¹⁶ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte (BRASIL, 2002).

transplante, pesquisa e tratamento [...]” (BRASIL, 1988, não p., grifo nosso), está comandando que haja uma facilitação ou incentivo para que a doação de órgãos seja a regra, indicando qual o valor que se quer promover na sociedade - a solidariedade.

Assim, a atual sistemática da doação de órgãos e transplantes no país não estaria colaborando para a prática de transplantação de órgãos e tecidos, podendo ser apontada como o gargalo do processo. Enquanto a sistemática se mantiver, haverá desequilíbrio entre a demanda e a oferta de órgãos e a fila de espera por um órgão tenderá a crescer, perpetuando o problema.

4. Considerações finais

Neste artigo se buscou descrever o processo de transplantação e a doação de órgãos presumida através da abordagem comunitarista. A corrente de pensamento da filosofia política possibilitou compreender a doação presumida como uma solução para o problema da baixa oferta de órgãos e o crescimento das filas de espera por transplante. A ideia comunitária, de respeito aos direitos individuais, ao mesmo tempo em que se colabora para a construção do bem comum, pautada na solidariedade, justifica a ação perfeccionista e ativista do Estado, que indica qual a melhor opção, no caso, doar seus órgãos após a morte - se assim concordar o indivíduo, ou seja, se não houver manifestação em contrário.

Em um retrospecto legislativo foi possível notar que por diversas vezes o consentimento presumido foi buscado pelos legisladores, mas somente uma vez a ideia prosperou, tornando-se lei - que posteriormente foi alterada.

A sistemática legislativa atual pode ser apontada como o gargalo do processo e responsável pelo crescimento da fila de espera por órgãos para transplante, pela morte de milhares de pessoas que não receberam o transplante, o sofrimento de outros milhares que aguardam um órgão e os custos estatais com tratamentos paliativos.

A comunidade jurídica tenta contornar o problema, através da doutrina e do recente enunciado editado pelo Conselho de Justiça Federal, que interpretou a legislação de transplantes à luz do novo Código Civil, respeitando o direito da personalidade de disposição do corpo.

Assim, a consideração final deste artigo é pela necessidade de alteração da sistemática legislativa atual para que haja o respeito aos direitos individuais, às objeções de consciência e à comunidade.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS (ABTO). **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXIV, n^o 3. São Paulo, SP: 2018. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtovo3/Upload/file/RBT/2018/rbt2018-let-3t.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2019.

BENEDICTO RODRÍGUEZ, Rubén. **Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado**. Studium: Revista de Humanidades, V. 16, pp. 201-229, 2010.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n^o 4.280, de 6 de novembro de 1963**. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, DF: Presidência da República, 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4280.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n^o 5.479, de 10 de agosto de 1968**. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.8489, de 18 de novembro de 1992.** Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434compilado.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1.169/1988 - Dossiê digitalizado.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1958. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154673&filename=Dossie+-PL+1169/1988. Acesso em: 2 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1.309/1968 - Dossiê digitalizado.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1968. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1191197&filename=Dossie+-PL+1309/1968. Acesso em: 2 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1.579/1996 - Dossiê digitalizado.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1958. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1133590&filename=Dossie+-PL+1579/1996. Acesso em: 2 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4.542/1958 - Dossiê digitalizado.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1958. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F6D876254ED96D47D867ED4DA6964EB.proposicoesWebExterno2?codteor=1209640&filename=Dossie+-PL+4542/1958. Acesso em: 2 jan. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil.** Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2019. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227>. Acesso em: 3 de fev. 2019.

CONGRESSO NACIONAL. **Mensagem nº 678, de 1998-CN.** Brasília, DF: Diário do Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=14316#diario>. Acesso em: 2 jan. 2019.

CORREIO DA MANHÃ, Rio de Janeiro, 7 de fevereiro de 1968. **Brasil vai regulamentar transplantes.**

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARRAFA, Volnei. **Questões sobre bioética.** Revista CEJ, Brasília, V. 3, n. 8 mai./ago. p. 103-108. 1999.

GONÇALVES, Giselda. **Comunitarismo ou Liberalismo?** Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/~boccmirror/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução.** Tradução: Luís Carlos Borges. São. Paulo: Martins Fontes, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Doação de Órgãos: transplantes, lista de espera e como ser doador.** [S. l.], [2018]. Disponível em: <http://portalsms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>. Acesso em: 2 jan. 2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria Da Justiça De John Rawls: Entre O Liberalismo E O Comunitarismo.** Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia, São Paulo, 30(1): 169-190, 2007

O argumento consequencialista nas decisões do poder judiciário brasileiro

Ricardo José Feiten

1. Considerações iniciais

Analisar as consequências de uma decisão pode se tornar imprescindível em algumas áreas, como o mercado financeiro e o mundo dos negócios, em que as decisões são tomadas após cauteloso processo de mensuração dos impactos diretos e indiretos. Os prognósticos fazem parte da tomada de decisão nestes campos.

Ao levarmos a questão da análise das consequências ao Poder Judiciário, quando da sua tomada de decisão, algumas preocupações surgem, sobretudo em função de que no Brasil quase tudo se judicializa, até mesmo a política. Essa judicialização da política - ou politização da Justiça - leva os órgãos julgadores ao protagonismo da República, eis que dão a palavra final ao caso.

O consequencialismo se apresenta como um tema que comporta variadas discussões, todas elas com um ponto em comum, de que as consequências devem ser levadas em consideração no processo de decisão. No âmbito jurídico o consequencialismo pode ser visto como “estilo de julgamento do juiz” que analisa consequências metajurídicas, indo além do processo (PIROZI, 2008), ou “um dos tipos possíveis de argumentação jurídica”, que se utiliza de fatores externos e nem sempre ligados ao caso como fundamentação da decisão (TORRES, 2010). Estes fatores

geralmente são sociais, econômicos e políticos, ou seja, fogem da análise jurídica estrita.

Mas deve o julgador ir além do caso concreto, analisando aspectos exógenos? Em um Estado Democrático de Direito, qual a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões de políticas públicas e criar obrigações orçamentárias? Estaria violando a separação de poderes? A análise das consequências da decisão judicial é uma forma de ativismo judicial? Estariam os juízes trocando a decisão pelo decisionismo? São algumas das preocupações e questões necessárias quando da análise do consequencialismo judicial, que, na sequência desta pesquisa, serão retomadas.

O objetivo deste artigo é apresentar e discutir algumas características e implicações do consequencialismo jurídico. Trata-se de pesquisa exploratória, de fins qualitativos, com coleta de dados bibliográficos e jurisprudenciais. Em um primeiro momento apresenta-se o consequencialismo, suas características e implicações quando do uso pelo Poder Judiciário; na sequência investiga-se o consequencialismo jurídico no Brasil e, por fim, analisa-se um caso concreto, de aplicação de argumentos consequencialistas pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, proferida na Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.257.

2. Consequencialismo judicial

O termo consequencialismo aparece pela primeira vez em 1958 na obra “Modern Moral Philosophy”¹, de Elizabeth Anscombe, cátedra de Filosofia da Universidade de Cambridge, que utiliza o termo para descrever o que via como o principal erro do utilitarismo de Bentham e Mill (VIARO, 2019).

O consequencialismo pode ser visto em um contexto bastante amplo, não sendo interesse apenas da ciência jurídica, mas também campo da

¹ O texto integral pode ser acessado em <https://www.pitt.edu/~mthomps/ readings/mmp.pdf>.

filosofia, sobretudo na ética teleológica, correspondendo a um conjunto abrangente de teorias, com destaque à vertente filosófica do utilitarismo (VIARO, 2019). A base filosófica utilitária do consequencialismo é possível identificar quando se visualiza que o valor das ações estão ligadas às consequências que dela surgem.

No campo jurídico surge o consequencialismo judicial, que pode ser inicialmente visto como “[...] adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente” (MARTINS, 2019, p. 17). Quer dizer, o elemento moral definidor de uma ação não é a intenção que motivou o agente a praticar um determinado ato, mas a consequência dessa ação (NINO, 2010). Daí Carlos Santiago Nino afirmar que “as ações não têm valor moral em si mesmas, mas em relação à bondade ou à maldade de suas consequências” (NINO, 2010, p. 461).

Luis Fernando Schuartz complementa o conceito inicial de consequencialismo judicial como:

[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas (SCHUARTZ, 2008, p. 130-131).

Este autor defende que há um consequencialismo forte e um consequencialismo fraco. O tipo forte seria aquele em que uma decisão “é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis àquelas associadas a decisão” (SCHUARTZ, 2008, p. 131). Há, portanto, uma priorização das decisões conforme sejam suas consequências mais preferíveis. Já o tipo fraco admitiria outros tipos de argumentação conjuntamente à análise das consequências. Assim, se mediria a “distância” da decisão ou de suas premissas “daquilo que supostamente seria exigido pela interpretação

gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático” (SCHUARTZ, 2008, p. 131).

Em uma ideia calcada no positivismo, Maurício José Machado Pirozi (2008) esclarece que o consequencialismo é um “estilo de julgamento” que o juiz realiza, que leva em consideração os impactos sociais e econômicos da decisão, ou seja, suas consequências. “Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere” (PIROZI, 2008, p. 22).

Analisar as consequências da decisão significa uma atuação cautelosa do magistrado, que deve atuar com prudência. Esta ideia está gravada no Código de Ética da Magistratura Nacional². Ou seja, o consequencialismo é um dever ético do magistrado.

Ricardo Lobo Torres (2010) trata o consequencialismo como uma forma de argumentação jurídica que, ao lado de outros modelos, hierarquizará as prioridades da própria metodologia jurídica, sendo que o consequencialismo se fortalece quando defende os Direitos Fundamentais e a dignidade humana. “O consequencialismo apoiado em argumentos insuscetíveis de universalização não se sustenta” (TORRES, 2010, p. 440). Quando utilizado de forma arbitrária, ou seja, sem que se possa julgar um caso semelhante da mesma forma, a decisão não pode ser considerada como consequencialista, mas como puro decisionismo.

Essa visão corrobora o antagonismo entre as teorias consequencialistas e as teorias deontológicas, sendo que estas, diferentemente daquelas, posicionam-se a partir do cumprimento de deveres e regras de forma rígida, sendo o valor algo inerente à própria conduta, como na filosofia kantiana (VIARO, 2019).

O consequencialismo ganha força quando das discussões entre o realismo e o formalismo no pensamento jurídico norte-americano (VIARO, 2019), destaca-se no *law and economics* ou análise econômica do direito,

² Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar. (CNJ, 2008).

essencialmente nas decisões que afetem a questão orçamentária, financeira e tributária - como no caso que será analisado nesta pesquisa.

A análise econômica do direito aproxima o juiz da política, da argumentação pautada em fins alheios à justiça. A relação direito e política se intensifica, no que Tércio Sampaio Ferraz Junior chama de “exteriorização recíproca”, tomando Teubner³ como fundamento, que percebe que “o direito, com a ajuda da constituição de Estado, externaliza seus paradoxos de fundamentação na política e esta, no direito” (FERRAZ JUNIOR, 2019, p. 112).

A hipótese de uma externalização recíproca significa, assim, que o direito busca sua legitimação derradeira na política - fundamentação democrática -, mas a política também externaliza seus paradoxos de legitimação; ou seja, a constituição vincula a soberania jurídica politicamente e a política se vincula aos instrumentos do direito.

O que se percebe, porém, é que isso acaba por conduzir a um esgotamento da exteriorização recíproca, quer do lado dos paradoxos políticos, quer dos jurídicos [...]. Surge, então, uma espécie de desorientação na dogmática jurídica que culmina no chamado consequencialismo a justificar o chamado ativismo judicial mediante instrumentos jurídicos (donde a retomada do direito natural na aceitação da incidência direta de princípios), que, porém, expõe o paradoxo político: como explicar o sentido democrático de decisões tomadas por juízes que não são eleitos por voto popular? (FERRAZ JUNIOR, 2019, p. 112-113)

As principais críticas ao consequencialismo dizem respeito à análise econômica do direito, ou seja, quando se argumenta com base em critérios econômicos, e quanto à confusão entre argumento de consequência e argumento de política. Um primeiro ponto se relaciona com a questão da legitimidade, em que não caberia ao juiz discutir além do direito existente, “sob pena de desvirtuamento do papel do judiciário no Estado Democrático” (VIARO, 2019, p. 79). Outra objeção diz respeito à capacidade institucional, assim, o judiciário não seria a instância adequada para se discutir efeitos sistêmicos, “seja pelas limitações da jurisdição e do

³ Paradoxien der Verfassung, in Exposito e Corsi - org. - 2014

processo, seja pelos limites epistêmicos dos julgadores [...]” (VIARO, 2019, p. 80).

Na obra *As Razões do Direito*, de Manuel Atienza, a argumentação consequentialistas tratada por MacCormick é apresentada. De acordo com MacCormick, uma decisão “[...] precisa ter sentido com relação não apenas ao sistema, mas também ao mundo” (ATIENZA, 2016, p. 152). Nos chamados casos difíceis, para MacCormick o que se faz é uma interação entre a argumentação principiológica e a argumentação consequentialista, sendo esta a decisiva (ATIENZA, 2016). A argumentação jurídica é, para MacCormick, essencialmente consequentialista, observados limites de universalidade, consistência e coerência (ATIENZA, 2016).

Com base na obra de MacCormick é que Christopoulos (2015) separa dois tipos principais de argumentos consequentialistas: se “é uma consequência prevista no direito em alguma norma, há o argumento consequentialista jurídico, intrajurídico ou interno”; se, por outro lado, a consequência é “alheia ao direito, de natureza econômica, sociológica ou de qualquer outra matéria, ter-se-á um argumento consequentialista extrajurídico ou externo” (CHRISTOPOULOS, 2015, p. 22). A conclusão do autor é de que o consequentialismo jurídico deve, ao mesmo tempo, não fugir de critérios tradicionais utilizados na justificação das decisões, mas que também faça parte da interpretação das normas e seja capaz de, em uma perspectiva retórica, ser persuasivo tanto aos juízes, quanto ao auditório universal (CHRISTOPOULOS, 2015).

Atienza desenvolve a distinção entre resultado e consequência de uma ação. O resultado seria produzir uma norma válida, fazendo parte do próprio conceito de ação, embora uma mesma ação possa produzir diversos resultados (ATIENZA, 2016). Já as consequências são posteriores ao resultado, podendo estar ligadas causalmente ou remotamente a ele (ATIENZA, 2016). Para Atienza, qualquer que seja a consequência, é extremamente difícil as estabelecer, além de não terem um papel importante na justificação das decisões, exceto em algumas áreas, como a fiscal, importando mais as consequências no sentido de implicações lógicas

(ATIENZA, 2016). “Mais do que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão” (ATIENZA, 2016, p. 155).

2.1 Das preocupações do uso do consequencialismo pelo poder judiciário

a) Deve o julgador ir além do caso concreto, analisando aspectos exógenos?

Não se pode considerar o juiz como um ser que vive em um vácuo existencial. Ele está inserido na sociedade e possui uma carga valorativa de suas vivências e experiências. Exigir que ele se atenha apenas à letra da lei, afastado da realidade social e econômica, além de ultrapassado, seria desconsiderar a condição humana do julgador.

Assim, é nítido que toda decisão gera consequências, tanto diretas, quanto indiretas, que serão levadas, naturalmente, em conta. Há, inclusive, um dever ético do magistrado em as considerar, quando de sua decisão. Como foi anteriormente citado, o Código de Ética da Magistratura dita que “especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar” (CNJ, 2008, não p.). É a chamada atuação com prudência.

Mas não se pode afirmar que o magistrado pode julgar fora de seus deveres constitucionais e legais, abrindo mão do exercício jurisdicional moderado e legítimo, perseguindo uma agenda própria orientada para a criação ou alteração de políticas públicas e normas jurídicas de competência de outros poderes. Exceder dos meios para alcançar determinados fins, como poderia se interpretar do consequencialismo, ainda que bem intencionado esteja o magistrado, só geraria insegurança jurídica e indevido intervencionismo judicial.

b) Em um Estado Democrático de Direito, qual a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões de políticas públicas e criar obrigações orçamentárias? Estaria violando a separação de poderes?

A separação dos poderes especificou a competência de cada esfera de poder do Estado. Ao Estado-juiz cabe a aplicação do Direito ao caso concreto e a guarda e interpretação da Constituição. Acontece que cada vez mais o Judiciário é acusado de adentrar em searas alheias a sua competência, discussão própria da judicialização da política.

Essa ideia clássica do Estado-juiz é vista como o escopo jurídico da jurisdição, que, em uma visão pluralista do fenômeno, não deixa de possuir outros objetivos, como o escopo social, o escopo cultural e o escopo político (DINAMARCO, 2004, p. 128).

Mesmo sem ser diretamente legitimado, o Judiciário atua como legislador negativo, ao negar eficácia aos atos normativos emanados pelo Legislativo que estejam em desacordo com a Constituição, e como legislador positivo, quando supre omissão do Estado-legislador e com as sentenças aditivas que, atendendo a um pedido individual, pretende implementar em sua plenitude a vontade constitucional. Com isso, cria obrigações ao Executivo que não foram decididas através de sua autonomia política, de estabelecer as prioridades de governo, bem como interfere na agenda política do Legislativo, direto legitimado pelo texto constitucional a exercer a soberania popular.

Mas não estaria o Judiciário legitimado pelo texto constitucional a perseguir os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3º da Constituição, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária? eis que parte da República, teria essa missão institucional intrínseca à sua atuação.

O fato é que o Judiciário tomou o protagonismo em função da omissão dos demais poderes. E quanto mais atua politicamente, tanto mais os demais poderes o buscam para utilizá-lo como instrumento contra as derrotas que tiveram em suas estruturas.

Há forma de controle da atuação do Judiciário, justamente através da motivação de suas decisões e da argumentação utilizada, seja ela consequencialista ou não. Se os demais poderes prestam contas à opinião pública e não tendo, *a priori*, esse dever, o Judiciário terá a medição das consequências da decisão judicial analisada em outro patamar, o técnico.

c) A análise das consequências da decisão judicial é uma forma de ativismo judicial? Estariam os juízes trocando a decisão pelo decisio- **nismo?**

É comum que o Judiciário seja acusado de ativismo judicial. Alguns pronunciamentos dão espaço a tais críticas, como o que segue:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas⁴ (STF, 2008).

Apesar de ser utilizado como exemplo de ativismo por alguns autores, o pronunciamento deixa claro que haverá um debate “procedimental e argumentativamente organizado em normas previamente estabelecidas”. O Tribunal respeita, assim, as regras do jogo, sem deixar de ser um espaço de pleito de direitos que deveriam ter sido concretizados por outros poderes.

As “normas previamente estabelecidas” podem ser tanto normas-regras, quanto normas-princípio - esta última um dos pontos de crítica e acusação de ativismo. Ao se utilizar de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o julgador irá preencher o conteúdo da norma conforme o caso concreto. Mesmo diante desta textura aberta haverá um procedimento a ser seguido. Ao julgar o caso concreto utilizando tal abertura, o juiz objetivará os valores fundamentais de nosso Estado,

⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3510-DF.

notadamente os elencados no artigo inaugural do texto constitucional - fundamentos da República Federativa do Brasil. Não há um caos ou arbitrariedade do julgador, mas um procedimento que não se limita à subsunção da lei ao caso concreto - até porque pode não haver lei -, respeitando o Direito e a proporcionalidade da decisão.

No caso do uso de argumentos consequencialistas, pode o julgador estar sopesando entre os valores que deve perseguir. O controle de tais decisões se dá através da verificação dos argumentos e de seu uso proporcional ou não. A utilização de argumentos consequencialistas para meros fins políticos, desvinculados dos valores e objetivos da República - desproporcionais, portanto - configurariam decisionismo e ativismo.

3. Consequencialismo judicial no direito brasileiro

Para os fins desta pesquisa serão descritos dois marcos do consequencialismo judicial no Brasil: a modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e as alterações realizadas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Pode-se considerar que o consequencialismo judicial está positivado em nosso ordenamento jurídico desde 1999, com o advento da Lei 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. Seu artigo 27 dispõe que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999, não p.).

Acerca da modulação de efeitos, algumas observações são imprescindíveis de exposição. A modulação de efeitos constitui técnica excepcional, cabendo aos ministros o ônus argumentativo em suas decisões que a

apliquem. Via de regra, a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*, devendo ser justificada a decisão que a afaste, demonstração de como o afastamento da nulidade *ex tunc* é capaz de manter o estado de constitucionalidade e ainda comprovar os efeitos negativos que adviriam da decretação dessa nulidade (ÁVILA, 2014).

Atualmente a LINDB prevê, em seu artigo 20, que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão** (BRASIL, 1942, não p., grifo nosso). A norma foi incluída pela Lei 13.655/2018, que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A alteração legislativa foi iniciada pelo Projeto de Lei do Senado 349/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que deu voz aos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, ambos da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e redatores originais do projeto. Os autores já vinham pesquisando acerca do tema, com especial destaque à obra publicada em 2013, pela Editora Malheiros, “Contratações Públicas e Seu Controle”, que reúne as principais ideias e propostas. Na justificativa do projeto dizem os autores:

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal (BRASIL, 2015, p. 160).

A proposta busca neutralizar o que os autores chamam de “fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública” (BRASIL, 2015), sendo eles:

- O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;

- A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigações por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;
- Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);
- O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 278)

Com base nos fatores listados pelos autores, as seguintes inclusões legislativas à LINDB foram propostas:

- Arts. 20 e 21 - Consagram alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas;
- Art. 22 - Conferem aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas;
- Art. 23 - Estabelecem o regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares;
- Art. 24 - Criam a ação civil declaratória de validade, com efeito *erga omnes*, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas;
- Art. 25 - Impedem a invalidação de atos em geral por mudança de orientação;
- Art. 26 - Disciplinam os efeitos da invalidação de atos em geral, para torná-los mais justos;
- Art. 27 - Impedem a responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões;
- Art. 28 - Impõem a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos; e
- Art. 29 - Determinam a compreensão, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 280).

A intenção do projeto, especificamente ao que deu origem ao artigo 20 da LINDB, é controlar as decisões baseadas em valores jurídicos

abstratos (princípios), exigindo que os decisores pensem como políticos, tendo que ponderar sobre as consequências práticas da decisão e considerar as possíveis alternativas (SUNDFELD; SALAMA, 2016).

Ao passar pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o projeto foi relatado pelo Deputado Paulo Abi-Ackel, que, reconhece um paradoxo na evolução do pensamento jurídico. “É que as normas mais importantes do ordenamento também são as mais vagas e genéricas, o que confere margem para amplas divergências interpretativas e contribui para o aumento da insegurança jurídica” (BRASIL, 2017, p. 325). Por outro lado, o relator reconhece a Constituição como o centro do ordenamento jurídico, filtro de todas as normas do ordenamento, bem como, que não se pode retornar ao sistema antigo, de mero processo lógico-subsuntivo (BRASIL, 2017). E arremata: “O maior inimigo de um ordenamento jurídico fundado em princípios e normas genéricas é a ausência de motivação” (BRASIL, 2017, p. 326).

É certo que, quando da aprovação do projeto pelas casas do Congresso Nacional, o tema seria controverso. Quando estava aguardando sanção da Presidência da República a proposta recebeu diversas manifestações contrárias, essencialmente das representações daqueles que seriam diretamente impactados pela alteração, a citar, a Nota Técnica do Ministério Público Federal e seu encaminhamento à Presidência da República pela sua Procuradora-Geral; Nota Técnica do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC) e da Associação Nacional dos Ministério Público de Contas (AMPCON); Nota Técnica da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e da Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (AUDICON); Carta Aberta da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC) e da Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU) (TCU, 2018)

4. A decisão na medida cautelar na suspensão de segurança 5.257

Em junho de 2018 foi distribuído na 17ª Vara Cível Federal de São Paulo o mandado de segurança coletivo 5013279-49.2018.4.03.6100, cujos impetrantes foram a Federação Das Indústrias Do Estado De São Paulo – FIESP e o Centro Das Indústrias Do Estado De São Paulo - CIESP. No polo passivo ficou a União Federal. Os pedidos:

- a) determine às autoridades impetradas que admitam a manutenção das substituídas das entidades impetrantes como contribuintes da CPRB (toda a categoria econômica representada e os associados), nos termos da Lei nº 12.546/2011, sem que lhes sejam aplicáveis os efeitos da Lei nº 13.670/2018 durante o exercício de 2018, haja vista que, nos termos narrados na exordial, as empresas substituídas estarão excluídas do regime a partir de 01/09/2018;
- b) conceda a medida liminar *inaudita altera pars* sendo determinado às autoridades impetradas que adotem as providências necessárias para assegurar o direito líquido e certo das empresas substituídas (atuais e futuras), no âmbito territorial de representatividade dos sindicatos ou associações a eles filiados;
- c) julgue procedente o mandado de segurança para, reconhecendo a inconstitucionalidade da cláusula de vigência da Lei nº 13.670/2018, garantir às substituídas das entidades impetrantes, que já fizeram a opção pelo pagamento da contribuição previdenciária sobre a receita bruta, a manutenção do regime até o final do exercício de 2018 (BRASIL, 2018, não p.)

A questão se dá em torno da Lei 12.546/2011, que instituiu a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), anteriormente prevista na Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011. Trata-se da “desoneração da folha de pagamento”. A Lei permitiu a substituição da contribuição previdenciária patronal de 20% incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais, instituída pelo artigo 22 da Lei 8.212/1991, pela contribuição social incidente, em percentuais específicos, sobre a receita bruta mensal das atividades, produtos e setores relacionados naquele dispositivo legal e alterações posteriores (SAGE, 2013).

Em maio de 2018 foi publicada a Lei 13.670/2018, que, entre outros dispositivos, traz a "reoneração" da folha de pagamentos, afastando a CPRB de diversos setores da economia, com termo inicial em outubro de 2018, implicando o retorno desses setores ao recolhimento de contribuição previdenciária pela folha de pagamento.

Não houve a concessão da liminar e da segurança no âmbito do primeiro grau federal, restando aos impetrantes agravar a decisão para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Agravo de Instrumento nº 5018908-68.2018.4.03.0000.

Entendeu-se no Tribunal pelo "risco de dano, [...] com a iminente alteração do regime de tributação, o que acarretará em elevação da carga tributária a inúmeros contribuintes" (BRASIL, 2018, não p.), deferindo-se, portanto, o pedido de antecipação da tutela recursal.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal através da Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.257/SP, em face da decisão do Tribunal Federal.

Em decisão monocrática o ministro Dias Toffoli deferiu o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão que antecipou a tutela no Agravo de Instrumento. A seguir expõe-se trechos da decisão em que o ministro se fundamenta essencialmente em argumentos consequencialistas:

A execução imediata da decisão judicial ora combatida **impacta direito de interesse coletivo** relacionado à ordem e à economia públicas, pois implica **alteração da programação orçamentária** da União Federal alcançada por meio do veto presidencial parcial ao PL nº 52/2018 e mantido pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta de 26/6/2018, com **caráter irreversível** para o exercício financeiro de 2018.

Isso porque, além da redução da arrecadação de contribuição de empresas à Seguridade Social (correspondente à renúncia fiscal decorrente da modificação da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo da empresa), a decisão no AI nº 5018908-68.2018.4.03.0000 produz **efeitos imediatos nas contas públicas**, tendo em vista o dever legal da União de "[compensar] o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, no valor

correspondente à estimativa de renúncia previdenciária decorrente da desoneração” (L. 12.546/2011, art. 9º, IV) (BRASIL, 2019, p. 8, grifo nosso).

Possível notar que, mesmo sem referência ao artigo 20 da LINDB ou ao consequencialismo de forma expressa, trata-se de uma decisão que argumenta de forma consequencialista, eis que condiciona a decisão à “efeitos imediatos nas contas públicas”.

A decisão leva em consideração aspectos exógenos ao contexto puramente judicial, como a situação fiscal e econômica do país à época do caso. Ainda, argumenta que a decisão - de afastar os efeitos Lei 13.670/2018 - impacta direito coletivo, de economia pública, pois a alteração da programação orçamentária teria um caráter irreversível.

5. Considerações finais

O consequencialismo judicial propõe que às decisões judiciais sejam analisadas suas consequências, bem como as alternativas para a decisão, priorizando aquelas que apresentem um melhor resultado - representando uma visão pragmática, portanto.

Argumentar de forma consequencialista não é novidade no direito brasileiro, existindo até mesmo antes da positivação da lei que permite a modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade pelo STF, ou com a alteração legislativa que incluiu o artigo 20 na LINDB. Prever as consequências sempre esteve na órbita de questões a que um decisor analisa, quando da tomada de decisão, constituindo, inclusive, dever ético do magistrado.

Do consequencialismo decorrem análises mais amplas que a mera legalidade do caso, adentrando em campos estranhos ao direito, como a economia, área mais afeta à argumentação consequencialista. Dessa decisão mais calcada em aspectos políticos surgem algumas objeções ao tema, como a questão da legitimidade do judiciário ou da sua capacidade institucional para tomar tais decisões.

A decisão consequencialista que beira o utilitarismo, vertente filosófica, não parece ser apropriada ao contexto da jurisdição constitucional a que se outorga ao judiciário. Buscar promover o bem-estar e a realização das preferências do maior número de pessoas, tendo o ser humano como meio para a realização de metas coletivas não parece concretizar a justiça.

No caso em análise, a decisão parece muito mais ter se preocupado com a estrutura estatal que ao direito em si, muito provavelmente influenciada pelo momento econômico.

Não que as consequências não devam ser analisadas, mas a segurança jurídica também precisa estar no radar do decisor. Não se pode ampliar a argumentação e correr o risco de um decisionismo, mas igualmente está fora de cogitação o retorno ao formalismo jurídico.

Referências

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Código de Ética da Magistratura**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: fevereiro de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª. Região). **Agravo De Instrumento (202) nº 5018908-68.2018.4.03.0000**. Decisão 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=65fc645d05b7bae0484ca1b50caf6bcoec9e62001644031ffa8cf4c0208a1a33d860a9795817efc8f7410fb68df6515939b484d172d84d8e&idProcessoDoc=5149932>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Justiça Federal (17ª Vara Cível de São Paulo). **Mandado de Segurança n.º 5013279-49.2018.4.03.6100.** Decisão 08 de junho de 2018. Disponível em: <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=2b3c43922ffd94276c92e0cob204bfac614722b020f42bbfdo7af77f853221f6979d26c28bdef2a7719be3c2af95413539b484d172d84d8e&idProcessoDoc=8676291>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.257.** Decisão 06 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339023719&ext=.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. **Publicação do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania - Projeto de Lei n.º 7.448-A, de 2017.** Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 27 out. 2017. p. 324-330.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015.** Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Diário do Senado Federal, Brasília, 10 jun. 2015. p. 154-163.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Argumento consequencialista no direito.** Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Consequencialismo, Neoconstitucionalismo e Argumentação Jurídica.** In: Consequencialismo no Poder Judiciário. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Consequencialismo Jurídico e a Constituição de 1988.** In: Consequencialismo no Poder Judiciário. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo Judicial - Uma Realidade Ante o Impacto Socioeconômico das Sentenças**. Revista Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, a. 59, v. 187 (out./dez. 2008). p. 22-24, 2008. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/23>. Acesso em: 12 Ago. 2019.

SAGE. **Desoneração da Folha de Pagamento**. [online]. Sage IOB, São Paulo, jun. 2013. Disponível em: http://www.job.com.br/documentos/cartilhaicms/pdf/plano_brasil_maior.pdf. Acesso em: ago. 2019.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 12 Ago. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações Públicas e Seu Controle**. 2013: Malheiros, p. 278

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, Abril a Junho 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240497>. Acesso em: 7 ago. 2019.

TCU. **Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5**. [online]. Tribunal de Contas da União, Brasília, 20 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Acesso em: ago. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do STF**. In: Revista de Direito Tributário Atual, n. 24, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Dialética, SP, 2010, p. 440.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Consequencialismo e Decisão Judicial**. In: Consequencialismo no Poder Judiciário. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

Violações de direitos humanos em ações militares e a limitação de competência da jurisdição militar

André Luís Bortolini

1. Considerações iniciais

Tratados internacionais em que o Estado brasileiro figura como signatário, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 8º.), da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º.) e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14), firmaram posição no sentido de limitar a competência da jurisdição militar para conhecer de fatos que constituam violações de direitos humanos, restringindo-a à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares (violação à hierarquia, disciplina militar ou outros valores tipicamente castrenses).

Nessa ótica, a jurisdição penal militar não pode ser foro competente para investigar e julgar autores de violações de direitos humanos, cabendo tal mister sempre à Justiça ordinária ou comum, independente e imparcial.

A despeito disso, as Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017 inovaram a ordem jurídica brasileira, alargando a competência da Justiça Militar para investigação e julgamento de crimes potencialmente ofensivos a direitos humanos.

Diante de tal quadro, o presente artigo irá problematizar a hierarquia dos tratados internacionais e sua primazia em face da legislação infraconstitucional interna, avaliando-se, ainda, decisões da Corte Interamericana

de Direitos Humanos (Corte IDH), intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos, e analisando-se, por fim, ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) em trâmite no Supremo Tribunal Federal (n. 5032, 5804 e 5901), que questionam as leis infraconstitucionais referidas.

O artigo está capitulado da seguinte forma: (i) considerações iniciais; (ii) ampliação da competência da Justiça Militar via alteração infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro; (iii) limitação da competência da Justiça Militar para conhecer de fatos que constituam violações de direitos humanos, à luz do conteúdo de tratados internacionais e de decisões da Corte IDH; (iv) apontamentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais em face da legislação infraconstitucional e o desafio da Suprema Corte brasileira – controle de constitucionalidade e convencionalidade das Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017; e (v) considerações finais.

2. Ampliação da competência da justiça militar via alteração infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro

A Lei Complementar 97/1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, em seu § 7º do art. 15, tanto na redação que lhe conferiu a Lei Complementar 117/2004, quanto na redação atual, inserida pela Lei Complementar 136/2010, promoveu ampliação da competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes cometidos por agentes das Forças Armadas, ao considerar como atividade militar, para os fins do art. 124 da CF/88, atuações subsidiárias na chamada “Garantia da Lei e Ordem” (GLO)¹, na defesa civil, no patrulhamento de áreas de fronteira e quando requisitadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Prevê o seu texto atual:

¹ “Realizadas exclusivamente por ordem expressa da Presidência da República, as missões de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) ocorrem nos casos em que há o esgotamento das forças tradicionais de segurança pública, em graves situações de perturbação da ordem. Reguladas pela Constituição Federal, em seu artigo 142, pela Lei Complementar 97, de 1999, e pelo Decreto 3897, de 2001, as operações de GLO concedem provisoriamente aos militares a faculdade de atuar com poder de polícia até o restabelecimento da normalidade.” Disponível em <https://www.defesa.gov.br/exercicios-e-operacoes/garantia-da-lei-e-da-ordem>. Acessado em 25/02/2019.

§ 7º. A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal (BRASIL, 2010).

Exemplo de atuação “GLO” viu-se nas ações de agentes das Forças Armadas deflagradas durante a intervenção federal na área de segurança pública do estado do Rio de Janeiro, encerrada em dezembro de 2018, ano em que houve o maior número de mortes causadas por policiais no estado desde que se iniciou a série histórica em 2003, atingindo o índice de 1444 mortes até novembro (4,3 mortes por dia), denotando majoração de 39% em relação ao mesmo período de 2017.²

Por sua vez, a Lei 12.432/2011 alterou o parágrafo único do art. 9º. do Código Penal Militar (CPM), excepcionando a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por militares no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica)³:

Art. 9º. [...]

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 2011).

Ainda, a Lei 13.491/2017 promoveu mudanças substanciais na redação do art.9º do CPM, revisando o conceito de crimes militares em tempos

² Conforme dados oficiais divulgados pela autarquia pública Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=414>. Acessado em 26/02/2018.

³ Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); V - para averiguação de ilícito.

de paz, em claro alargamento da matéria de competência da Justiça Militar dos Estados e da Justiça Militar da União.

Destaca-se que, enquanto a redação anterior conceituava como crime militar (impróprio) apenas aqueles, previstos no CPM, que possuíssem igual tipificação na lei penal comum, a alteração promovida elastece o conceito de crime militar impróprio para todas as figuras típicas delitivas previstas na legislação brasileira, independentemente de previsão correspondente na parte especial do CPM.

Manteve-se, todavia, a previsão de que somente haverá crime militar quando presente uma das hipóteses das alíneas do inciso II do art.9º:

Art.9º. Consideram-se crimes militares, em tempos de paz: [...]

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) **por militar em serviço ou atuando em razão da função**, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar (BRASIL, 2017) (grifo nosso).

Neste quadro, todos os crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro⁴, quando cometidos por militares em uma das hipóteses dos incisos do art. 9º do CPM, passam a ser de competência da Justiça Militar, a

⁴ A exceção dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares ou bombeiros militares estaduais, conforme abaixo pontuado.

exemplo de crimes como abuso de autoridade, disparo de arma de fogo, tortura, crimes sexuais, etc⁵, potencialmente lesivos a direitos humanos.

De outra banda, no que tange aos crimes dolosos contra a vida, a Lei 13.491/2017 revogou o parágrafo único e inseriu os novos §§1º e 2º no texto do art.9º do CPM.

Nesta etapa, ao tempo em que manteve a competência do tribunal do júri para julgar tais crimes quando praticados por policiais militares ou bombeiros militares (servidores públicos estaduais), ressalvou à competência da Justiça Militar da União, no §2º do novo art.9º do CPM, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares das Forças Armadas⁶, desde que presente uma das hipóteses das incisos do art.9º.

Em que pese o § 4º do art. 125 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (modificado pela EC 45/2004) ressalvar a competência do júri para crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares dos Estados, a previsão constitucional é genérica em relação aos militares pertencentes às Forças Armadas: “Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

As Leis 12.432/2011 e 13.491/2017, neste ponto, privilegiam, em atentado ao princípio constitucional da isonomia, os militares federais que, em suas atividades, venham a cometer crimes dolosos contra a vida, sendo investigados e julgados por seus pares e não no tribunal do júri, cuja competência foi alçada ao status de direito fundamental pela CF/88 (art. 5º., XXXVIII, d) e apenas poderia ser excepcionada pelo próprio texto constitucional.

Ao alargar a competência da Justiça Militar, as Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017 incorreram no descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos em relação aos quais o Brasil é signatário (incorporados ao ordenamento jurídico), desafiando, ainda, o conteúdo de

⁵ Antes, por não se adequarem ao conceito de crime militar impróprio, ou seja, não encontrarem tipificação correspondente no Código Penal Militar, tinham competência na Justiça Comum.

⁶ Assim considerados, na dicção do art. 142 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), os membros da Marinha, Exército e Aeronáutica.

precedentes da Corte IDH, que privilegiam um sistema internacional de proteção de direitos humanos ao estabelecer que a jurisdição militar deve ser restrita, excepcional e de competência funcional.

3. Limitação da competência da justiça militar para conhecer de fatos que constituam violações de direitos humanos, à luz do conteúdo de tratados internacionais e de decisões da corte IDH

O contexto histórico pós segunda guerra mundial, marcado pela experiência extremamente negativa de conflito, foi pautado por um movimento constitucional de respeito aos direitos humanos, evidenciando atributos de abertura, integração e cooperação (MALISKA, 2013, p.11).

Peter Häberle vislumbra, neste cenário, as origens dos Estados Constitucionais Cooperativos, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional sobre a solidariedade, correspondendo à necessidade internacional de políticas de paz (2007, p. 4).

Os Estados Constitucionais Nacionais inserem-se, então, em uma perspectiva de responsabilidade regional e global, figurando os direitos humanos como ponto central de realização cooperativa, mediante abertura para relações internacionais, impondo medidas internas eficientes (permeabilidade), realização de tarefas internacionais conjuntamente e solidariedade estatal de prestação para além das fronteiras (HÄBERLE, 2007, p. 70-71).

Com o advento da cooperação, em vez de guerras tem-se diálogo e estrutura jurídica internacional capaz de regular e impor sanções aos Estados que descumprirem as normas, a exemplo das que dizem respeito a direitos humanos (MALISKA, 2006, p. 154).

Para Marcelo Neves:

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez

mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O Direito Constitucional, neste sentido, embora tenha sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. [...] O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas” (2009, Introdução, XXI e XXII).

Também André de Carvalho Ramos destaca:

Consequentemente, eventual alegação de “competência exclusiva dos Estados” ou mesmo de “violação da sagrada soberania estatal” no domínio da proteção dos Direitos Humanos encontra-se ultrapassada, após anos de aquiescência pelos Estados, inclusive o Brasil, da normatização internacional sobre a matéria (2009, p. 246-247).

Desde então, dando luz a abertura e cooperação, um sistema de proteção aos direitos humanos vem se desenvolvendo, mediante criação de organizações internacionais, a exemplo da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁷, oferecendo nova perspectiva à garantia de direitos humanos, que até então estava adstrita aos Estados Nacionais.

Destacando a abertura normativa, vislumbram-se em Constituições elementos que recomendam o diálogo supranacional e com organismos internacionais. Nesta linha, a CF/88 brasileira possui em seu texto elementos de abertura e cooperação, a exemplo do princípio do

⁷ “A OEA é a mais antiga organização regional em atividade. Tem por finalidade construir uma ordem de paz e de justiça no continente americano, promover a solidariedade e a cooperação mútua entre os Estados da região e defender a soberania, a integridade territorial e a independência de seus membros. A OEA tem hoje 35 Estados membros, além de atualmente 69 países e a União Europeia em caráter de observadores permanentes. [...] O Brasil foi um dos 21 fundadores da OEA, assinando a Carta em 1948.” Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/14394-a-organizacao-dos-estados-americanos>. Acessado em 20/02/2019.

compromisso com a solução pacífica das controvérsias (preâmbulo e 4^o, VII), do princípio da prevalência dos direitos humanos (art 4^o, II) e do princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4^o, XI). Ainda, o parágrafo segundo do artigo 5^o. estabelece como Direitos Fundamentais os direitos humanos garantidos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Ao lado da produção normativa no plano interno, voltada à abertura e cooperação, o Estado Constitucional coopera com outras ordens constitucionais na produção normativa externa, cujo resultado apresenta uma síntese das vontades de diversas ordens soberanas (MALISKA, 2013, p. 15/16).

Nesse cenário de composições internacionais ou supranacionais, destacam-se a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Estatuto de Roma e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – em vigor desde 1978 (Pacto de São José da Costa Rica)⁸ 9.

Tais tratados, de acordo com a Convenção de Viena de 1969 (em pleno vigor no Brasil), possuem força obrigatória, isto é, não constituem meras recomendações políticas.

Ainda, para além da abertura normativa, é tarefa do Estado Constitucional Cooperativo, segundo Peter Häberle, criar na comunidade jurídica internacional uma medida mínima de realidade material e processual dos Direitos Fundamentais, não podendo se limitar à defesa jurídica (dogmática), mas, também, sendo as atividades políticas realizadas estatalmente importantes formas de implementação de Direitos Fundamentais (2007, p. 66-67).

Nesta toada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)¹⁰, protagonista na interpretação e aplicação da Convenção Americana

⁸ Assinada em São José, Costa Rica, em 22/11/1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em 21/02/2019.

⁹ O Estado brasileiro aderiu à Convenção apenas em 25/09/1992.

¹⁰ “A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto” – art. 1^o., Estatuto da CIDH, aprovado em Assembléia Geral

de Direitos Humanos, figura dentre os mecanismos internacionais “judiciais ou quase-judiciais que analisam petições de vítimas de violação de Direitos Humanos, interpretam o direito envolvido e determinam reparações adequadas, que devem ser cumpridas pelo Estado” (RAMOS, 2009, p. 247).

Para Sidney Guerra:

De fato, o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e também da Comissão) é bastante relevante no contexto regional principalmente se levarmos em consideração as barbaridades que foram praticadas no continente, especialmente no período recente de golpes militares que corresponderam verdadeiros abusos e denegação de direitos. Antes da implantação desse Sistema de Proteção Regional dos Direitos Humanos, esgotavam-se as possibilidades de se obter reparação de danos por violação aos direitos humanos ao se chegar às Cortes Constitucionais dos respectivos Estados (2012, p. 347).

Na mesma toada, contextualizando historicamente a assunção dos compromissos regionais de proteção aos direitos humanos, Flávia Piovesan leciona:

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA (2012, p. 83).

O Brasil, incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao ordenamento jurídico brasileiro

através do Decreto n.º 678/92, e, apenas em 1998 (Decreto Legislativo 89/1998), reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte IDH.

Acerca de tal avanço do Estado brasileiro, ressaltam Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli:

A decisão brasileira de aceitar a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos alinha o País, plena e definitivamente, com o movimento universal de proteção dos Direitos Humanos, o qual adveio da grande evolução ocorrida nas últimas cinco décadas, dos instrumentos internacionais de proteção. Tal decisão, de outro lado, está em consonância com o disposto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que já propugnava pela formação de um “tribunal internacional de Direitos Humanos”, o qual, aliás, está operando há quase 20 anos (2011, p. 3).

Dentre outras posições e decisões de relevo em defesa dos direitos humanos, calha ressaltar no presente trabalho que a Corte IDH, aplicando a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 8º.), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (art. 8º.), firmou sólida jurisprudência no sentido de limitar a competência da jurisdição militar para conhecer de fatos que constituam violações de direitos humanos, restringindo-a à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares (violação à hierarquia, disciplina militar ou outros valores tipicamente castrenses), não sendo a jurisdição penal militar foro competente para investigar e, caso seja pertinente, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, cabendo sempre à Justiça ordinária ou comum, independente e imparcial, processar os responsáveis.

Diante da gravidade de condutas de violação de direitos humanos, a Corte IDH claramente busca evidenciar o dever do Estado em investigar e punir os responsáveis, de modo a evitar a impunidade e prevenir a ocorrência de novas violações.

No que concerne à competência da Corte IDH, leciona Flávia Piovesan:

A Corte Interamericana apresenta competência consultiva e contenciosa. [...] A respeito da competência contenciosa da Corte, afirma Antônio Augusto Cançado Trindade: “Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos – não substituem os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”.

Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado (2007, p. 238-242).

Precedente de destaque para a compreensão do impacto da aplicação extensiva da jurisdição militar a atos constitutivos de violações de direitos humanos dos civis é a sentença da Corte IDH prolatada no caso Rosendo Radilla contra o Estado mexicano (caso 12.511), de 23/11/2009. Tal decisão tinha por objeto o desaparecimento forçado de Rosendo Radilla pelas Forças Armadas e a ausência de investigação e sanção dos responsáveis, a qual representou, para Juan Carlos Gutiérrez e Silvano Cantú:

[...] um triunfo significativo do movimento de familiares e vítimas dos crimes cometidos pelo Estado durante a ‘guerra suja’, que durante décadas lutaram para obter justiça pelas violações sistemáticas e maciças dos direitos humanos ocorridas durante esse período. [...]

No parágrafo 266 da Sentença do caso Rosendo Radilla, a Corte IDH expõe o fato de que a CIDH frisou que a atuação da justiça penal militar constitui uma violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, pois não respeita os padrões do sistema interamericano no tocante a casos que envolvem violações aos direitos humanos, principalmente no ponto que se refere ao princípio do tribunal competente (2010, p. 82-83).

Oportuno lembrar do caso “Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia”, destacado pela perseguição, intimidação e violência exercida contra

Luis Gonzalo Vélez Restrepo, jornalista que denunciou atos de violência cometidos por membros do exército colombiano contra participantes de marchas de protesto, em 1996, sendo obrigado, junto com a sua família, a se asilar nos Estados Unidos da América. A Corte IDH reiterou, neste caso, que a jurisdição penal militar não pode julgar violações de direitos humanos, à luz das garantias do devido processo legal e do juiz natural pactuadas em São José da Costa Rica:

241. A respeito, é preciso indicar que a jurisprudência constante desta Corte é a autoridade interpretativa das obrigações estabelecidas na Convenção Americana, a obrigação de não investigar e julgar violações de direitos humanos através da jurisdição penal militar é uma garantia do devido processo que se deriva das obrigações contidas no artigo 8.1 da Convenção Americana e não depende unicamente do que haja reafirmado este Tribunal em sua jurisprudência. A garantia de que violações a direitos humanos tais como a vida e a integridade pessoal sejam investigadas por um juiz competente está consagrada na Convenção Americana e não nasce a partir de sua aplicação e interpretação por esta Corte no exercício de sua jurisdição contenciosa, razão pela qual deve ser respeitada pelos Estados Parte desde o momento em que ratificara dito tratado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Por sua vez, no caso “Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela”, com sentença de 22/08/2017, que trata do falecimento, em 1998, de Johan Alexis Ortiz Hernández (19 anos) que cursava preparação à Guarda nacional, decorrente de lesão por arma de fogo durante prática militar, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado venezuelano por violação aos direitos humanos da vida e integridade pessoal, da garantia do juiz natural e do direito à proteção judicial, garantidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim decidindo:

A jurisprudência desta Corte tem sido constante sobre os limites da competência da jurisdição militar para conhecer de fatos que constituam violações de direitos humanos, no sentido de afirmar que em um Estado Democrático de Direito a jurisdição penal militar terá um alcance restrito e excepcional, e se destinará à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções

próprias das forças militares. Por conseguinte, a Corte apontou que, no foro militar, só se devem julgar militares ativos pela prática de crimes ou faltas que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar e da esfera castrense. A jurisdição militar se estabelece para manter a ordem nas Forças Armadas. Por esse motivo, sua aplicação se reserva aos militares que tenham incorrido em crime ou falta no exercício de suas funções e em certas circunstâncias. Portanto, levando em conta a natureza do crime e o bem jurídico lesado, a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar e, caso seja pertinente, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, cabendo sempre à Justiça ordinária ou comum processar os responsáveis. O fato de os sujeitos envolvidos pertencerem às forças armadas ou de os acontecimentos terem ocorrido durante uma prática militar em um estabelecimento militar não significa em si que a Justiça Militar deva intervir. O que precede se aplica mesmo no caso de crimes nos quais o acusado é um membro das Forças Armadas e não seja um civil o sujeito passivo do delito ou titular do bem jurídico protegido, uma vez que todas as violações de direitos humanos devem ser conhecidas na jurisdição ordinária, que inclui aquelas cometidas por militares contra militares (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

No cenário brasileiro, sob acusação de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, resultado de operações do Exército brasileiro com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, empreendidas entre 1972 e 1975 (contexto da ditadura militar do Brasil), o Estado brasileiro foi diretamente condenado a abster-se de utilizar a jurisdição militar para investigar e julgar militares por crimes cometidos contra civis (Caso “Gomes Lund e Outros Vs. Brasil”):

257. Especificamente, o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso [execução sumária e desaparecimentos forçados de civis], contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Ainda, no caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, com sentença de 16/02/2017, decidiu a Corte IDH novamente condenar o Brasil, por não garantir justiça às vítimas, destacando que delitos praticados por militares

contra civis, que afetem os direitos humanos, não devem ser investigados por militares, a fim de garantir a independência da apuração:

A esse respeito, a Corte considera que o elemento essencial de uma investigação penal sobre uma morte decorrente de intervenção policial é a garantia de que o órgão investigador seja independente dos funcionários envolvidos no incidente. Essa independência implica a ausência de relação institucional ou hierárquica, bem como sua independência na prática. Nesse sentido, nas hipóteses de supostos crimes graves em que *prima facie* apareçam como possíveis acusados membros da polícia, a investigação deve ser atribuída a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnicos em criminalística e pessoal administrativo, alheios ao órgão de segurança a que pertençam o possível acusado ou acusados. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu diversas circunstâncias nas quais a independência dos investigadores pode ser afetada no caso de morte decorrente de intervenção estatal. Entre elas, a Corte destaca as seguintes hipóteses: i) os mesmos policiais investigadores são suspeitos em potencial; ii) são colegas dos acusados; iii) mantêm relação hierárquica com os acusados; ou iv) a conduta dos órgãos investigadores indica falta de independência, como a falha em adotar determinadas medidas fundamentais para elucidar o caso e, oportunamente, punir os responsáveis; v) um peso excessivo concedido à versão dos acusados; vi) a omissão de não explorar determinadas linhas de investigação que eram claramente necessárias; ou vii) inércia excessiva. O acima exposto não significa que o órgão investigador deva ser absolutamente independente, mas que deve ser suficientemente independente das pessoas ou estruturas cuja responsabilidade esteja sendo atribuída no caso concreto. A determinação do grau de independência se faz à luz de todas as circunstâncias do caso (BRASIL, STF, 2018).

A despeito deste contexto que demanda efetiva conscientização do Estado brasileiro quanto a necessidade de cumprimento dos compromissos internacionais assumidos, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo a evitar futuras condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o advento da Lei 13.491/2017 ensejou pública inquietação por parte do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e da Comissão Interamericana de

Direitos Humanos que, em 13/10/2017, emitiram registro de profunda preocupação com a alteração do CPM (passou a permitir que homicídios dolosos de civis cometidos por agentes das Forças Armadas sejam julgados por tribunais militares).

Na ocasião, argumentou-se que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, especialmente por supostas violações contra civis, impedem a possibilidade de uma investigação independente e imparcial, lembrando, ainda, os vários compromissos internacionais assumidos pelo Brasil:

[...] O ACNUDH e a CIDH têm argumentado há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, especialmente por supostas violações contra civis, impedem a possibilidade de uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança.

Os dois órgãos recordam que o Estado brasileiro ratificou vários instrumentos internacionais de direitos humanos que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.[...]

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos já enfatizou de forma consistente que a jurisdição militar não é competente para investigar e, sendo o caso, processar e punir os autores de supostas violações de direitos humanos. Para os países que ainda a mantêm, a jurisdição penal militar deve ter um alcance restritivo e excepcional, relacionada a bens jurídicos específicos de ordem militar, e nunca deve ter um papel na investigação de supostas violações de direitos humanos.

O ACNUDH e a CIDH saudaram reformas adotadas por vários países da região para restringir significativamente o alcance da jurisdição militar. As alterações ao Código Penal Militar do Brasil que ampliariam a jurisdição dos tribunais militares representam um franco retrocesso, contrário à Convenção Americana e aos padrões interamericanos e universais de direitos humanos. [...]

(ONU DIREITOS HUMANOS, América do Sul, 2017)

Diante de tal quadro, mostra-se altamente relevante o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange ao controle de

constitucionalidade e convencionalidade das Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017, em face da CF88 e de tratados internacionais de direitos humanos, os quais entendem que a jurisdição penal militar deve ter um alcance restritivo e excepcional.

4. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o desafio do Supremo Tribunal Federal: controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos impõe, como visto, que a jurisdição penal militar deve ter um alcance restritivo e excepcional, relacionada a bens jurídicos específicos de ordem militar, divorciando-se das atribuições de investigação e julgamentos de violações de direitos humanos.

As alterações promovidas na ordem jurídica brasileira pelas Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017 não se coadunam, portanto, com os diversos precedentes da Corte IDH e com as disposições de convenções internacionais que o Brasil é signatário.

Nesta toada, problematiza-se qual a hierarquia de tratados internacionais, incorporados a ordem jurídica brasileira, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, em face de tais normas infraconstitucionais.

A doutrina e a jurisprudência dos tribunais pátrios há tempos esforçam-se com o fim de sanar os eventuais conflitos ou incompatibilidades sobre o tema, debatendo se as normas são incorporadas pelos tratados internacionais de direitos humanos à ordem jurídica interna com natureza supraconstitucional, constitucional, supralegal ou com natureza de lei ordinária (GUERRA, 2012, p. 357).

A complexidade de tal celeuma inicia-se pela CF/88, que não dispôs sobre o grau de hierarquia a ser atribuído aos tratados internacionais após sua incorporação à ordem jurídica brasileira, a despeito de o artigo 5º.,

§2º., prever como Direitos Fundamentais os direitos humanos garantidos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Na linha de forte corrente doutrinária a sustentar que a CF/88 internalizou automaticamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, emprestando-lhes natureza constitucional, destaca Flávia Piovesan:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional (2007, p. 53).

A Suprema Corte brasileira, no entanto, historicamente, sendo paradigmas os julgamentos do Recurso Extraordinário 80.004/1977 e do HC 72.131/1995, manteve posição no sentido de que o § 2º. do artigo 5º. da CF/88 não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos humanos que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a sua promulgação, vislumbrando, portanto, inexistir qualquer precedência hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito interno (RAMOS, 2009, p. 242).

Disserta Flávia Piovesan que:

Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. [...] Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivo da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar

posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado (2007, p. 62).

Tal posição do STF, conforme destaca Marcos Augusto Maliska, ia de encontro aos objetivos de cooperação e abertura dos Estados Constitucionais contemporâneos:

[...] o Tribunal tem decidido reiteradamente que, “em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º., LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel (HC 72131)”. Segundo ainda o Tribunal, “é de observar-se, por fim, que o § 2º. do artigo 5º. da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional (RE 206.482)”.

A posição do Supremo Tribunal Federal merece ser criticada neste trabalho, pois ela conflita inteiramente com as ideias que aqui são desenvolvidas. A existência de Estados abertos e cooperantes é incompatível com o entendimento constitucional acima referido, pois ele reproduz os postulados clássicos do “direito constitucional centrado no estado e no dogma da soberania do estado” (2006, p. 191-192).

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) 45 de 2004, que introduziu o §3º ao artigo 5º, determinou-se que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, possuem força normativa de Emenda Constitucional.

Pretendeu o legislador constituinte oferecer resolução ao problema posto quanto ao grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos em face da ordem jurídica brasileira.

Todavia, tal reforma constitucional abrangeu apenas os acordos internacionais aprovados por quórum especial (neste caso, elevados a status de Emenda Constitucional), relegando o trato daqueles que foram ou

forem internalizados em desconformidade com o disposto no artigo 5º, §3º, da CF/88.

Assim, mantiveram-se os debates quanto aos tratados internalizados anteriormente, mas não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Paulo Ricardo Schier, diante da EC 45, propõe reflexão acerca da possibilidade de incidência do princípio *tempus regit actum* aos acordos internacionais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro antes de seu advento:

Neste caso, a idéia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, status de emendas constitucionais. [...]

Neste quadro, destarte, por questão quiçá de coerência, não seria razoável esperar que o Supremo Tribunal Federal adotasse idêntico posicionamento, declarando que, pela incidência do *tempus regit actum*, os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45, produzidos e incorporados legitimamente sob a égide de procedimento válido à época, passam, agora, a gozar de status constitucional? (2006, p. 3-5).

Os debates provocados pelo advento da EC 45, estimulou a revisão da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de direitos humanos, quadro que se concretizou com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1¹¹, de 03/12/2008 (RAMOS, 2009, p. 244).

Na ocasião, o STF promoveu o entendimento, por maioria, de que os acordos internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados segundo o artigo 5º, §3º, da CF/88, não podendo afrontar a supremacia da Constituição, ocupam espaço de supralegalidade no ordenamento jurídico

¹¹ Discutiu-se nesse processo se subsistia, no direito brasileiro, a prisão civil do depositário infiel, à luz do que dispõe o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988; o Decreto-lei nº 911/69; o Pacto de São José da Costa Rica; o artigo 652 do Código Civil, e o artigo 904 do Código de Processo Civil.

(infraconstitucionais, mas com força superior em relação aos demais atos infraconstitucionais).¹²

Segundo voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que capitaneou a nova posição prevalecente na Suprema Corte:

[...] é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...].¹³

Neste contexto, entendeu-se que os tratados internacionais de direitos humanos, ao figurarem como normas supraleais, conquanto não estejam autorizados a revogar normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, possuem força para afastar ou paralisar a eficácia jurídica de normas infraconstitucionais com elas conflitante.

Para Marcos Augusto Maliska:

Ao tentar fazer essa conciliação e estabelecer uma medida de transição, Mendes coloca-se diante de, ao menos, duas dificuldades: o não reconhecimento de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o país já tinha uma distinção entre Tratados de Direitos Humanos e outros Tratados; a falta de sintonia com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que reconhece o Princípio *Tempus Regit Actum* para alçar a condição jurídica diferenciada da norma produzida sob o regime constitucional anterior. [...]

A preocupação do Supremo Tribunal Federal em garantir o Princípio da Supremacia da Constituição é bem-vinda e deve ser mantida nas relações em que o país, cada vez mais, vem travando no plano internacional. No entanto, a questão, a saber, é se não haveria como garantir essa supremacia, dando plena eficácia ao disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, conferindo aos Tratados de Direitos Humanos já ratificados a condição de, se não

¹² Foram votos parcialmente vencidos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de todos os tratados sobre direitos humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. STF, RE nº 466.343-1/SP. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/02/2019.

¹³ Idem, p.55.

formalmente fundamentais em virtude da Emenda Constitucional n. 45, por força da cláusula *tempus regit actum*, ao menos como materialmente fundamentais, uma vez pertencerem ao “corpo fundamental da Constituição.” (SARLET, 2007, p. 93) (2008, p. 114-116).

O autor salienta, ainda, que, apesar de Mendes se alicerçar nos ensinamentos de Peter Häberle e sustentar que vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo, no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais, as possibilidades do texto da CF/88 possuem um alcance bem maior do que o apresentado no voto (MALISKA, 2008, p. 119).

Uma leitura sistemática do artigo 4º da Constituição em conjunto com o artigo 1º, em especial com o inciso I, que trata da soberania nacional, aponta para um novo conceito de soberania, que deve ser atualizado e compreendido em conjunto com os demais princípios fundamentais da Constituição. Quando a Constituição dispõe que nas suas “relações internacionais a República Federativa do Brasil se rege pelos seguintes princípios”, ela quer dizer que o Brasil submete a sua soberania à prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e, mesmo, autoriza a integração supranacional com os países latino-americanos. [...]

Uma questão importante a ser enfrentada seria saber se a incorporação dos tratados de direitos humanos como parte integrante da Constituição seria ou não uma marca significativa da abertura estatal ou do chamado Estado Constitucional Cooperativo. A resposta será em sentido positivo, ou seja, a incorporação dos tratados de direitos humanos no corpo da Constituição revela-se medida fundamental para a aferição do grau de abertura da ordem jurídica interna; é, sem dúvida alguma, um elemento identificador do chamado Estado Constitucional Cooperativo (2008, p. 120).

Em que pese a decisão tomada pela Suprema Corte, impende ressaltar que não houve consenso acerca do nível hierárquico que deve ser atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, de modo que as discussões, sobretudo acerca da constitucionalidade ou suprallegalidade, não foram estancadas.

De todo modo, é forçoso reconhecer a tendência atual de se emprestar força às normas incorporadas por tratados internacionais de direitos

humanos, quadro que desafia a Suprema Corte Brasileira a se pronunciar quanto a constitucionalidade e convencionalidade das Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017, sobretudo quanto à relevante alteração promovida no art. 9º do CPM, e a sua (in)compatibilidade com os diversos precedentes da Corte IDH.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli, a entrada em vigor da EC 45 e o entendimento de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos como normas supraleais, deu origem ao “controle de convencionalidade” das leis no Brasil:

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade. [...] O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. (2009, p. 128-129)

Para Luiz Guilherme Marinoni, tal posição da Suprema Corte:

[...] Eleva o direito internacional dos direitos humanos a um patamar superior, dando-lhe a condição de direito que permite o controle de legitimidade da lei ordinária. [...] Vale dizer que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. Nesta perspectiva, existem dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário. Além da Constituição, o direito supraleal está a condicionar e a controlar a validade da lei.

Isto significa que a lei, nesta dimensão, está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais, o que revela que o Estado contemporâneo – que se relaciona, em recíproca

colaboração, com outros Estados constitucionais inseridos numa comunidade -, tem capacidade de controlar a legitimidade da lei em face dos direitos humanos tutelados no país e na comunidade latino-americana. (2013, p. 2).

Nesta toada, a Procuradoria-Geral da República propôs, em 2013, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5032 (ADI)¹⁴ em impugnação ao § 7º do art. 15 da Lei Complementar n. 97/1999 (redação inserida pela LC n. 136/2010), questionando a constitucionalidade e a convencionalidade da ampliação da competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas.¹⁵

Por sua vez, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADI 5901¹⁶ no STF, para questionar dispositivos do CPM, inseridos pela Lei 13.491/2017, que estenderam a competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis.

Ainda, tramita no STF a ADI 5804¹⁷, aforada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), em que se contesta dispositivos da Lei 13.491/2017 que alteraram o CPM e o Código de Processo Penal Militar (CPPM), sustentando que a investigação policial nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, tem no inquérito policial (civil) o espaço adequado para construção dos elementos probatórios prévios ao julgamento pelo Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF).

Nas três citadas ADIs em trâmite, é de todo recomendável que a Suprema Corte não olvide as discussões acerca das obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Brasil, atentando para a interpretação de órgãos internacionais, em especial da Corte IDH, baseada sobretudo no item 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que limita o alcance da competência criminal da Justiça Militar, a desafiar o controle de

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247218>.

¹⁵ Trata-se da atuação militar na chamada garantia da lei e ordem (GLO), na defesa civil, no patrulhamento de áreas de fronteira e quando requisitadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370651>.

¹⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361475>.

convencionalidade e a análise da constitucionalidade das Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017.

5. Considerações finais

A ordem jurídica brasileira foi inovada de forma relevante nos últimos anos pelas Leis 136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017, que promoveram a ampliação da competência da Justiça Militar quanto a crimes praticados por militares.

Neste contexto de alteração normativa, passaram a ser julgados por tribunais militares, desde que cometidos em uma das hipóteses dos incisos do art. 9º do CPM, todas as figuras delitivas previstas na legislação brasileira (independentemente de previsão correspondente na parte especial do CPM), algumas delas com alto risco de lesão a direitos humanos, a exemplo dos tipos penais de tortura, crimes sexuais, disparo de arma de fogo e abuso de autoridade contra civis.

Ainda, foram alçados à competência da Justiça castrense os homicídios dolosos cometidos por agentes das Forças Armadas contra civis.

No entanto, vários compromissos internacionais assumidos pelo Brasil limitam a competência da Justiça Militar, restringindo-a à proteção de bens jurídicos tipicamente militares, vinculados às funções próprias das forças militares (violação à hierarquia, disciplina militar ou outros valores tipicamente castrenses), não sendo a jurisdição penal militar foro competente para investigar e, caso seja pertinente, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, cabendo sempre à Justiça ordinária ou comum, independente e imparcial, processar os responsáveis.

Argumenta-se, para tanto, que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, máxime quando figuram civis como vítimas, impedem a possibilidade de uma investigação tempestiva e justa, assim como julgamento independente e imparcial, à luz da garantia do devido processo legal.

Destacam-se no plano normativo, as prescrições constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 8º.), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º.), as quais garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais.

Ainda, há inúmeras sentenças da Corte IDH, cuja jurisdição contenciosa obrigatória o Brasil reconheceu, que expressamente estabelecem tais limites à jurisdição militar.

Ganham relevo, diante das legislações objeto desta pesquisa, os julgamentos envolvendo o Estado brasileiro, a exemplo do “Caso Gomes Lund”, no qual a Corte IDH determinou investigar, processar e punir, na Justiça Comum (e não na Justiça Militar), os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos na ditadura militar, bem como do “Caso Favela Nova Brasília”, em que a mesma Corte determinou ao Estado a investigação por órgão independente em hipóteses de mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial.

O contexto atual, em que homicídios dolosos cometidos por militares federais contra civis figuram sob a competência, para investigar e julgar, da Justiça Militar, irradia efeitos, a título de exemplo, para as ações de agentes das Forças Armadas deflagradas durante a intervenção federal na área de segurança pública do estado do Rio de Janeiro, encerrada em dezembro de 2018.

Conforme dados oficiais divulgados pela autarquia pública Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, 2018 foi o ano com o maior número de mortes causadas por policiais no estado desde que se iniciou a série histórica em 2003, atingindo o índice de 1444 mortes até novembro (4,3 mortes por dia), denotando majoração de 39% em relação ao mesmo período de 2017¹⁸.

Aury Lopes Junior, ao criticar o advento da Lei 13.491/2017, destaca os riscos do que chamou de “militarização da segurança pública”:

¹⁸ Disponível em <http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=414>. Acessado em 23/02/2018.

A tendência de limitação da competência das Justiças militares é estancada, e rompido o paradigma vigente, com uma completa inversão do tratamento legal. Iniciou-se uma perigosa “militarização da segurança pública”, como muito bem definiu e explicou Leonardo Marcondes Machado, com as Forças Armadas sendo chamadas de forma cada vez mais rotineira (e por maior tempo) para exercer efetivo policiamento urbano e repressão (seletiva) de crimes, desnaturando completamente sua natureza e missão. Sob o pretexto de atuação excepcional e para “garantia da lei e da ordem”, o que temos assistido é a utilização das Forças Armadas em verdadeiro desvio de função, numa tentativa desesperada da União (e dos estados que solicitam) de enfrentar a violência urbana crescente (que, como se sabe, decorre de fatores complexos em que, além da repressão, é imprescindível uma anamnese séria das causas) [...] (2018, p. 110-111)

Deste cenário reflete-se a relevância das ADIs (5032, 5901 e 5804) em trâmite perante o STF, tendo por objeto a discussão da ampliação de competência da Justiça Militar promovida pelas leis em destaque (136/2010, 12.432/2011 e 13.491/2017).

O desafio da Suprema Corte brasileira, a despeito da ausência de convergência quanto ao nível hierárquico (constitucionalidade ou suprallegalidade) dos já incorporados tratados internacionais de direitos humanos, é exercitar o controle de constitucionalidade e de convencionalidade das referidas leis, em respeito a um sedimentado paradigma internacional de proteção aos direitos humanos.

Referências

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 11/02/2019.

BRASIL, **Lei 136/2010**. Altera a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, que “dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas”, para criar o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e disciplinar as atribuições do Ministro de Estado da Defesa, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp136.htm. Acessado em 22/02/2019.

BRASIL, **Lei 12.432/2011**. Estabelece a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da Lei nº7.565/1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, alterando o parágrafo único do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12432.htm. Acessado em 22/02/2019.

BRASIL, **Lei 13.491/2017**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acessado em 22/02/2019.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15290-15291-1-PB.pdf>. Acesso em: 27/02/2019.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2018**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvenoAmericanasobreDireitosHUMANOS10.9.2018.pdf>. Acessado em 15/02/2019.

CANTÚ, Silvano; GUTIÉRREZ Juan Carlos. A Restrição à jurisdição militar nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7, n. 13, p.75-97, dez. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Vélez Restrepo y Familiares, Vs. Colômbia, Sentencia de 03 de Septiembre de 2012 (Excépcion, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Disponível em http://cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf. Acessado em 15/02/2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Ortiz Hernández y Otros Vs. Nevezuela, Sentencia de 22 de agosto de 2017 (Fondo, Reparaciones e Costas)**, Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_338_esp.pdf. Acessado em 15/02/2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Gomes e Outros (Guerrilha do Araguaia, Sentencia) Vs. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**, Disponível em

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em 15/02/2019

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 32.2, p. 341-366, jul./dez. 2012.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. **Revista de estudos e Debates (TJ/RJ)**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 109-114, jan/jun. 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1; **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008.

_____. **Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme et al (Org.). **Controle de convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru**. Brasília: Gazeta Jurídica, Cap. 2, p. 58-85, 2013.

MAZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

ONU Direitos Humanos, América do Sul, ONU Direitos Humanos e CIDH rechaçam de forma categórica o projeto de lei que amplia jurisdição de tribunais militares no Brasil, 2017, Disponível em <http://acnudh.org/pt-br/onu-direitos-humanos-e>

cidh-rechacam-de-forma-categorica-o-projeto-de-lei-que-amplia-jurisdicao-de-tribunais-militares-no-brasil/. Acessado em 21/02/2019

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direitos humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (BDC)**, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum**. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., Florianópolis, 2006.

O papel do ministério público como empreendedor de políticas públicas: uma atuação legítima?

Jonathan Douglas dos Santos

Introdução

Nas últimas décadas, o Brasil passou por uma fase de consolidação das instituições e o surgimento de novas. Tendo como uma de suas causas a Constituição de 1988 que reafirmou a importância dos direitos sociais e conferiu ao Estado, especialmente ao Poder Executivo, a responsabilidade de formular e implementar políticas públicas para a efetivação de tais direitos.

Dentro deste contexto, vários grupos e atores sociais que compõe a sociedade civil pressionam o Estado para que o mesmo atenda suas reivindicações. Diante de uma sociedade plural e diversificada como é a brasileira, demandas mais diversas possíveis surgem na tentativa de chamar a atenção dos responsáveis pela agenda governamental, no que diz respeito à formulação de políticas públicas.

O presente artigo visa discorrer acerca do complexo processo de formação de políticas públicas, essencialmente nas etapas pré-decisionais, ou seja, no momento de formação da agenda de políticas públicas. Buscando analisar de que forma determinados temas conseguem entrar na agenda de políticas públicas enquanto outras, embora também importantes, não

tem a força necessária para se manter neste competitivo e dificultoso processo.

Dentro desta perspectiva que desponta o papel dos empreendedores de políticas públicas, personagens que terão influência decisiva dentro da escolha e divulgações dos problemas a serem tratados como questões públicas. Diversos são esses atores, a exemplo da mídia, dos grupos de interesse e dos próprios agentes públicos. Ocorre que vislumbramos um personagem atuante, não apenas no controle e fiscalização das políticas públicas, mas também como um personagem capaz de atuar ativamente dentro do próprio procedimento de escolha de determinados temas para sua inserção na agenda, personagem este que corresponde ao órgão do Ministério Público.

São raríssimos os trabalhos de pesquisa que buscam tratar o Ministério Público dentro de um conceito de empreendedor de políticas públicas. Geralmente o órgão é considerado como um agente controlador e fiscalizador, e não da forma como este trabalho pretende abarcar, ou seja, o ministério público como efetivamente atuante dentro do jogo político que envolve o momento pré-decisional da formação da agenda.

Num primeiro momento procuraremos discorrer acerca da conceituação de políticas públicas, até porque o tema ainda é incipiente nos estudos jurídicos, dando especial atenção aos métodos de pesquisa na área, a exemplo do Agenda-setting. Posteriormente nos atentaremos às características e definição do conceito de empreendedor de políticas públicas, tendo como referencial teórico os estudos de John Kingdon em sua teoria dos Múltiplos Fluxos (multiple streams model). Por fim, buscaremos analisar o papel do Ministério Público dentro do processo de formação das políticas públicas, sua atuação enquanto órgão constitucionalmente instituído, procurando correlacionar sua atuação com o papel desempenhado pelo empreendedor de políticas públicas descrito no modelo de Kingdon.

1. Formação da agenda governamental

1.1 Delimitação do conceito

O tema políticas públicas tem despertado o interesse de pesquisadores nas mais diversas áreas das ciências humanas, em especial a Ciência Política. Os estudos voltados para a área do Direito ainda são incipientes, mas já surgem diversos questionamentos acerca de tal temática e que podem ser respondidos mediante uma análise sob o prisma da Ciência Jurídica. Todavia, torna-se necessário, e porque não dizer imprescindível, que o pesquisador do Direito ao enfrentar tal tema, busque aproximar-se de outras fontes, dialogando com as mais variadas disciplinas, a fim de que seu objeto de pesquisa possa ser mais bem apreendido e compreendido, essencialmente no que diz respeito ao seu conceito.

Política Pública é um termo polissêmico, o que, *a priori*, para o pesquisador do Direito, pode se apresentar como um desafio. No entanto, é necessário um ponto de partida, e encontramos esse ponto de partida na conceituação de Maria Dallari Bucci. Para a autora, as políticas públicas podem ser caracterizadas como programas de ação governamental que buscam a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. A autora, inclusive, vai além a sua conceituação, afirmando que nestes programas há, muitas vezes, a participação tanto de atores públicos, quanto de atores privados, atuando em diferentes níveis¹.

Dentro desta conceituação, podemos perceber que as políticas públicas não podem ser apenas reduzidas a um ato ou uma norma, mas vão muito além, em um complexo conjunto organizado de normas e de atos, tendentes à realização de um objetivo determinado. Diante do crescente aumento de decisões e atividades incumbidas ao Estado, torna-se imprescindível um planejamento estratégico, com seleção prioritária de fins comuns e de escolha dos meios mais adequados à sua realização².

¹ BUCCI, Maria Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 241, 251, 252 e 269.

² RESENDE, F.C.L. **O Papel do Judiciário no Controle da Implementação de Políticas Públicas no Brasil**: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da

Podemos ressaltar, no entanto, que esta seleção tida como prioritária, é realizada pelos agentes públicos conforme entendem como sendo estas demandas correspondentes às expectativas da sociedade. Em outras palavras, o bem estar da sociedade é sempre definido pelos dirigentes estatais e não por ela mesma³.

Todavia, não se pode deixar de enfatizar que tal atividade, seja ela exclusivamente estatal ou com a participação de atores privados, representa uma característica típica de um Estado Social. Como instrumento de interferência do Estado na sociedade, tal atividade não se coaduna com o perfil de um Estado Liberal. Não que não se possa vislumbrar política pública em um Estado Liberal, no qual as políticas públicas existentes em tal contexto se voltam essencialmente para questões afetas a segurança pública e a garantia da propriedade⁴.

No Estado social, por sua vez, não mais se limita a assegurar as condições do ambiente de uma suposta ordem social imanente, mas sim se torna um regulador decisivo do sistema social, devendo dispor-se à tarefa de estruturar a sociedade através de medidas diretas ou indiretas. É dentro deste contexto, em que não há duas realidades distintas (a estatal e a da sociedade), mas que há conexão e interferências mútuas, que buscamos inserir a ideia de políticas públicas como atividade majoritariamente estatal, desenvolvida em um ambiente do Estado Social, como forma de interferência do Estado na sociedade, alterando sua realidade⁵.

O fundamento das políticas públicas, dentro desta perspectiva, está diretamente relacionado ao reconhecimento dos direitos sociais, ou seja,

Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 6. Disponível em: <www.teses.usp.br/.../Fabricio_Contato_Lopes_Resende_Dissertação_de_Mestrado.Pdf>. Acesso em 21 de junho de 2019.

³ RIBEIRO, Mayanna Ferreira. **A Atuação do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas**: estudo de caso no Município de Santa Luzia no Estado da Bahia. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, p. 43. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/922645/mayanna-ferreira-ribeiro.docx>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

⁴ TORRES, Fernando de Oliveira. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, p. 24.

⁵ DAMIANO, Henrique. **O Estado Social e o Reconhecimento dos Direitos Sociais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, vol. Campinas, SP, n. 27, p. 19-35, jul./dez. 2005, p. 23. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/106049>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

aqueles que se materializam mediante prestações positivas do Estado. Sendo assim, torna-se necessário examinar, para além de sua conceituação, o mecanismo em que ocorre a formulação e implementação das políticas públicas no Brasil, ressaltando-se, desde agora, que tal qual o conceito, sua materialização também é deveras complexa, não havendo um consenso, ou um modelo-padrão que o identifique, desta forma buscamos também o diálogo com outras disciplinas, procurando traçar linhas gerais que possam representar a dinâmica e o movimento de tal atividade.

1.2 A agenda-setting

O conteúdo das políticas públicas, bem como suas formas e desenvolvimento fazem correlação direta com o perfil institucional de cada Estado. Não obstante tal constatação é possível vislumbrarmos dentro do conceito anteriormente apresentado, que há um processo político de escolha de prioridades de governo, abrangendo a definição dos objetivos a serem atingidos e os procedimentos que serão empregados. Nota-se, também, que as políticas públicas implicam complexas interações entre seus formuladores, implementadores e interessados, as quais devem ser coordenadas dentro de um contexto de negociação e deliberação⁶.

O caminho escolhido para trilharmos rumo a uma análise sobre o processo de formação de políticas públicas apoia-se nos estudos da denominada Escola Sinótica de políticas públicas. Tal corrente procurou, em linhas gerais, traçar um esquema referente às etapas ou ciclos de formação das políticas públicas⁷. Não se quer aqui afirmar que há um padrão que sempre é observado ou que é possível reduzir a complexidade e a dinamicidade do processo de formação das políticas públicas em um esquema. Mas sim, objetivamos apresentar um olhar didático e que servirá como ferramenta para avançarmos na discussão acerca de tal tema.

⁶ RIBEIRO, Mayanna Ferreira. *A Atuação do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas*: estudo de caso no Município de Santa Luzia no Estado da Bahia...Op.cit., p. 14.

⁷ TORRES, Fernando de Oliveira. *O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política*...Op.cit., p. 59.

Influenciados por esta corrente teórica e amparados nos estudos de Fernando de Oliveira Torres, podemos descrever o processo de materialização das políticas públicas como um processo formado por quatro etapas, sendo elas: 1) a definição da agenda; 2) a especificação das alternativas com base nas quais a escolha será feita; 3) uma escolha revestida de autoridade entre as alternativas definidas e 4) a implementação da decisão⁸.

Como já informado no início deste artigo, não nos cabe aqui discorrermos sobre todas as etapas constantes do ciclo de políticas públicas, até porque fugiria do objetivo delineado por esta pesquisa. Cabe-nos, portanto, nos atermos às fases pré-decisionais, ou seja, a definição da agenda e, mais especificamente, a análise de como determinado tema, mediante um dificultoso e complexo caminho, consegue chegar à agenda governamental e, portanto, tornar-se uma política pública.

A Agenda-setting é uma importante ferramenta na análise das etapas de formação da agenda governamental, essencialmente no que diz respeito à inserção de determinados temas dentro da agenda. Procura desta forma, responder a questionamentos de porque certos problemas chamam a atenção das autoridades públicas (consequentemente adentrando na agenda), enquanto outros (embora relevantes para a sociedade) não conseguem ter a visibilidade e a atenção necessária para tornarem-se objeto de políticas públicas.

A Agenda-setting pode ser considerada uma teoria, uma metodologia ou uma linha de pesquisa. Idealizada por Maxwell Maccombs e Donald Shaw⁹, está inserida na tradição funcionalista dos estudos norte-americanos de comunicação, originariamente pensada para a análise e detecção dos efeitos causados pelos meios de comunicação sobre a audiência. Mais especificamente no Brasil, o agenda-setting repercutiu a partir da abertura política e a crescente influência da imprensa nos debates públicos, a

⁸ Ibid., p. 59.

⁹ McCOMBS, Maxwell; SHAW, Donald. **A função do agendamento dos media**. In: TRAQUINA, Nelson. O poder do jornalismo: análise e textos da teoria do agendamento. Coimbra: Minerva, 2000.

exemplo da campanha das “Diretas Já” até a primeira eleição direta para Presidente da República¹⁰.

Esta teoria parte do pressuposto de que os agentes governamentais não conseguem dar respostas/soluções a todos os problemas que lhe são apresentados. Sendo assim, o governo realiza uma filtragem dos problemas existentes na sociedade e apenas alguns deles serão inseridos dentro da agenda de políticas. A agenda-setting, portanto, busca analisar a dinâmica e as influências que repousam sobre determinado tema e sua inserção ou não na agenda governamental¹¹.

Tal teoria se utiliza de alguns modelos teóricos desenvolvidos na área de políticas públicas para auxiliar na explicação dos temas propostos. No presente artigo nos apoiaremos exclusivamente no denominado Modelo de Múltiplos Fluxos (*Multiple Streams Model*). Tal escolha se justifica tendo em vista que, neste modelo, podemos vislumbrar de forma mais clara e, portanto, didática, toda a dinâmica que envolve a atuação dos empreendedores de políticas públicas, que é o objeto da presente pesquisa.

1.3 O sistema dos múltiplos fluxos (*multiple steams model*)

O modelo dos múltiplos fluxos foi criado por John Kingdon.¹² Tal modelo preocupa-se com os estágios pré-decisórios da formulação de políticas públicas. Para o autor, a mudança na agenda política é o resultado da convergência de três fluxos decisórios que permeiam toda a organização governamental: o fluxo dos problemas, o fluxo das soluções ou alternativas e o fluxo político¹³.

¹⁰ MAIA, K. B. F.; AGNEZ, L. F. **O agenda-setting no Brasil: contradições entre o sucesso e os limites epistemológicos.** Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação, E-compós, Brasília, v. 13, n.3, set./dez. 2010. pp. 2-7. Disponível em: <

arquivos.info.ufrn.br/arquivos/.../E_compos_AS_PT.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2019.

¹¹ TORRES, Fernando de Oliveira. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política.** Op.cit., p. 67.

¹² KINGDON, John. **Agendas, Alternatives, and Public Policies.** 3ª Ed. Harper Collins, New York, 2003.

¹³ CAPELA, A. C. N. **Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas.** BIB, São Paulo, nº 61, 1º semestre de 2006. p. 26-27.

Dentro do primeiro fluxo (problemas) o modelo procura analisar de que forma determinados problemas chamam a atenção dos agentes governamentais, enquanto outros passam despercebidos ou ignorados. De acordo com o modelo, os problemas sociais percebidos são considerados “condições”, e assim se mantém até que os formuladores de políticas públicas entendam que algo deve ser feito a respeito, ou seja, surge a necessidade de uma ação¹⁴.

Alguns mecanismos, a exemplo de indicadores (monitoramento de programas governamentais, relatórios de desempenho) e grandes eventos (desastres, catástrofes naturais, acidentes) contribuem para chamar a atenção sobre determinada questão. A interpretação desses eventos e sua caracterização, não mais como “condições”, mas sim como “problemas” a serem resolvidos por meio de uma intervenção estatal, é que determinam o sucesso de uma questão na agenda¹⁵.

No segundo fluxo (soluções) o modelo atenta a analisar o conjunto possível de alternativas para os problemas. Tais soluções são desenvolvidas por especialistas (pesquisadores, acadêmicos, assessores parlamentares, entre outros) e não necessariamente relacionam-se com problemas específicos, mas circulam por comunidades de especialistas e, enquanto umas são descartadas, outras se mantêm, podendo chamar a atenção dos atores governamentais¹⁶.

No terceiro e último fluxo (político), busca-se analisar a dinâmica da opinião pública, das forças políticas organizadas (grupos de interesse) e do próprio governo, no que diz respeito à percepção sobre determinadas questões. Com relação ao governo, mudanças de pessoas em posições estratégicas dentro da estrutura governamental, mudanças de gestão e na

¹⁴ TORRES, Fernando de Oliveira. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política...**Op.cit., p. 73.

¹⁵ CAPELLA, Ana C. N. “**Agenda-Setting**”. In Di Giovanni, Geraldo; Nogueira, Marco Aurélio. (orgs.). **Dicionário de Políticas Públicas**. São Paulo: FUNDAP/Imprensa Oficial, 2013. p.71.

¹⁶ *Ibid.*, p.72.

própria composição do congresso, podem influir diretamente na percepção em que tal setor tem em relação a determinado tema¹⁷.

Segundo o modelo dos múltiplos fluxos, em determinados momentos ocorre um fenômeno chamado de “janela de oportunidades” (*policy Windows*), fenômeno este correspondente a uma conversão dos três fluxos com relação a um determinado tema, ou seja, quando um problema consegue atrair a atenção do governo gerando a oportunidade de mudança. “Neste momento, um problema é reconhecido, uma solução está disponível e as condições políticas tornam o momento propício para a mudança (...)”¹⁸.

A mudança na agenda, sob a perspectiva do modelo em análise, ocorre quando os três fluxos são unidos no que o autor vai denominar de “acoplamento” (*coupling*)¹⁹. Este acoplamento pode acontecer quando as janelas de oportunidades se abrem. Ocorre que esta abertura é transitória, ou seja, elas surgem em determinados momentos e circunstâncias e, caso não seja aproveitada tal abertura, corre-se o risco de tais janelas se fecharem, impossibilitando o acesso do tema à agenda.

Neste momento, qual seja, na abertura das janelas de oportunidades, é que aparece de forma mais evidente e fundamental a atividade de atores considerados essenciais no modelo dos múltiplos fluxos, que são os empreendedores de políticas públicas (*policy entrepreneurs*). Serão eles, os responsáveis por aproveitar as janelas de oportunidades e realizar o acoplamento, propiciando que determinado tema chegue à agenda governamental.

2. Empreendedores de políticas públicas

Os empreendedores de políticas públicas constituem aspecto central no processo de produção de políticas. No modelo em análise, qual seja, nos

¹⁷ CAPELA, A. C. N. *Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas*. Op. cit. p. 9.

¹⁸ *Ibid.* p. 10.

¹⁹ KINGDON, John. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Opi. Cit., p. 172.

múltiplos fluxos, sua atuação é considerada essencial pelo menos em dois importantes aspectos: na defesa e difusão de ideias relativas a uma política e em processos de mudança em políticas públicas²⁰.

Segundo Maria Lúcia de Oliveira Feliciano de Lima (apud Kingdon, 1995: pp. 122 e 179), os empreendedores de políticas públicas podem ser conceituados como “advogados que estão dispostos a investir seus recursos – tempo, energia, reputação e dinheiro – na esperança de obter futuros benefícios²¹”. Apresentam-se, portanto, como atores especialistas em certas questões e que possuem a habilidade necessária para representar ideias de outros cidadãos ou grupos.

Além destas características, é necessário ao empreendedor de políticas públicas, que o mesmo desfrute de uma posição de influência dentro do processo decisório, sendo hábeis negociadores. Esta influência propicia que o empreendedor possa defender suas ideias e leva-las as mais diferentes arenas institucionais, fazendo com que determinados temas tornem-se visíveis aos tomadores de decisão²².

As motivações que levam à atividade dos empreendedores são das mais variadas, podendo ser realizadas por interesses pessoais, por valores, ou pela própria satisfação de participar do processo. Dentro do modelo dos múltiplos fluxos, torna-se mais relevante a atividade em si, ou seja, a capacidade de tais autores influenciarem efetivamente as mudanças nas políticas públicas.

Sendo eles agentes governamentais (parlamentares, executivo, assessores do congresso, funcionários de carreira, etc) ou não governamentais (grupos de interesse, acadêmicos, pesquisadores, mídia, partidos políticos e opinião pública), tais atores compartilham uma preocupação com uma área específica de políticas e interação em comunidades. Conforme

²⁰ CAPELA, A. C. N. **Um Estudo sobre o Conceito de Empreendedor de Políticas Públicas**: ideias, interesses e mudanças. Cad. EBAPE.BR, v. 14, Edição Especial, Artigo 5, Rio de Janeiro, Jul. 2016. p. 487. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/cebape/v14nspe/1679-3951-cebape-14-spe-00486.pdf > Acesso em 22 de junho de 2019.

²¹ LIMA, M. O. F. **Empreendedores de Políticas Públicas na Implementação de Programas governamentais**. Ver. Adm. Pública, Rio de Janeiro, 46(5): 1251-270, set./out. 2012. p. 1257. Disponível em: < www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122012000500004&script=sci...tlng >. Acesso em 22 de junho de 2019.

²² CAPELA, A. C. N. **Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas**. Op. Cit., p. 12.

Capella, essas comunidades “tendem a ser resistentes às mudanças, e a atividade de apresentação e discussão de determinadas ideias é fundamental para ampliar as chances de aceitação de novas propostas”.²³

Conforme já mencionamos, para a mudança na agenda de políticas públicas, dentro do modelo dos múltiplos fluxos, é necessária uma complexa combinação de fatores, incluindo a forma como um problema é percebido, um conjunto de soluções disponíveis e as alterações na dinâmica política e opinião pública. Quando ocorre a convergência dos fluxos, abrem-se as janelas de oportunidades. Neste momento o empreendedor deve aproveitar-se de tais circunstâncias e operar a conexão entre os três fluxos (acoplamento), facilitando o acesso de um problema à agenda²⁴.

As atividades de tais atores são de extrema importância, pois geram ideias e as disseminam, agindo na busca pela definição estratégica dos problemas, na estruturação do debate acerca de uma política, oferecendo alternativas, na procura pelo estabelecimento de contatos com diferentes grupos e buscando bases institucionais para apoio de suas ideias.

Todavia não é qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos que atuam como empreendedores de políticas públicas. Por uma simples observação acerca do complexo processo de formação das políticas, bem como do papel central de tais atores no modelo dos múltiplos fluxos, podemos perceber que se trata de um personagem que possui, além dos atributos necessários, uma capacidade de recursos e de influência política que acabam por reduzi-los a um seleto grupo que tem, efetivamente, o poder de influenciar o processo.

Dentro desta perspectiva, é possível concluir que nem todos os segmentos sociais apresentam condições de exercer tal papel, ante os custos envolvidos para tanto. Como consequência, a possibilidade de influenciar decisões políticas acaba por ser restringida a um pequeno grupo, ou seja, muitos segmentos da sociedade, embora possuam temas de relevância que

²³ CAPELA, A. C. N. *Um Estudo sobre o Conceito de Empreendedor de Políticas Públicas: ideias, interesses e mudanças*. Op. cit., p. 490.

²⁴ *Ibid.*, p. 491.

necessitam de uma intervenção estatal, acabam sem apoio dos empreendedores de políticas públicas e com isso cria-se uma dificuldade e por que não dizer impossibilidade de chamar a atenção dos agentes decisórios²⁵.

3. A atuação do ministério público nos ciclos das políticas públicas

A atuação do Ministério Público, no que diz respeito às políticas públicas, decorre diretamente da Constituição Federal de 1988. Uma das cruciais mudanças foi a atribuição ao Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁶. Tal tutela dos direitos difusos e coletivos contribuiu para a legitimidade da instituição perante a sociedade na medida em que o aproximou da comunidade diretamente interessada, que por consequência, projetou na instituição seus anseios na busca por solução para seus problemas.

No que diz respeito às políticas públicas, atualmente o Ministério Público passou a receber as demandas por direitos da sociedade civil, que pede a intermediação da instituição para que as políticas públicas sociais correspondentes sejam implementadas. A própria Constituição Federal de 1988 dotou a instituição com a legitimidade necessária para atuar nessa matéria, conforme explica Aguiar:

No conceito de ordem jurídica, encontram-se situados os Direitos Fundamentais, verdadeiras cláusulas pétreas protegidas contra a erosão legislativa [...]. No que diz respeito à defesa do Regime Democrático, a atuação do *parquet* abrange todas as fases do processo eleitoral, velando pelo respeito à vontade popular na escolha dos seus mandatários, o que habilita a instituição a receber o título de fiadora da democracia. [...]. Quanto à defesa dos interesses sociais, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas causas que envolvam direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, área na qual são constantes

²⁵ TORRES, Fernando de Oliveira. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política**. Op.cit., p. 92.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002

os conflitos que alcançam bens jurídicos de grupos menos favorecidos, discriminados, em condição de hipossuficiência ou ainda em situação de risco²⁷.

O Ministério Público possui atualmente diversos mecanismos judiciais e extrajudiciais de atuação na esfera das políticas públicas. No contexto do controle dos atos do poder público, por exemplo, um dos instrumentos bastante utilizados é a ação civil pública, com base na Lei nº 7.347/85²⁸. Porém, o que nos chama a atenção é a atuação ministerial na seara extrajudicial, podendo a instituição utilizar-se de diversos instrumentos de fiscalização e controle, a exemplo de visitas fiscalizatórias; realização de audiências públicas; emissão de pareceres; instaurar medidas de investigação (procedimentos simplificados ou inquéritos civis), bem como colher termo de ajustamento de conduta²⁹. Um dos instrumentos extrajudiciais de destaque no processo de formação das políticas públicas é o instituto da Recomendação.

O instituto da Recomendação tem por finalidade a proteção de direitos que, em sua maioria, encontram-se constitucionalizados e, desta forma, estão sujeitos à especial fiscalização e proteção por parte do Ministério Público. Em linhas gerais tal instituto se dá em três modalidades: a fundada no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93³⁰ que se destina à defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e

²⁷ AGUIAR, C. T. F. **O Ministério Público e a implementação de Políticas Públicas** – Dever Institucional de Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais, In: Ministério Público e Políticas Públicas, Patrícia Villela (org.). Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

²⁹ FAÇANHA, L. F. C.; LIMA, S.O. **O Ministério Público dos Estados e a Implementação das Políticas Públicas Sociais**. In: V Jornada Internacional de Políticas Públicas. IPEA, 2011, Maranhão. Anais (on-line). Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/DESIGUALDADES_SOCIAIS_E_POBREZA/O_MINISTERIO_PUBLICO_DOS_ESTADOS_E_A_IMPLEMENTACAO_DAS_POLITICAS_PUBLICAS_SOCIAIS.pdf>. Acesso em 24 de junho de 2019.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

Estadual; a fundada no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93³¹, objetivando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública e ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa compete ao Ministério Público da União; e a devidamente inscrita no art. 201, § 5º, alínea “c”, da Lei nº 8.069/90³², visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente.

De acordo com tais legislações, o Ministério Público pode expedir Recomendações, a fim de visar à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, aos direitos e aos bens cuja defesa cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis. No entendimento de Denise Gisele de Britto Damasco, as Recomendações possuem dois vieses. No primeiro, o instituto é considerado uma possibilidade de diálogo entre o Ministério Público e o Poder Executivo, enquanto no segundo, as Recomendações seriam uma ordem a ser cumprida, sendo inclusive uma forma de atuação unilateral do Ministério Público³³.

O descumprimento da Recomendação não gera por si só uma sanção. Tal descumprimento, caso ocorra, vai gerar ao Ministério Público a necessidade de propor medidas que gerem sanção, inclusive medidas judiciais. Todavia, pensamos que o instituto é antes uma forma que o Ministério Público tem de estabelecer um posicionamento acerca de um determinado problema. A Recomendação pode abrir ao Ministério Público a oportunidade do diálogo, levando ao conhecimento dos gestores públicos o que está sendo percebido pelo Promotor de Justiça, sua correlação com a legislação

³¹ BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

³² 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>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

³³ DAMASCO, Denise Gisele de Britto. **O direito à educação e a atuação das Promotorias de**

Justiça e de Defesa da Educação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, entre 2001 e 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, 2008. p. 135.

em vigor, bem como direcionando a conduta do gestor para a solução do problema³⁴.

Neste sentido, o instituto da recomendação, como forma de resolução consensual e argumentativa de questões metaindividuais, apresenta-se especialmente conformado com a atuação do Ministério Público. Levando ao conhecimento dos agentes decisórios um determinado problema que necessita efetivamente de uma intervenção e, desta forma, contribui para que determinadas demandas possam ganhar ressonância através de sua voz, permitindo a incorporações de novas linhas de planejamento nas políticas públicas, que auxiliam no efetivo exercício dos direitos sociais assegurados na Constituição.

4. O ministério público como empreendedor de políticas públicas: uma atuação legítima?

De acordo com o perfil do Ministério Público, essencialmente após a Constituição Brasileira de 1988, temos que o tipo ideal atribuído à instituição, é o que se aproxima da ideia de “protetor de minorias e de diversos grupos formadores da sociedade civil”, conforme entendimento de Sérgio Reis Coelho e de Katya Kozicki³⁵. Neste tipo ideal, a atuação da instituição possui uma característica transformadora, de mudança social, propiciando o diálogo entre sociedade e estado, e com isso possibilitando mudanças significativas na realidade social. Além do que, não se pode deixar de considerar que a própria sociedade civil, mostra-se atuante, pressionando o Ministério Público para que viabilize a mudança³⁶.

No que diz respeito à sua atuação frente às políticas públicas, nos filiamos ao entendimento de Luciano da Ros, onde o Ministério Público não

³⁴ ³⁴ Ibid., p. 137.

³⁵ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, katya. **O Ministério Público e as Políticas Públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?** Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho 2013.

³⁶ ROS, Luciano da. **Ministério Público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de uma padrão de interação.** Revista Política Hoje, Recife, v. 18, n. 1, p. 29-53, 2009. Disponível em: <<http://www.ufpe.br/politicohoje/index.php/politica/article/view/2/3>>. Acesso em: 26 de junho de 2019.

deve ser aceito como um implementador ou formulador de políticas públicas, mas sim como um órgão de mediação, um formador de pauta, trazendo para o debate público questões relevantes para a sociedade e muitas vezes esquecidas ou sequer visualizadas pelos responsáveis pela criação de políticas públicas³⁷.

Fazendo, portanto, a correlação ao ciclo de políticas públicas, podemos situar a atuação do Ministério Público dentro das etapas pré-decisionais, ou seja, nas etapas de percepção e definição dos problemas, conforme definidos nos estudos da agenda-setting. Através de sua atuação, mediante principalmente os mecanismos extrajudiciais postos à sua disposição, o Ministério Público age como mediador entre a sociedade e os agentes governamentais, chamando a atenção desses agentes acerca dos problemas, bem como da necessidade de uma intervenção estatal.

Tais institutos, sejam judiciais ou extrajudiciais, vem a somar com outras frentes de atuação do Ministério Público realizadas de forma isolada ou em parceria com a sociedade civil, no intuito de tornar visíveis certos temas. No entanto, a contribuição que o Ministério Público fornece ao debate limita-se a tornar visível o problema. Não queremos aqui afirmar que há uma interferência do órgão ministerial dentro da esfera de atuação do gestor público, mas sim que há uma atuação conforme as características do empreendedor de políticas públicas, ou seja, atuando mediante as arenas institucionais, levando à elas a defesa de suas ideias, utilizando de seu prestígio e influência, e com isso dando voz aquela comunidade, aquele grupo de pessoas que não podem, por meios próprios, atuar de forma efetiva dentro do complexo ciclo de formação das políticas públicas.

Como já afirmado, a experiência demonstra que nem sempre são os anseios da população que norteiam o Poder Executivo na definição de políticas públicas. A Constituição Federal Brasileira de 1988 conferiu à instituição a legitimidade para atuar em matéria de Políticas Públicas, especialmente as sociais, com vistas a garantir os Direitos Fundamentais. O Ministério Público coloca-se na condição de representante da sociedade

³⁷ Ibid., p. 40.

civil, essencialmente porque tal sociedade ainda não consegue se mobilizar eficazmente para exigir o reconhecimento de seus direitos sociais³⁸.

A formulação e a implementação de políticas públicas, são de competência do Poder Executivo. Todavia, é incorreto se pensar que as escolhas das políticas públicas a serem implantadas é tarefa de atribuição exclusiva do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Há a necessidade de participação democrática e das instituições de defesa da cidadania, a exemplo do Ministério Público, como forma de pressão na definição de prioridades e no redimensionamento de políticas públicas.

Salientemos, ao longo deste artigo, que o caminho que leva um determinado problema à ingressar dentro da agenda de políticas públicas é longo e complexo, sofrendo a interferência de diversos atores e circunstâncias, mas que em muitos casos, acaba por restringir o espaço de influência à apenas alguns grupos. Torres enfatiza que uma boa política não pode ignorar as preferências, opiniões e interesses comuns, mas sim propiciar a deliberação entre a sociedade e as instituições³⁹. Ao considerarmos o Ministério Público como um legítimo empreendedor de políticas públicas, no modelo de Kingdon, vemos na instituição a possibilidade de proporcionar uma maior participação pública, especialmente daqueles grupos tidos como hipossuficientes e que, sem a atuação representativa do órgão ministerial, certamente se veriam dificultados, e por que não dizer impossibilitados, de verem suas demandas como objetos de políticas públicas.

Considerações finais

O complexo e dificultoso processo de formação da agenda governamental é influenciado por diversas circunstâncias e atores. Alguns atores

³⁸ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, katya. **O Ministério Público e as Políticas Públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?** Op...Cit. p. 7.

³⁹ TORRES, Fernando de Oliveira. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política...**Op.cit., p. 144.

se destacam por influenciarem diretamente na percepção de determinados problemas, a exemplo dos empreendedores de políticas públicas.

No modelo adotado no presente artigo, qual seja, no modelo dos Múltiplos Fluxos de John Kingdon, os empreendedores de políticas públicas assumem papel central atuando na defesa de uma ideia e na percepção de momentos oportunos para conectar ideias a respeito de problemas e soluções, produzindo mudanças em políticas públicas.

Esta atuação dos empreendedores é considerada legítima, tendo em vista realizar-se em um cenário de uma democracia pluralista, tal qual a brasileira. A questão que se levanta não reside, necessariamente, na sua atuação propriamente dita, mas sim “quem pode atuar”, ou seja, acaba por se restringir a pequenos grupos, que não representam todos os segmentos sociais, pois, para desenvolver tal atividade é necessária a disponibilidade de recursos humanos, técnicos e financeiros que apenas um seletivo grupo possui.

Estes empreendedores de políticas públicas são parte importante para se compreender a construção da democracia brasileira. Democracia esta fortalecida pelo advento da Constituição Federal de 1988 com o surgimento de um novo arranjo institucional que possibilitou uma maior atuação da sociedade civil junto ao Estado.

Dentro deste cenário, deste novo arranjo institucional, ganha destaque a mudança no perfil de atuação do Ministério Público, tendo o dever de defender o cidadão e o acesso à cidadania, ou seja, a instituição ficou não só responsável pelo exercício da acusação, no processo criminal, mas também pela tutela de interesses difusos e coletivos na defesa dos interesses da sociedade brasileira.

Este novo perfil acabou por aproximar cada vez mais o Ministério Público da sociedade civil. Atuando nas mais diversas frentes para levar ao conhecimento dos tomadores de decisão, as demandas de tais indivíduos. Seja mediante a utilização dos mecanismos judiciais de intervenção, seja extrajudicialmente, através do diálogo e da pressão exercida pela instituição.

Esta atuação extrajudicial, mediadora, do Ministério Público, dentro da perspectiva do presente artigo, amolda-se à conceituação de empreendedor de políticas públicas. O Ministério Público, dentro desta ótica, possui atuação de relevo dentro do processo de formação das políticas públicas (especialmente da formação da agenda), visto que possui além da legitimidade para a atuação, também possui influência e mecanismos de pressão necessários para servir de representante da sociedade.

Aquelas comunidades mais necessitadas, que não conseguem chamar a atenção dos agentes governamentais, muito em virtude da ausência de recursos materiais para tanto, podem enxergar na instituição do Ministério Público um ator capaz de chamar a atenção para suas demandas, levando ao conhecimento dos gestores públicos da necessidade de uma intervenção efetiva, possibilitando uma maior participação da sociedade no processo de formação de políticas públicas.

Referências

AGUIAR, C. T. F. **O Ministério Público e a implementação de Políticas Públicas** – Dever Institucional de Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais, In: Ministério Público e Políticas Públicas, Patrícia Villela (org.). Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

_____. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

_____. **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/l8625.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

_____. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Visualizado em 25 de junho de 2019.

BUCCI, Maria Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPELA, A. C. N. **Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas.** BIB, São Paulo, nº 61, 1º semestre de 2006.

_____. **Um Estudo sobre o Conceito de Empreendedor de Políticas Públicas:** ideias, interesses e mudanças. Cad. EBAPE.BR, v. 14, Edição Especial, Artigo 5, Rio de Janeiro, Jul. 2016. p. 487. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/cebape/v14nspe/1679-3951-cebape-14-spe-00486.pdf> Acesso em 22 de junho de 2019.

_____. **“Agenda-Setting”.** In Di Giovanni, Geraldo; Nogueira, Marco Aurélio. (orgs.). Dicionário de Políticas Públicas. São Paulo: FUNDAP/Imprensa Oficial, 2013.

COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, katya. **O Ministério Público e as Políticas Públicas:** definindo a agenda ou implementando as soluções? Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho 2013.

DAMASCO, Denise Gisele de Britto. **O direito à educação e a atuação das Promotorias de Justiça e de Defesa da Educação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, entre 2001 e 2007.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, 2008.

DAMIANO, Henrique. **O Estado Social e o Reconhecimento dos Direitos Sociais.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, vol. Campinas, SP, n. 27, p. 19-35, jul./dez. 2005, p. 23. Disponível em: < <https://hdl.handle.net/20.500.12178/106049>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

FAÇANHA, L. F. C.; LIMA, S.O. **O Ministério Público dos Estados e a Implementação das Políticas Públicas Sociais**. In: V Jornada Internacional de Políticas Públicas. IPEA, 2011, Maranhão. Anais (on-line). Disponível em: <[Http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/DESIGUALDADES_SOCIAIS_E_POBREZA/O_MINISTERIO_PUBLICO_DOS_ESTADOS_E_A_IMPLMENTACAO_DAS_POLITICAS_PUBLICAS_SOCIAIS.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/DESIGUALDADES_SOCIAIS_E_POBREZA/O_MINISTERIO_PUBLICO_DOS_ESTADOS_E_A_IMPLMENTACAO_DAS_POLITICAS_PUBLICAS_SOCIAIS.pdf)>. Acesso em 24 de junho de 2019.

KINGDON, John. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. 3ª Ed. Harper Collins, New York, 2003.

LIMA, M. O. F. **Empreendedores de Políticas Públicas na Implementação de Programas governamentais**. Ver. Adm. Pública, Rio de Janeiro, 46(5): 1251-270, set./out. 2012. p. 1257. Disponível em: < www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122012000500004&script=sci...tlnq>. Acesso em 22 de junho de 2019.

MAIA, K. B. F.; AGNEZ, L. F. **O agenda-setting no Brasil: contradições entre o sucesso e os limites epistemológicos**. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação, E-compós, Brasília, v. 13, n.3, set./dez. 2010. pp. 2-7. Disponível em: <arquivos.info.ufrn.br/arquivos/.../E_compos_AS_PT.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2019.

McCOMBS, Maxwell; SHAW, Donald. **A função do agendamento dos media**. In: TRAQUINA, Nelson. O poder do jornalismo: análise e textos da teoria do agendamento. Coimbra: Minerva, 2000.

RESENDE, F.C.L. **O Papel do Judiciário no Controle da Implementação de Políticas Públicas no Brasil**: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 6. Disponível em: <www.teses.usp.br/.../Fabricio_Contato_Lopes_Resende_Dissertacao_de_Mestrado.Pdf>. Acesso em 21 de junho de 2019.

RIBEIRO. Mayanna Ferreira. **A Atuação do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas**: estudo de caso no Município de Santa Luzia no Estado da Bahia. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, p. 43. Disponível em: < <https://portal.estacio.br/media/922645/mayanna-ferreira-ribeiro.docx>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

ROS, Luciano da. **Ministério Público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de uma padrão de interação**. Revista Política Hoje, Recife, v. 18, n. 1, p. 29-53, 2009. Disponível em: <<http://www.ufpe.br/politica hoje/index.php/politica/article/view/2/3>>. Acesso em: 26 de junho de 2019.

TORRES, Fernando de Oliveira. **O estudo pré-decisional de políticas públicas como pressuposto para uma atuação legítima do judiciário na agenda política**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba/PR.

A jurisdição nas favelas brasileiras: formas de manifestação de um pluralismo jurídico?

Jonathan Douglas dos Santos

1. Introdução

É impossível perceber o homem fora da sociedade. Só podemos analisá-lo e conhecê-lo em função desta. Mas este caráter imanente de sociabilidade não o reduz a um autômato, a um simples animal gregário de espécie supostamente superior. Em pleno domínio de sua própria individualidade, ele raciocina, estabelece parâmetros e faz escolhas mediante os dados que a vida lhe oferece.

A sua consciência pessoal e a sua consciência social se justapõem, se conjugam naturalmente. O Direito que ele traz consigo, de que tem a perfeita noção subjetiva, muitas vezes não faz correlação com os limites impostos por um Direito dito superior, oficial, institucional, mas sim uma faculdade que lhe pertence, que adquiriu na sua qualidade de ser sociável que é.

Nos deparamos hoje, mais do que com uma crise da Justiça, uma crise de confiança na Justiça. Os cidadãos não se reconhecem no direito e as críticas às instituições jurídicas só se fazem aumentar. As leis, elaboradas por uma classe política cada vez mais fechada sobre si mesma, e utilizando uma linguagem hermética e excessivamente tecnicista, aparecem como um coro normativo sem sentido, distante dos problemas reais das pessoas. Como se isso não bastasse assiste-se a um frenesi legiferante, como se

todos os problemas em concreto fossem resolvidos através de leis. Assim os cidadãos não reconhecem o Direito como meio idóneo de organização social ou de resolução de conflitos.

Sendo o Direito uma das ordens normativas que regula a sociedade, não é este imune às condicionantes sociais, culturais e econômicas que naquela habitam. Há hoje na sociedade, principalmente nas suas áreas urbanas e suburbanas, um persistente clima de desenraizamento e falta de solidariedade entre os seus membros, acompanhado de climas de violência gratuita, onde a droga, e os problemas sociais estão onipresentes.

O mais problemático desta situação é, no entanto, a anomia em que o Estado parece encontrar-se, demitindo-se das mais elementares e básicas funções de proteção ao cidadão. Para além disto, o crescimento das contribuições dos cidadãos para o Estado não foi acompanhado pela proporcionalidade dos benefícios que dele recebe.

As iniciativas populares de âmbito local tendem a crescer, o que se compreende face ao grau de conhecimento e de informação que atualmente todo cidadão tem. Sejam estas iniciativas corporizadas através de associações de defesa dos interesses em causa, seja de forma espontânea e formalmente não organizada, seja recorrendo a instâncias autônomas e independentes do poder, tais quais reconhecidas no âmbito da teoria do pluralismo jurídico.

Dentro deste cenário, o presente artigo vem tecer algumas discussões acerca deste movimento de criação jurídica denominado pluralismo jurídico. Optou-se por um recorte social definido, tal qual as favelas brasileiras, tendo em vista que em tais locais, predomina uma criação jurídica paralela, amparada em realidades próprias e capaz de reger a comunidade.

Em um primeiro momento apresentaremos breves referências ao desenvolvimento histórico desses agrupamentos sociais, analisando suas origens comuns, bem como procurando apreender um conceito que possa defini-los, pois, mediante a determinação do conceito, será possível desenvolvê-lo e relaciona-lo com os demais parâmetros de pesquisa.

No segundo momento realizaremos uma discussão sobre a presença e/ou a ausência do Estado frente a esses agrupamentos, tendo como pressuposto que tal presença e/ou ausência, diz respeito a efetivas políticas públicas e intervenções junto à comunidade. Levando, principalmente, em consideração o imaginário que a comunidade cria a partir de tal atuação, ou ausência dela.

Dando sequência, passaremos a uma breve exposição acerca do Pluralismo Jurídico, discorrendo a respeito de seu percurso histórico, seus principais conceitos, bem como trazendo-o para a realidade brasileira, mediante discussões do contexto do pluralismo jurídico latino-americano e em qual medida o Brasil encontra-se dentro deste cenário.

Por fim, visando o objeto específico deste artigo, discutiremos acerca da produção jurídica dentro das favelas brasileiras, como forma de manifestação de um pluralismo jurídico brasileiro. Demonstrando, de forma bastante sucinta, como ele se manifesta e dialoga com o direito legislado pelo Estado e, de que forma ele efetivamente é reconhecido e praticado no seio da comunidade.

Busca-se com esta pesquisa trazer novas discussões acerca de um tema atual, correlacionando-o com a realidade brasileira. Embora revista-se de uma característica predominantemente teórica, este artigo procura aproximar-se de um problema social e, porque não dizer jurídico, que está presente no cotidiano de nossa sociedade, procurando, assim, fomentar a discussão e a pesquisas acerca desse horizonte do pluralismo jurídico e suas manifestações em nossa sociedade brasileira.

2. Conceito e desenvolvimento histórico das favelas no Brasil.

Conceituar o que seja a Favela e como tais assentamentos se desenvolveram historicamente, não é tarefa tão simples. Todavia, é possível encontrar em autores como QUEIROZ FILHO (2011), uma tentativa de desenvolver tal conceituação, bem como de criar uma linha do tempo.

Logicamente, tendo em conta a ampla complexidade e de diferentes realidades que tal fenômeno apresenta ao longo do percurso histórico.

Segundo KHEL (2010), se formos recuar no tempo, iremos observar que os primeiros aglomerados humanos eram muito semelhantes às favelas tais como as conhecemos hoje. As primeiras formas de agrupamento humano¹ consistiam em agrupamentos relativamente adensados, de pequenas moradias, com relações de parentesco e uma estrutura de ocupação do terreno (resguardadas as proporções), semelhantes às favelas brasileiras.

Suas origens não são homogêneas, não sendo somente a pobreza sua causa comum, mas podendo estar associada a algum outro fator, a exemplo de guerras civis e populações refugiadas. KHEL (2010) vai afirmar que um dos períodos que apresentou um dos maiores crescimentos das favelas foi o período compreendido entre as décadas de 1950 e 1970, muito em razão das políticas neoliberais que empurraram as classes menos favorecidas para as periferias. Todavia, embora tal período corresponda a uma “explosão” das favelas brasileiras, este marco temporal não condiz com seu surgimento, visto que suas origens remontam a um período anterior.

Segundo BICALHO (2011), os assentamentos urbanos no Brasil, nos moldes do que se conhece como Favela, são percebidos durante o século XIX como consequência do crescimento demográfico. Na época, tais assentamentos eram chamados de Cortiços², abrigando um grande número de habitantes, que lá viviam de maneira insalubre.

Tais assentamentos eram alvos de atuação do poder público, que buscava a imposição de medidas de higiene, com a intenção de, mais das vezes, remover aquela comunidade do local para o mais distante possível da cidade. Segundo CHALROUB (1996) já eram percebidas, desde este período,

¹ A transição do modo de vida do Mesolítico para o Neolítico é um momento de viragem, no desenvolvimento social e econômico do homem, comparável, em importância, às revoluções industriais e científica dos séculos XIX e XX. (ABIKO, 1995, p. 6).

² O cortiço é um tipo de caixa cilíndrica, de cortiça, usada como abrigo de abelhas no processo de produção de mel. A grande densidade, os seus pequenos compartimentos e os ruídos são os aspectos característicos da relação habitação - colmeia (QUEIROZ FILHO, 2011).

qual seja, século XIX, uma resistência dos moradores desses assentamentos em aceitar a presença e atuação do Estado nesses locais³.

Essas atuações das autoridades públicas, em uma guerra contra a ocupação desses assentamentos, fez com que muitos desses habitantes passassem a se deslocar para os morros do Rio de Janeiro. QUEIROZ FILHO (2011) afirma que tal medida, ao invés de resolver o problema, apenas o transferiu de local, ou seja, do cortiço para o morro.

Além dessa circunstância, qual seja, deslocamento da população dos cortiços para o morro, segundo o autor, é possível acrescentar outros fatores, a exemplo da ocupação dos morros após a abolição da escravatura e também por certas camadas de militares envolvidos na Guerra do Paraguai de 1864 – 1870, na Revolta Armada de 1893 – 1894 e na Guerra de Canudos de 1896 – 1897.

A favela, um dos principais assentamentos urbanos precários brasileiros, é considerada produto da rápida expansão populacional e do déficit habitacional do Rio de Janeiro, no final do século XIX. Contribuíram para isso as circunstâncias do fim das guerras do Paraguai e de Canudos, a abolição da escravatura e as crises da agricultura. (QUEIROZ FILHO, 2011, p. 15).

Da mesma forma como as origens históricas da Favela não podem ser explicadas de forma homogênea, a conceituação do termo “favela” também possui variação de possíveis significados. Como a intenção desta pesquisa tem por objeto questões outras que não apenas históricas, adotaremos aqui a perspectiva utilizada por DAVIS (2006), que faz referência ao termo “Favela” relacionando-o a uma planta brasileira encontrada no Arraial de Belo Monte de Canudos, região onde ocorreu a Guerra de Canudos. Após a desocupação do território e a migração para o Rio de Janeiro, tal planta passaria a também designar este novo território, a exemplo da ocupação do Morro da Providência, o qual foi denominado de “Morro da Favela”.

³ O assentamento chamado “Cabeça de Porco” foi alvo de investidas do poder público, considerado como “valhacouto de desordeiros”, sendo demolido pelas autoridades públicas. (CHALROUB, 1996).

Euclides da Cunha, em sua obra “Os Sertões” (1984), foi considerado um dos autores responsáveis pela disseminação do termo “Favela”. Segundo VALLADARES (2000), Euclides da Cunha descreveu sobre a Vila do Arraial de Canudos, que no período era mantido sob a liderança de Antônio Conselheiro⁴, aglomerando diversas pessoas em uma região no interior de Pernambuco. Tal assentamento foi considerado uma ameaça para o governo e, como consequência, foram enviadas tropas policiais para o local e posteriormente o exército nacional efetivou a desocupação, com o sacrifício de inúmeras vidas.

A associação realizada por Euclides da Cunha entre a planta denominada “Favela” (resistência às condições climáticas) e os assentamentos urbanos (sobrevivência em situação de extrema precariedade), em especial o do Morro da Providência, somado ao grande impacto ocasionado pela publicação de sua obra “Os Sertões”, fez gerar um imaginário coletivo, não apenas com relação à terminologia utilizada, ou seja, da Favela, mas também com suas características essenciais, que tais espécies de assentamento urbano possuíam em comum.

Em que pesem as diferentes teorias acerca da origem da denominação destes assentamentos urbanos, o relevante é que o termo “Favela” passou a generalizar-se, sendo aos poucos apropriado pelo senso comum e sendo, inclusive pela mídia, atribuído a esses assentamentos como forma de denomina-los.

O fato é, segundo QUEIROZ FILHO (2011), que muito antes da terminologia, tais assentamentos precários, insalubres, já existiam, especialmente na cidade do Rio de Janeiro. Tal denominação e sua utilização para designar tais assentamentos ocorrem posteriormente e de forma gradativa.

O fenômeno da Favela, hodiernamente, incorpora diversos fatores, tanto históricos, como causas ligadas a processos econômicos e sociais.

⁴ Antônio Vicente Mendes Maciel, conhecido como Antônio Conselheiro, em andanças pelo sertão, reuniu uma legião de seguidores, fundando o povoado de Belo Monte, reunindo entre 15 a 20 mil habitantes. Personagem central da Guerra de Canudos. (NOGUEIRA, 1978).

KHEL (2010) cita o exemplo do crescimento econômico de determinada região do país. Tal estado de coisas acaba chamando a atenção de trabalhadores de outras regiões e que, não encontrando aquilo que se esperava, especialmente trabalho e condições de moradia, acabam por se estabelecer nas Favelas.

De maneira inversa, também pode ocorrer em situações de crise econômica, ou seja, com o surgimento do desemprego, o indivíduo não conseguindo mais manter sua subsistência e de sua família, acaba por procurar outro local para viver e, em muitos casos, tem por destino as favelas.

Enfim, o percurso histórico desses assentamentos urbanos é complexo, não cabendo nesta singela pesquisa tratar de todas essas complexidades. O que se pode discutir, mediante o apreendido com autores que se debruçaram acerca deste tema, é que a Favela é um fenômeno que, embora percebido por quase todo o Brasil, se identifica com a cidade do Rio de Janeiro. As favelas características do Rio de Janeiro e que se expandiram para as demais regiões, são marcadas como uma forma de ocupação do espaço, enquanto tecido urbano e, conforme discorreremos ao longo deste artigo, enquanto população marginalizada.

3. Breves apontamentos sobre a relação estado e favela.

Dentro do processo de formação das favelas brasileiras, a comunidade foi tecendo, historicamente, suas próprias formas de legitimação que, embora realizando diálogos com a ordem oficial (estatal), atuava de maneira paralela a esta ordem. De início, é importante mencionar que, embora não efetiva e realizada com certas particularidades, hodiernamente há uma relativa presença do Estado nas favelas. A questão a se colocar em debate é em que medida tais particularidades afetaram a relação entre o Estado e a Favela.

O norte que orientará nossa discussão é baseado, principalmente, nos estudos de Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 2014), o qual traz importantes ferramentas no que diz respeito a essas particularidades e

vicissitudes da presença do Estado nas favelas, bem como de demais autores que auxiliarão, respondendo a questões centrais acerca de uma atuação estatal compatível ou não com um estado democrático de direito, ou seja, caso se caracterize como uma atuação arbitrária, mediante uso indiscriminado da força, o que tal atuação representaria no imaginário da comunidade.

Segundo MAGALHÃES (2010), não há uma total segregação urbana, ao menos tal como pregado pelo senso comum, ou seja, de um completo abandono por parte do Estado, mas sim uma relação conflituosa, seja entre Estado e Favela, seja entre a Favela e os demais espaços urbanos pertencentes a determinado território. Para o autor, há sim a vigência de dois sistemas normativos, um de matiz estatal, de acordo com os interesses do Estado (a exemplo de políticas públicas) e outro, originado no seio da própria comunidade (tal qual Pasárgada⁵). Seria, portanto, um espaço de disputa por legitimação e estratégias de poder.

Há, de certa forma, uma proposta de intervenção do Estado nas favelas, procurando introduzir e fortalecer as normas de matiz estatal, tendo como pano de fundo ações de natureza socioeducativas. ALFONSIN (1997) identifica tais medidas, a exemplo das políticas de regularização⁶, como medidas de formalização da propriedade da moradia, legalização urbanística e fiscal, bem como ações voltadas ao desenvolvimento econômico e social.

Este intervencionismo estatal, por meio da regularização, não é, ao menos dentro da concepção adotada neste artigo, direcionado a uma “terra sem lei”. Como já mencionado, a incidência de tais medidas regulatórias, ocorrem em um espaço territorial, social e político, o qual é permeado por aproximações e distanciamentos entre o direito de matiz estatal e um

⁵ O termo Pasárgada utilizado por Boaventura de Souza Santos, baseou-se no poema de Manuel Bandeira *Libertinagem*, passando a designar, dentro de sua obra, um direito paralelo não oficial, à margem do sistema jurídico estatal. (MAGALHÃES, 2012).

⁶ Políticas públicas voltadas à melhoria das condições de moradia nas favelas, principal eixo articulador de políticas integradas de intervenção do Estado nas favelas. (MAGALHÃES, 2009).

direito vivo⁷, um direito achado na rua⁸ ou um direito comunitário⁹ (a depender da concepção adotada).

O sentimento de ausência se dá através da omissão do Estado com relação a efetivas políticas sociais e de resolução de conflitos. A própria comunidade, muitas vezes, é quem oferece os serviços básicos tais como educação, lazer e saúde, mesmo sem recursos do governo.

No dizer de SANTANA; COSTA; CASTRO (2016) é como se fosse uma ausência-presente. Presente a partir de medidas de integração social, revestidas mais das vezes pelo autoritarismo a partir das armas, mas ausente na ideia de reconhecimento de direitos. Dentro desta concepção, a favela não é vista como espaço de direitos e isso gera consequências na formação da própria imagem que a comunidade faz de si própria.

Uma imagem que se aproxima não apenas dos conceitos de biopolítica e do biopoder descritos por FOUCAULT (2008), ou seja, consistente na ideia de se fazer viver¹⁰, ou seja, numa estrutura de poder criada para a manutenção de um controle social, mas também no seu oposto, num imaginário de necropolítica¹¹, conforme MBEMBE (2018), consistente numa ideia de se fazer morrer, seja numa morte potencial, física pela polícia que mata, que vê no morador da favela um potencial criminoso, mas também em uma morte simbólica, que é a morte pela invisibilidade, fruto de uma

⁷ O termo “direito vivo” decorre da teoria de Eugen Ehrlich, no qual busca redefinir o conceito de direito, identificado não apenas com a lei, mas também como fruto das relações sociais, e portanto, em constante movimento. (MALISKA, 2015).

⁸ O “direito achado na rua” é uma tentativa de caracterizar uma concepção de direito que emerge dos espaços públicos, da rua, através da formação de sociabilidades reinventadas, abrindo a consciência para uma cultura de cidadania e de participação democrática alternativa (SOUZA JR, 1988).

⁹ O “direito comunitário” corresponderia ao direito de Pasárgada descrito por Boaventura de Souza Santos (MAGALHÃES, 2012).

¹⁰ “Biopolítica” e “Biopoder” são termos utilizados por Michel Foucault para designar formas de exercício do poder, que se desenvolveram a partir do século XVII. O primeiro é um poder imanente à sociedade, criando relações e formas sociais na vida comum dos homens, ao passo que o segundo encontra-se acima da sociedade, como uma autoridade soberana, impondo sua ordem. Ambos com capacidade para instrumentalizar e ordenar a vida. (PEREIRA; DIAS, 2015).

¹¹ O autor utiliza o termo para designar que a expressão máxima do poder, da soberania, consiste em ditar quem pode viver e quem pode morrer. (MBEMBE, 2018).

relação que não considera aquele morador como um sujeito de direitos, ao menos não como o é na comunidade do asfalto¹².

Este imaginário acaba por gerar seus próprios heróis, personagens caricaturados, usando sua corrente e seus anéis de ouro e portando um fuzil na mão. Muitas vezes esse personagem é justamente aquele herói que vai suprir a necessidade daquele morador, daquela família. Na ausência do Estado, de políticas públicas efetivas, democráticas, os próprios integrantes da comunidade ocupam este espaço, pois são eles que se preocupam com seus problemas e com suas necessidades.

Por criar elas próprias verdadeiros microcosmos urbanos, com regras próprias, uma autêntica 'legislação' interna, que normatiza uma forma particular de sobrevivência à margem da cidade legal, permitindo sua existência e reprodução. Esta forma de viver segundo seus valores, dá a estas comunidades uma identidade específica (MARTINEZ, 1989, p. 8).

Existe um senso comum, muito fortalecido pelos meios de comunicação de que a única presença do Estado nesses territórios é através da violência. Entendemos que tal senso não condiz com a atual realidade, ou seja, da hodierna atuação do Estado. Porém, não podemos negar que existem sim ausências. Ausências daquilo que em outros lugares são a regra, a exemplo de se pensar a organização, a urbanização, a distribuição de serviços de educação, de serviços de saúde, de saneamento básico, entre outros.

A dicotomia favela-asfalto, por outro lado, é de certa forma, uma atualização do mito sobre os dois Brasis¹³ de Jacques Lambert (LEÃO; OGAMA, 2017), ou seja, existe um Brasil urbano e moderno e existe um Brasil rural e atrasado. Essa dicotomia ampliou-se para outras, por exemplo, cidade formal e cidade informal, cidade legal e cidade ilegal, e o centro e periferia. Dentro deste imaginário, o espaço urbano foi qualificado pelo

¹² Boaventura de Souza Santos afirma que o termo "direito do asfalto" é utilizado pelos próprios moradores da favela para designar o direito que vigora nas zonas urbanizadas, pavimentadas pelos asfaltos. (SANTOS, 2014).

¹³ O autor retrata um Brasil marcado pelo desenvolvimento desigual centrada no atraso de determinados territórios, a exemplo da região nordeste, bem como as desigualdades sociais. (LEÃO; OGAMA, 2017).

que ele não tinha, pelas suas ausências, caracterizando a ideia de periferia como território sem Estado, e do pobre como uma categoria homogênea.

Este cenário é, segundo MAGALHÃES (2009), um problema estrutural fruto da experiência democrática da América Latina. Consistente na formação de assentamentos que apresentaram problemas peculiares, mesmo quando integradas do ponto de vista territorial, e que geraram formas próprias de regulação social. Neste mesmo sentido:

Essas condutas de crise teriam sua gênese na crise da modernidade política, fenômeno que ocorre na América Latina, Brasil em especial, em paralelo ao processo de modernização econômica e que se caracterizaria pela incapacidade do Estado em gerenciar e oferecer de forma adequada a estrutura mínima indispensável ao bem-estar da população, que substancia numa exclusão econômica e social. (CERQUEIRA, 1997, p. 58).

É possível encontrar estudos como os de SILVA (2010) que fazem uma avaliação histórica desta dicotomia, incluindo uma ideia de marginalidade, consistente numa leitura de incluídos e excluídos. Seria uma espécie de atualização, na leitura dos campos urbanos, do não cumprimento por parte do proletariado da sua função histórico-revolucionária.

O espaço é a expressão da sociedade que o produz, os espaços produzidos pela sociedade capitalista moderna vão contribuir então para a manutenção de toda a desigualdade existente nela, todos os conflitos e contradições, reflexos das relações de produção e da luta de classes. Nas cidades atuais a apropriação e a dominação do espaço se dão de forma completamente desigual, com as relações de produção e a luta de classes se estendendo à luta pelo espaço, pela sua apropriação. (SILVA, 2010, p. 37).

Se o proletariado não cumpriu a sua função revolucionária, os marginais, dentro desta concepção, assumiriam este papel histórico. As lutas urbanas teriam uma espécie de transmutação dos conflitos de classe, agora numa relação dicotômica entre Estado x Favela.

4. Notas sobre o pluralismo jurídico

Antes de adentrarmos, especificamente, na discussão acerca do pluralismo jurídico nas favelas brasileiras, é necessário contextualizarmos tal objeto com relação ao seu percurso histórico, bem como as suas manifestações no cenário da Europa Ocidental e suas particularidades na América Latina.

A presença de um sistema com características similares ao pluralismo no Direito é antiga. Segundo WOLKMER (2001), nós poderíamos observar que na Roma Antiga já haveria um tipo de pluralismo, quando os romanos consagravam a tradição de um *Ius civile*, *Ius gentium* e do *Ius naturale*, permitindo a coexistência de mais de um sistema normativo de acordo com seus destinatários¹⁴.

Primeiramente, no fato de que os romanos não impuseram total e rigidamente seu Direito às populações conquistadas, permitindo uma certa liberdade para as jurisdições locais estrangeiras continuassem a aplicar seu Direito autóctone. Os romanos vivenciaram experiências de grande diversidade jurídica. (WOLKMER, 2011, p. 184).

Através de SABADELL (2005), é possível perceber indícios de um pluralismo também dentro da sociedade feudal, pois foi uma sociedade descentralizada, marcada pelo poder presente em vários setores, em vários locais. Isso refletiu na ordem jurídica, no sistema normativo, nas formas de controle social. Se o poder, se as instituições eram descentralizadas, o direito dominante na Idade-Média no ocidente era um direito também descentralizado, ou seja, composto de vários sistemas jurídicos, e que conseguiam conviver, muitas vezes em conflito, outras vezes em complementação.

Frente a essa sociedade, descentralizada, fragmentada, feudal, pluralista, é que vai surgir a modernidade. O conceito de modernidade é um

¹⁴ O *Ius Civile* (Direito Civil) constituía-se de regras de direito aplicadas somente ao povo romano. O *Ius Naturale* (Direito Natural) era um direito comum aos homens e os animais, ao passo que o *Ius Gentium* (Direito das Gentes), caracterizava-se como um direito para a solução de conflitos entre romanos e estrangeiros.

conceito bastante elástico, polissêmico. No presente artigo, será tratado do conceito de modernidade ocidental, principalmente de tradição eurocêntrica. Da mesma forma não entendido como um período de tempo, mas conforme CERQUEIRA (1997), como um processo cultural, de grandes transformações que implicou num desenvolvimento científico e num desenvolvimento das atividades humanas, fatores que vão contribuir para este novo ciclo, que vai de uma sociedade eminentemente verticalista, para uma nova visão horizontalista, afetando o sistema normativo, as formas de controle social.

Para BOLZAN; NEUBAUER (2016), esta modernidade é alimentada por alguns vetores importantes, a exemplo do humanismo renascentista e das reformas políticas burguesas do século XVII, principalmente na Inglaterra. Como resultado, surgem os primeiros textos e cartas políticas, que vão restringir o direito do soberano e avançar no sentido de uma maior garantia de direitos aos seus súditos. Transformando-se, aos poucos, em uma cultura jurídica centralizadora em que o direito costumeiro, as tradições consuetudinárias, vão perder espaço para um direito que passa a ser materializado, legislado.

Nesse cenário de formação de uma cultura jurídica moderna, de uma cultura que vai se vincular a um poder político centralizado, burocrático, o liberalismo ganha força, ao passo que o pluralismo, perde espaço. Para AZAMBUJA (1986), a nova sociedade é uma sociedade que define a centralização, sendo a lei a expressão da vontade popular, onde a questão da segurança, certeza e estabilidade, são elementos dessa nova cultura triunfante, onde a violência que vem do Estado é uma violência legitimada.

Dentro dessa concepção, WOLKMER (2008) enfatiza que, antes de se chegar às leis, aos códigos, há a influência de processos históricos, sociais e políticos, ou seja, para compreender a cultura monista¹⁵, estatista, moderna, é importante ter em conta a sua dinâmica material.

¹⁵ Os Estados Liberais do Século XIX se configuraram pelo princípio do monismo jurídico, isto é, pela existência de um só sistema jurídico dentro do Estado e uma lei geral para todos os cidadãos (FAJARDO, 2012, p. 172).

Esta dinâmica material, conforme CERQUEIRA (1997) corresponde ao capitalismo, com seus agentes, os seus atores que dominam o mercado, ou seja, a burguesia. Esta burguesia vai construir uma ideologia centrada na liberdade, ideia base do liberalismo, que vai se tornar a grande doutrina do mundo moderno ocidental e que será a doutrina que irá alimentar os institutos jurídicos, os conceitos, as categorias.

O Estado Liberal é o mais representativo do modo de produção capitalista, tendo acompanhado e mesmo favorecido o desenvolvimento desse sistema social. Politicamente, baseia-se no princípio da limitação da intervenção estatal sobre a esfera privada e na crença da superioridade da regulação espontânea da sociedade. Do ponto de vista jurídico, preocupa-se principalmente com a defesa dos direitos individuais, geralmente denominados de Direitos Cíveis. Para realizar estes objetivos, utiliza-se da monopolização dos meios de violência física (exército, polícia) e do poder jurídico (direito, justiça). (CERQUEIRA, 1997, p. 9).

Atualmente se questiona a crise do Estado no mundo da globalização, de dimensões transfronteiriças, ou seja, de que forma o direito se apresentaria em um Estado não mais nacional. Segundo PINTO (2008), tais questionamentos se configurariam num grande impasse que vai gerar uma crise de identidade no contexto do século XXI. WOLKMER (2006) entende que a grande fonte de produção do direito moderno está sendo hoje discutida a respeito da sua falta de eficácia, ao esgotamento deste modelo frente ao mundo da globalização. O tema do pluralismo ressurgiu, então, como uma resposta, uma alternativa, para ir mais além do monismo jurídico estatista.

Mas, chega-se ao fim do século XX, onde o simples argumento de racionalismo científico, neutralidade e centralismo eficiente não consegue mais responder as demandas sociais. A crise do Welfare State (quando o Estado social não conseguiu atender todas as necessidades básicas) é um sintoma e demonstração do esgotamento do paradigma estatista. Novas posturas teóricas precisam surgir para explicar o novo cotidiano social, novos paradigmas precisam ser construídos para substituir os anteriores, incapazes de explicar o final do século XX e por isso mesmo falidos. (CERQUEIRA, 1997, p. 17).

Nesse cenário do pluralismo jurídico, desse ressurgimento, ele pode ser interpretado como as múltiplas manifestações normativas existentes em uma dada sociedade e que, segundo ERLICH apud MALISKA (2015), podem ser reconhecidas ou não pelo poder político, pelo Estado. Essas múltiplas manifestações podem estar em conflito ou não. Expressam, representam as necessidades humanas, da coletividade, sendo, conforme BOBBIO (1995) contrária a todo e qualquer tipo de monismo centralizador absoluto, ou seja, se colocar toda a produção normativa no âmbito apenas do Estado. Vai mais além, projetando uma concepção ampliada, reconhecendo a existência de uma normatividade não oficial, que provém da sociedade.

Na tradição ocidental, a sua visão jurídica dominante é de não reconhecer essas normatividades não oficiais, informais, como se jurídicas fossem. O jurista formalista entende que direito envolve certos atributos e que provém de uma fonte oficializada, ou seja, do Estado. Possui certas características próprias, que irão determinar o que seja norma jurídica. O que implica na segurança, na certeza, na estabilidade, na previsibilidade, e que as normas não oficiais, numa sociedade, não trazem esses atributos.

O monismo jurídico proclama que somente a norma ou sistema normativo que provém do Estado tem força coercitiva e todas as outras manifestações jurídicas seriam consideradas meros costumes, podendo ser aplicadas somente na ausência do direito dominante. Essa concepção decorre de todo o esforço de consolidar o monopólio estatal da violência legítima para a perseguição e repressão dos atos delitivos. (PINTO, 2008, p. 7).

De outro norte, a concepção do pluralismo entende que o mundo da normatividade é muito amplo, que existem normas sociais, morais, jurídicas, ou seja, que há uma gama de normatividade. Entende que essas normatividades, enquanto forma de controle social, tanto é estatal quanto é proveniente da sociedade.

Segundo WOLKMER (2008), é possível, inclusive, reconhecer um pluralismo jurídico estatal, também considerado como formal, que

correspondem a práticas pluralistas dentro do próprio Estado. Tais correspondem às formas de justiça especiais, onde o Estado admite a existência dessas formas dentro da oficialidade. Os exemplos clássicos citados pelo autor seriam a justiça esportiva e a justiça eclesiástica¹⁶.

Uma outra faceta do pluralismo, na concepção do autor, é o denominado pluralismo jurídico conservador, ou seja, o pluralismo jurídico produzido pela globalização¹⁷. Correspondendo aquele pluralismo que é imposto pelo mundo globalizado, pelas grandes corporações, acordos internacionais, que determinam principalmente na área econômica e financeira, certas regras e que impõe, principalmente para os Estados em desenvolvimento, acatar mudanças internas, inclusive.

A outra modalidade de pluralismo jurídico apresentado pelo autor é o societário ou informal. Nesta mesma concepção CRUZATT (2015) enfatiza que a América Latina proporcionou um espaço muito rico para este pluralismo jurídico informal, com as diferentes formas de justiça comunitária, a exemplo das práticas consuetudinárias, grupos paramilitares, milícias, justiça itinerante, rondas campesinas¹⁸ e a justiça indígena.

4.1 O contexto da América Latina

Segundo PINTO (2008), no caso específico da América Latina, nos últimos anos ocorreram muitas mudanças importantes, decorrentes de um pensamento crítico que questiona o modelo de Estado e de direito monista, ou seja, que identifica que num Estado somente existe um sistema jurídico, um idioma oficial, uma cultura, uma nação, um povo. Dentro deste cenário FAJARDO (2012) enfatiza que é possível perceber três movimentos, ou horizontes, da presença do pluralismo nestes países.

¹⁶ O autor cita a justiça esportiva e a justiça eclesiástica, em razão de que ambas possuem legislação própria, seus tribunais e suas instâncias de apreciação.

¹⁷ Globalização aqui entendida como uma intensificação das relações sociais em escala mundial, num processo que atinge pessoas e ideias, sociedades e nações, culturas e civilizações. (WOLKMER, 2008).

¹⁸ Rondas Campesinas são consideradas como organizações constituídas, especialmente na cidade de Cajamarca – Peru, a partir dos anos 1970, com o objetivo de administrar a justiça e a segurança no interior das comunidades campesinas. (CRUZATT, 2015, p. 211).

El primer ciclo del constitucionalismo pluralista se da con la emergencia del multiculturalismo en los ochenta del siglo xx , pero sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico. El segundo ciclo de este horizonte, durante los noventa, se da luego de la adopción del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (1989), en el cual se reconoce el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico. El tercer ciclo del constitucionalismo pluralista se da luego de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Las constituyentes de dos Estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), asumen que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman un Estado plurinacional. (FAJARDO, 2012, p. 172).

Um primeiro horizonte de natureza constitucional na América Latina corresponderia ao constitucionalismo liberal com forte influência dos Estados Unidos e da Europa, e que não refletia exatamente a realidade dos povos. Realidade esta correspondente a uma coexistência de povos diversos, a exemplo dos indígenas e afrodescendentes. Este constitucionalismo, do século XIX, caracterizou-se como um constitucionalismo que apresentou uma cidadania restringida para homens livres, brancos, proprietários e letrados.

Em um segundo horizonte constitucional, agora durante o século XX, corresponderia ao horizonte do constitucionalismo social. Depois da Constituição do México de 1917, houve muitas mudanças nas constituições da América Latina durante o século XX, para incluir direitos sociais que não estavam no constitucionalismo do século XIX, mas ainda não haviam sido incluídos direitos de minorias culturais ao seu próprio sistema jurídico, tais como dos povos indígenas.

O último horizonte do constitucionalismo é chamado pela autora de constitucionalismo pluralista. Durante os anos 80, algumas constituições mudaram, tendo como exemplo a Constituição do Canadá de 1982 que incluiu um reconhecimento da herança multicultural dos canadenses. Segundo PINTO (2008), no caso específico da América Latina, teríamos a Constituição de Guatemala de 1985 incluindo o conceito do

multiculturalismo e multilinguismo e a Constituição da Nicarágua de 1987 que incluía também esse conceito de Multiculturalidade. Um dos pontos marcantes desse terceiro horizonte foi a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas¹⁹, que define ao Estado como um Estado plurinacional, que a constituição é um acordo de povos e também reconhece o pluralismo jurídico.

A Constituição do Brasil de 1988 está na fronteira entre o primeiro ciclo de reformas constitucionais da América Latina, que possui um capítulo sobre direitos indígenas, mas não reconhece ainda o pluralismo jurídico, ou seja, está ausente um reconhecimento, pela constituição, das autoridades do sistema dos povos indígenas, de sua autoridade para auto-governar-se, com suas próprias normas e funções jurisdicionais.

A Constituição Federal brasileira, por exemplo, apresenta importantes avanços, como o aproveitamento dos recursos naturais pelos índios e a participação do Ministério Público, mas o reconhecimento multicultural está longe de ser completo. Não reconhece nenhum direito de autogestão e o processo de demarcação de terras é lento e cheio de obstáculos. Além disso, apesar de reconhecer as múltiplas fontes da cultura nacional (art. 215, §1º) estabelece o monolinguismo. (PINTO, 2008, p. 9).

De um lado temos um avanço no constitucionalismo no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos desses sujeitos, mas, de outro, é necessário se pensar no constitucionalismo latino-americano como fruto de um processo histórico de caráter colonial.

Em que pese o colonialismo tenha chegado ao seu fim com relação à sua forma estrutural, segundo FAJARDO (2012), as ideias permanecem em forma de colonialidade, tanto do poder, quanto do ser e do saber, que se apresenta como um desafio para a efetivação desses direitos, reconhecendo a necessidade de se levar em consideração o direito desses povos sobre esses territórios e também reconhecendo o direito desses povos em

¹⁹ Essa declaração é um passo histórico para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, na medida em que prevê, em âmbito universal, as normas mínimas para garantir a sobrevivência, a dignidade, o bem-estar e o respeito aos direitos dos povos indígenas.

dizer se é esse modelo de desenvolvimento que eles desejam para os seus territórios e para as suas vidas.

O Pluralismo Jurídico caracterizou-se, portanto, como um mecanismo criado no seio da própria sociedade, para melhor atender aos seus anseios, frente a um Direito centralizador e que, principalmente para grupos minoritários e comunidades, distanciava-se das suas particularidades e demandas específicas. É dentro deste contexto que as comunidades brasileiras, especialmente as favelas, vão produzir uma gama de normatividade paralela àquela produzida pelo Direito Oficial e que, em nossa concepção, caracteriza-se como uma manifestação do pluralismo jurídico brasileiro.

5. A produção jurídica da favela

O paradigma jurídico construído ao longo da modernidade, segundo SANTOS (2011), está em crise e a busca pelo reconhecimento do pluralismo jurídico é uma maneira efetiva de contorná-la. Esta análise é fruto de estudos realizados pelo autor nos anos 1970 no Brasil, país com sérios problemas de déficit de justiça, onde a justiça estatal não estava dando uma resposta adequada às demandas da coletividade. O autor detectou, como estudioso da sociologia jurídica, que havia formas de resolver os conflitos, mesmo diante da deficiência de um modelo de justiça estatal (morosa e burocrática).

O autor vai desenvolver, em sua tese, que a resposta à crise do monismo jurídico e de uma cultura jurídica estatista é caminhar na direção do pluralismo jurídico. Ele vai teorizar e projetar a questão do pluralismo jurídico como uma possibilidade através de referenciais não do direito positivo, mas de uma visão mais ampliada, ou seja, a crise de legitimidade do direito estatal e das formas de justiça convencionais leva a expandir outras formas de normatividade não oficiais, abrindo-se espaço para o pluralismo, especialmente a partir dos anos 1980 no Brasil e, posteriormente, na América Latina.

Estas alternativas, vária e genericamente designadas por “informalização da justiça”, “deslegalização”, “justiça comunitária”, “resolução de conflitos” e “processamento de litígios”, consistem, em geral, na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados que substituam ou complementem, em áreas determinada, a administração tradicional da justiça e a tornem em geral, mais rápida, mais barata e acessível. (SANTOS, 1982, p. 9).

Conforme MAGALHÃES (2012), o Direito, de maneira geral, é um mecanismo de controle social. Mas não do controle da sociedade pelo Estado, mas um mecanismo da própria sociedade de autorregular e controlar. É uma forma de dizer o que pode e o que não pode ser feito, quais condutas são aceitáveis e quais não são aceitáveis. A questão que se levanta é a de quem define o que é aceitável e o que não é aceitável?

Numa perspectiva crítica do direito, acompanhando a perspectiva de SANTOS (2011), é possível entender o direito como um produto de uma correlação de forças sociais que estão em constante debate, em conflito. Todavia, tais forças, não seriam iguais, mas ao contrário, desiguais. A sociedade brasileira seria marcada por um forte atrelamento entre o poder político e o poder econômico e a definição do direito, dentro desta perspectiva, seria definida, principalmente, por quem detêm o poder econômico e o poder político.

Ocorre que, de outro norte, o mesmo autor vai entender que o direito é um subproduto construído a partir do sistema posto, ou seja, do sistema capitalista. Um sistema capitalista que possui suas próprias contradições, assim como o direito que dele decorre. Um ponto importante para entender as contradições do direito é procurar entender que o direito não se restringe à legislação, mas surge de várias fontes diferentes, através da interação de vários atores sociais, construídos nos mais variados espaços de interação.

Quando se fala que o direito define o que se pode e o que não se pode ser feito, também significa dizer que o direito estabelece os usos e costumes previstos para determinados territórios e todos aqueles que não se

enquadram nesses usos e costumes acabam por ficar excluídos dessa lógica. Todavia, tais personagens, historicamente, não permaneceram inertes, mas buscaram alternativas, inclusive à revelia do direito estatal, em uma abordagem contra hegemônica. A favela, em relação ao direito, tem uma postura contra hegemônica, na medida em que desafia o direito posto²⁰.

As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, como os da América Latina, torna, presentemente, significativo conceber, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas legais emancipadoras e constituir direitos humanos, bem como reconhecer ações contra-hegemônicas de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida. (WOLKMER, 2006, p. 121).

A reflexão sobre o direito percebido na favela nasce de questões como as seguintes: as favelas têm lei? Ou as favelas são lugares sem nenhuma lei que impera, de uma completa ausência de normas, onde impera o poder do mais forte? É uma reflexão que levou às pesquisas, à trabalhos de observação, de campo, a exemplo de SANTOS (2011), percebendo que as favelas possuem manifestações de direito em paralelo ao direito estatal.

Como mencionado anteriormente, não há uma absoluta separação entre a favela e o Estado ou entre a favela e o asfalto, mas sim uma ausência em determinados setores de atuação. Segundo LOBOSCO (2014), muito dessa ausência é fruto das próprias características de ocupação do espaço pelos moradores, ou seja, constituída em sua maioria de maneira informal, onde a posse e construções edificadas estavam em desacordo com a regras urbanísticas previstas. Tal estado de coisas cria um imaginário de que tais sujeitos não possuiriam o direito de recorrer ao Estado para reivindicar e/ou garantir seus direitos.

Estas leis criadas no seio da comunidade são resultados dos costumes dos moradores, dos pactos locais, da atuação das associações de

²⁰ Entendemos por direito posto o conjunto de regras vigentes num determinado momento, para reger as relações humanas e que são impostas coativamente pelo Estado, à obediência de todos. (GRAU, 2000).

moradores, das igrejas, ou seja, dos vários agentes que atuam no espaço interno das favelas. Muitas vezes essa lei é concebida no sentido de permitir a reprodução da vida, de criar melhores condições em um espaço de muitas diversidades. A favela, portanto, não se caracteriza como um lugar de ausência de lei, como também não é um local em que a lei é a lei do mais forte, ou seja, exclusivamente da crueldade, da violência, da imposição pura e simples.

A desconfiança e a percepção da inaplicabilidade das normas oficiais, diante das condições de informalidade, precariedade e flexibilidade urbanas, típicas das áreas informais, abrem espaço à produção e difusão de regras alternativas, construídas de acordo com as necessidades e condições locais. Um direito sob medida, elaborado na tradição do uso e através da noção de justiça elaborada no interior da própria “comunidade”, seja ela real ou simbolicamente construída. (LOBOSCO, 2014, p. 203).

As associações de moradores possuem relevância no trabalho de SANTOS (2011), pois tal associação atuava na forma de prevenir e resolver conflitos dentro da comunidade. Em que pese a heterogeneidade da favela, ela também reproduzirá, em seu seio, os mesmos mecanismos de exploração econômica que ocorrem em demais espaços urbanos, gerando com isso conflitos que serão submetidos às instituições mediadoras, tais quais as associações de moradores.

Uma das atividades principais a serem apontadas, é a atuação das associações de moradores nas negociações e litígios envolvendo o comércio e a posse da terra. Segundo LOBOSCO (2014), a compra e venda de imóveis na favela só tem eficácia na medida em que é intermediada pela Associação de moradores. Embora o direito produzido por tal associação não possua qualquer reconhecimento oficial, ou seja, pelo Estado, ela é uma instância fruto do direito consuetudinário das favelas e com legitimidade amplamente reconhecida nestes espaços.

BOLZAN; NEUBAUER (2016) constata que a Associação de Moradores é desprovida de poder coercitivo, ou seja, embora seja uma instância mediadora e definidora de direitos, ela não tem poder de polícia, tal qual o

direito estatal, desta forma ela acaba abrindo caminho para outras instâncias de juridicidade, tais como as “bocas-de-fumo”²¹. Estas instâncias detêm, inclusive, poder de vida e morte para aqueles que a elas são submetidos.

É de se reconhecer que durante décadas, o Estado manteve-se inerte em relação à ordenação do espaço e das relações estabelecidas dentro dele. Essas relações foram sendo estabelecidas pelas diferentes organizações, por lideranças específicas, até que a partir da década de 1980 passou a ser dominada por organizações criminosas. Primeiramente pelo tráfico de drogas e depois pela institucionalização das milícias, que criaram regras específicas de funcionamento do espaço público. (LOBOSCO, 2014)

Segundo FABRES; TERRA (2015) estas organizações operam como espaço de desenvolvimento econômico, na medida em que proporcionam possibilidades de ganhos financeiros (tráfico de drogas, por exemplo), operam no espaço de resistência frente à violência estatal que é vivenciada cotidianamente pela comunidade e, principalmente, atua como instância de produção de juridicidade dos conflitos surgidos no interior da comunidade, uma vez que possuem os componentes estruturantes do direito, quais sejam: burocracia, retórica e violência.

Atualmente se percebe a presença do aparato estatal com o estabelecimento das U.P.P.s²², abrindo caminho para um debate a respeito de novas formas de regulação, seja mediante a utilização do uso indiscriminado da força e repressão, ou, de outro norte, mediante a abertura de novos horizontes, com a aproximação do diálogo entre favela e Estado.

Existe, portanto, uma pluralidade de ordens jurídicas (a exemplo do direito estatal), mas também existe o direito que a comunidade cria a partir de suas próprias relações, que os moradores da favela estabelecem entre eles mesmos. O que pode ou não se pode fazer, o que é proibido e o

²¹ O termo “boca-de-fumo” corresponde aos locais destinados à produção e comercialização de produtos entorpecentes sob a direção de uma facção e/ou de um traficante, chamado de “chefe” ou “dono da boca”. (PANKE, 2006).

²² As Unidades de Polícia Pacificadora tem como alvo os morros cariocas, colocando-se como solução imediata para “retomada” do controle territorial das favelas, antes dominadas pelo tráfico ilícito de drogas, o que gerava frequentes investidas policiais e dezenas de mortes nos conflitos entre a polícia militar e os traficantes instalados na comunidade. (SANTOS, 2015).

que é permitido, são regidos pela própria comunidade, num fazer direito, enunciar o direito e que, muitas vezes, seu reconhecimento dentro da favela predomina diante do direito estatal. (SANTOS, 2011).

Em que pese a proposta deste artigo é a de debater a questão do pluralismo jurídico dentro das favelas, dentro de uma perspectiva comunitária, ou seja, realizada em seu próprio seio, é de se reconhecer que existe também um fazer político de outros autores, a exemplo dos movimentos sociais, ou seja, grupos que se auto organizam em torno de valores, de demandas específicas. Que lutam para que essas demandas sejam incluídas dentro da legislação, buscando a proteção, promoção e efetivação dos direitos humanos dentro das favelas.

5. Considerações finais

Ao nos propormos desenvolver uma pesquisa a respeito das proximidades e distanciamentos entre um Direito dito oficial e um Direito paralelo, criado no seio de uma comunidade específica, foi possível estabelecer uma discussão ampliada a respeito do conceito de pluralismo jurídico.

Longe de tentarmos esgotar o tema, procuramos estabelecer um diálogo entre os principais temas envolvendo o pluralismo jurídico (seja dentro de uma perspectiva histórica, seja dentro de análise de conteúdo) e suas manifestações principalmente no contexto da Europa Ocidental, na América Latina e, mais especificamente, no Brasil. Buscando ampliar o conceito de direito, mostrando que um quadro semelhante de pluralismo jurídico também pode ocorrer dentro de sociedades modernas e capitalistas, inclusive em contextos urbanos.

Dentro destas singelas digressões, constatamos que o Brasil, em que pese diversos avanços no diálogo com estas comunidades, ainda tem muito o que avançar no que diz respeito ao reconhecimento das demandas específicas destes grupos. Tais demandas muitas vezes são atendidas mediante um regramento criado por elas próprias e que, minimamente,

consegue dar conta da sobrevivência da comunidade enquanto grupo social. Todavia, o que temos visto no decorrer dos anos é que muitos grupos têm assumido o papel de criadores de normatividade, tais como as citadas organizações criminosas e, mais recentemente, a instituição das milícias.

Dentro deste cenário, torna-se importante a realizações de discussões como a do presente artigo, no sentido de um reconhecimento por parte tanto da sociedade acadêmica quanto da sociedade em geral, da existência de manifestações jurídicas que derivam de fontes diversas daquelas originadas do legislador.

O pluralismo jurídico torna-se, assim, uma alternativa ao monísmo centralizador, como forma de atender a tais demandas oriundas de uma sociedade extremamente diversificada, plural, tanto do ponto de vista racial, quanto do ponto de vista social e cultural, como é o caso do Brasil.

Referências

- ABIKO, A. K. *Introdução à Gestão Habitacional*. São Paulo: EPUSP, 1995. Disponível em: http://www.pcc.poli.usp.br/files/text/publications/TT_00012.pdf Acesso em: 28 fev. 2019.
- ALFONSIN, B. M. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997. Disponível em: < http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/login?source=%2Findex.php%2Frevista_direito%2Farticle%2FviewFile%2F869%2F722 >, Acesso em: 28 fev. 2019.
- AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 25 ed. Rio de Janeiro : Globo, 1986.
- BICALHO, M.F. *A cidade do Rio de Janeiro e o sonho de uma capital americana: da visão de D. Luís da Cunha à sede do vice-reinado (1736-1763)*. Revista de História, São Paulo, vol. 30, n.1. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v30n1/v30n1a03.pdf>>, Acesso em: 28 fev. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 7ª ed. Brasília: UNB, 1995.

BOLZAN, B.; NEUBAUER, M. *Pluralismo jurídico: a ascensão de direitos não estatais para regular grupos excluídos socialmente*. XIII Seminário Internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea & IX mostra internacional de trabalhos científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul, ISSN 2358-3010, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/issue/view/77>>, Acesso em: 28 fev. 2019.

CERQUEIRA, D. *Pluralismo jurídico, movimentos sociais e reforma urbana: construindo o direito comunitário-participativo latino-americano*. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106458>>, Acesso em: 28 fev. 2019.

CHALHOUB, S. *Cidade febril – cortiços e epidemias na corte imperial*. São Paulo, Companhia das Letras, 1996.

CRUZATT, Y. *Reconocimiento del pluralismo jurídico de las rondas campesinas mediante el “Acuerdo Plenario” del Poder Judicial peruano*. CONFLUENZE, Dipartimento di Lingue, Letterature e Culture Moderne, Università di Bologna, Vol. 7, No. 2, p. 210-222, 2015. Disponível em: <<http://www.red-redial.net/pt/revista-confluenze,ri-vista,di,studi,iberoamericani-307-2015-7-2.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CUNHA, E. *Os sertões*. São Paulo: TrêS, 1984.

DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

FAJARDO, R. *El Estado de derecho hoy en América Latina*. Libro en homenaje a Horst Schönbohm. México: Colección Fundación Konrad Adenauer, 2012.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 26ª ed. São Paulo: Graal, 2008.

FOUCAULT, M. *Nascimento da biopolítica*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KHEL, Luis. *Breve história das favelas*. São Paulo: Claridade, 2010.

LEÃO, I.; OGAMA, D. *Relendo “os Dois Brasis”, de Jacques Lambert: o desenvolvimento econômico e sua apologia*. Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, v. 38, n. 133, p. 245-258, 2017. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6245374.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

LOBOSCO, T. *Direito alternativo: a juridicidade nas favelas*. R. B. ESTUDOS URBANOS E REGIONAIS V.16, N.1, p.203-220, 2014. Disponível em: <rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/2526>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MAGALHÃES, A. F. *O direito da favela no contexto pós-programa favela-bairro: uma reconfiguração do debate a respeito do “direito de Pasárgada”*. 2010. Tese (Doutorado em Planejamento urbano e regional). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2010/31001017065P2/TES.PDF>. Acesso em 28 fev. 2019.

_____. *O direito à cidade nas favelas do Rio de Janeiro: conclusões, hipóteses e questões oriundas de uma pesquisa*. Cad. Metrop., São Paulo, v. 14, n. 28, p. 381-413, 2012. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/download/14812/10801>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *O direito das favelas no contexto das políticas de regularização: a complexa vivência entre legalidade, norma comunitária e arbítrio*. R. B. Estudos Urbanos e Regionais, v. 11, n. 1, 2009. Disponível em: <rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/212>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich: aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e constituição*. 2ª edição. Curitiba; Juruá, 2015. 172p.

MARTINEZ, C. *Legal e legítimo: a “Legislação” interna de uma comunidade marginal*. 1989. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização em Planejamento Urbano e Regional). Instituto de Pesquisa Planejamento Urbano e Regional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2010/31001017065P2/TES.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MBEMBE, A. *Necropolítica*. São Paulo: N1 Edições, 2018.

NOGUEIRA, J. *Antonio Conselheiro e Canudos: revisão histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1978.

PANKE, R. *Passa a bola, dragão: regras de conduta e códigos morais em rodas de fumo de Curitiba*. 2006. Monografia de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais). Departamento de Antropologia, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes,

Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <www.humanas.ufpr.br/portal/cienciassociais/files/2012/06/PANKE-Rafael1.pdf>. Acesso em 28 fev. 2019.

PEREIRA, M.; DIAS, J. *O capital humano no contexto do biopoder: o tempo livre vigiado e consumido*. Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização COMPENDI/UFS; Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Liziane Paixão Silva Oliveira, Simone Letícia Severo e Souza. Florianópolis: COMPENDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/.../mLG6VIGmw3HOS8vA.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PINTO, S. *Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico na América Latina*. Série Ceppac, Brasília, n. 14, p. 1-15, 2008. Disponível em: <repositorio.unb.br/bitstream/.../1/ARTIGO_MulticulturalismoPluralismoJuridico.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

QUEIROZ FILHO, A.P. *Sobre as origens da favela*. Mercator – Revista de Geografia da UFC, Fortaleza, vol. 10, n. 23, p. 33 – 48, 2011. Disponível em: <www.mercator.ufc.br/mercator/article/view/651>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SABADELL, Ana Lucia - *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3ª ed. 2005. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

SANTANA, G.; COSTA, M.; CASTRO, R. *Violência, favela e pacificação: representações sobre a Unidade de Polícia Pacificadora no Morro do Andaraí do Rio de Janeiro*. Emancipação, Ponta Grossa, v.16, n.1, p. 61-79, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5763619.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SANTOS, A. UPP: *Análise da sua dimensão enquanto fator de inclusão da favela no tecido social da cidade do rio de janeiro*. Revista Transgressões, Ciências Criminais em Debate, Natal, vol. 3, n. 1, 2015. Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/7204/5332>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SANTOS. Boaventura de Souza. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*. São Paulo: Cortez, 2014.

_____. *O Direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, n. 10, pp. 9-40. Disponível em: <

<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/artigosemrevistascientificas.php>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SILVA, M. *A favela como expressão de conflitos no espaço urbano do Rio de Janeiro: o exemplo da Zona Sul carioca*. 2010. Dissertação (Mestrado em Geografia). Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16168/16168_1.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2019.

TERRA, J.; CARVALHO, T. *Justiça paralela criminologia crítica: pluralismo jurídico e (sub) cidadania em uma favela do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

VALLADARES, L.P. *A gênese da favela carioca: a produção anterior às ciências sociais*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 15, n. 44, p. 5 - 34, 2000. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n44/4145.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

WOLKMER, A. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito* 3^a ed. 2001. Alfa Ômega São Paulo SP.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade*. Revista Sequência, n. 53, p. 113-128, 2006. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Primeira tentação de Cristo e a colisão de Direitos Fundamentais de liberdade religiosa e de expressão

Elisângela Marli Zakszeski

Introdução

Tem-se que a democracia não se traduz apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, pois em sua dimensão material, possui íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os Direitos Fundamentais em geral, com destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação).¹

Já dá proteção da dignidade humana “decorre que os seres humanos (portanto, o povo) formam o elemento dominante do (e no) Estado, ao passo que liberdade e igualdade (e os Direitos Fundamentais correlatos) exigem que todos possam, em condições de igualdade, influir na vida estatal.”²

A produtora porta dos fundos preconizou um embate entre Direitos Fundamentais, quando em dezembro de 2019, divulgou seu especial de natal, o episódio denominado, “Primeira tentação de Cristo”, retratando Jesus Cristo como homossexual o qual teria um envolvimento com Lúcifer e ainda, mostra Maria traindo José com Deus. A partir de então uma

¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 286-287

² Idem

batalha judicial iniciou-se com argumentos de afronta ao princípio da liberdade de consciência e crença e de outro lado, de que a retirada do ar do episódio era um ato de violação do princípio da liberdade de expressão.

A questão não é discutir qual dos princípios devem prevalecer, pois não se trata de julgar valores. Mas é de aborda-se justamente quando da ocorrência de princípios conflitantes as possibilidades de aplicar limites e de restringir Direitos Fundamentais.

É certo que o direito de expressão, detém proteção na Constituição Brasileira de 1988, tendo a opinião e a crítica, portanto, garantia constitucional para o seu exercício livre. Do mesmo modo, o direito à liberdade religiosa, possui as mesmas garantias e proteções.

A questão aqui discutida não é valorativa, apenas pretende-se expor que além da questão da tolerância, é imprescindível e possível que tanto a liberdade de expressão como a liberdade de crença, de religião, convivam dentro de uma sociedade de forma harmônica e para tanto, a aplicação de limites e o método da proporcionalidade podem auxiliar na resolução ou pelos menos, na pacificação dos conflitos.

1. Liberdade de expressão

O artigo 5º da Constituição Brasileira, garante entre outros direitos, o direito à liberdade e, especificadamente, no inciso IX, dispõe sobre a liberdade de expressão como uma atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a ser exercida independentemente de censura ou licença.³

Desta forma, a, liberdade, através do artigo 5º da Constituição, assume juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, um conjunto de Direitos Fundamentais que com particular relevância no sistema constitucional brasileiro.⁴

³BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.286-287

para o caso do Brasil é possível afirmar a existência não apenas de um elenco de direitos de liberdade específicos (ou direitos especiais de liberdade), como é o caso das liberdades de expressão, liberdades de reunião e manifestação, entre outras, mas também de um direito geral de liberdade. Assim, verifica-se que o destaque outorgado à liberdade e aos demais direitos tidos como “invioláveis” no art. 5.º, caput, da CF traduz uma aproximação evidente com o espírito que orientou, já no seu nascedouro, as primeiras declarações de direitos, bem como reproduz o catálogo de direitos da pessoa humana difundidos pela literatura política e filosófica de matriz liberal. Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição da liberdade.⁵

A Constituição Brasileira é denominada por alguns autores como “uma constituição da liberdade”. Mas o que que significa ter liberdade? É falar e fazer tudo o que se pensa, idealiza?

Franklin Roosevelt, grande defensor da liberdade, cita algumas liberdades, e, entre estas a expressão e a liberdade de crença:

A liberdade de expressão (freedom of speech na expression.), a liberdade de crença (freedom to worship God), a liberdade da necessidade (freedom from want) e a liberdade do medo (freedom from fear). Tais declarações vieram a ser a bandeira erguida contra os totalitarismos e o impulso para, ao final da Segunda Guerra Mundial, a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁶

No caso específico da liberdade de expressão, a Constituição Brasileira traz alguns dispositivos, como por exemplo, do art. 206, II, que dispõe sobre a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, no âmbito das diretrizes do ensino, mais adiante o art. 220, dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sendo a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, um dos Direitos Fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das

⁵ Ibidem, 2018, p.507 e 508

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey.2003, p.248

mais antigas exigências humanas, possuindo estas um dos seus principais fundamentos na dignidade da pessoa humana.⁷

Dentro do campo da liberdade de expressão, tem-se que a Constituição Brasileira, equipara a esta a liberdade de pensamento, em sentido amplo, de forma inclusiva, abarcando também, manifestações a respeito de fatos e não apenas juízos de valor, estendendo a proteção também ao meios de expressão através de uma noção aberta e neste caso, abarca também a comunicação eletrônica.⁸

Com relação a definir liberdade de expressão esta pode ser entendida como o direito que o indivíduo tem de se expressar seus ideais, desejos, de viver e de efetivamente fazer ele próprio suas escolhas. É viver, trabalhar, conviver em sociedade de acordo com certos valores e convicções e de poder ter a garantia se expressá-las. Ora, “não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana”.⁹

Ocorre que não há liberdades sem limites. Não há um direito absoluto. Aliás nenhum direito fundamental o é, pois a efetividade de um direito fundamental muitas vezes depende da eficácia de outros Direitos Fundamentais, no caso concreto, muitas vezes este direito pode ser restringindo em decorrência de uma colisão com outro direito fundamental.

Expressar-se livremente é uma condição necessária para o exercício da cidadania, do estado democrático de direito, da efetivação deste direito fundamental., sendo que há “liberdade fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total”¹⁰

⁷ SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p.518-520

⁸ Ibidem, 2018, p.521

⁹ Ibidem, 2018, p.352.

¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional: curso de Direitos Fundamentais. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008, 74

O sentido total da liberdade de expressão, compreende desde a garantia de se expressar, de receber esta informação, poder criticar e ou dar opiniões sobre esta, entre outros direitos às liberdades. Nesse sentido:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e, XIV do art. 5º combinados com os art. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as forma descrição, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, está sujeita a regime jurídico especial.¹¹

Observa-se que pelo pensamento acima, liberdade de expressão agrega outros direitos de liberdades, tais como a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa, liberdades estas que podem adentrar no campo do conflito e apesar da garantia constitucional que ambas liberdades possuem, será necessário ponderar estas liberdades a fim de que o excesso de liberdade ou a restrição de uma liberdade não venha a sufocar a outra.

A liberdade de expressão é um direito fundamental, mas isso não significa que o fato de deter proteção e garantia constitucional, o eleva ao ponto de se sobrepor aos demais direitos, ou seja:

[..] falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim, sendo embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venha a desenvolver atividades ou práticas ilícitas.¹²

¹¹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4.ed. São Paulo:Malheiros, 2000, p. 247

¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011, p.279

Assim mesmo sendo um direito fundamental a liberdade de expressão e a suas derivações, como a liberdade de imprensa, não são absolutos, ou seja, sua garantia não se sobrepõe os demais Direitos Fundamentais.

O artigo 19 da Declaração Universal dos direitos humanos¹³

Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 220 e parágrafos, ressalta que a liberdade de expressão, ou seja, a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”¹⁴, assim como, que é vedado o embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, a censura de natureza política, ideológica e artística..¹⁵

Verifica-se que a Constituição Brasileira, protege e assegura a liberdade de expressão e, dentre as garantias fundamentais nela expressas, tem-se a liberdade de expressão estritamente vinculada à estrutura democrática, sendo está “a garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas ideológicas.”¹⁶

Não se pode duvidar da relevância “do direito fundamental de liberdade de expressão na busca da concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito”, é preciso investigar a sua interação com os demais Direitos Fundamentais a fim de

¹³DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em : <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-19-25/read-article-19.html>. Acesso em 10 de abril de 2020,

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁵ Idem.

¹⁶ TORRES, F.C. O direito fundamental à liberdade de expressão e a sua extensão. Revista de informação legislativa, ano 50, n.º 200, p. 61-80, out/dez.2013. Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 12 de abril de 2020

embasar o estudo acerca da necessidade de sua regulação infraconstitucional no Brasil.¹⁷

A proteção a liberdade de expressão é muito mais do que o direito de se exprimir pensamentos, ideais, opiniões, ela também é uma forma de defesa contra a tirania da opinião.¹⁸

John Stuart Mill, aponta a questão da necessidade de proteção e de impor limites com relação a interferência da sociedade no sentido de evitar a tirania da opinião, para fins de que não haja justamente a imposição pela sociedade de opinião coletiva e o menosprezo a individualidade com a manipulação da liberdade individual de opinião, ou seja, do livre pensamento e de expressão.

Mas deter liberdade de expressão não significa deter o poder absoluto da verdade e muito menos esta liberdade deve ser usada como forma de privar terceiros de sua própria liberdade e, para tanto, resta imprescindível, a aplicação de limites em caso de violação de outros direitos ou de outras liberdades, como à liberdade religiosa.

2. Liberdade religiosa

A inviolabilidade da liberdade de crença visa assegurar o livre exercício de consciência e culto religioso, estando expresso na Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso VI, no sentido de que: “ é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”¹⁹

Apesar do Brasil ser um Estado Laico, o qual não deve fomentar, sustentar, ou restringir a liberdade religiosa, tem-se que há vários dispositivos junto a Constituição que versam sobre a questão de religiosidade, como por exemplo o artigo 19, inciso I, que em sua ressalva traz a

¹⁷ TORRES, 2013.

¹⁸ MILL, Johan Stuart. Ensaio sobre a liberdade. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006, p.21

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

possibilidade de colaboração por questões de interesse público, assim como, o artigo 210, que trata sobre a questão do ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental.

As liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”²⁰, são consideradas uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo, tanto com relação a exploração política, perseguições, atrocidades cometidas em nome da religião e por conta da intolerância religiosa ao longo dos tempos, além do mais, a liberdade religiosa é uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos.²¹ Nesse sentido:

a proteção das opiniões e cultos de expressão religiosa, que guarda direta relação com a espiritualidade e o modo de conduzir a vida dos indivíduos e mesmo de comunidades inteiras, sempre esteve na pauta preferencial das agendas nacionais e supranacionais em matéria de direitos humanos e fundamentais.²²

Percebe a presença da proteção à liberdade religiosa junto a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948²³, no sentido de que: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião[...].”²⁴

De forma mais completa, verifica-se à proteção junto ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966²⁵:

Artigo 18 §1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esses direitos implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. §2. Ninguém

²⁰ SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p.536

²¹ Ibidem, 2018, p.536

²² Ibidem, 2018, p.537

²³DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

²⁴ Idem

²⁵ PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2020

poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. §3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita a penas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. §4. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Desta forma, constata-se a relevância da liberdade religiosa, assim como, o nível de proteção a está concedida.

Como não há liberdades sem limites e muito menos direito absoluto, pois a efetividade de um direito fundamental muitas vezes depende da eficácia de outros Direitos Fundamentais, no caso concreto, muitas vezes este direito pode ser restringindo em decorrência de uma colisão com outro direito fundamental, o que se trata no próximo tópico.

3. Colisão entre Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais além de serem interligados entre si, também não são absolutos, assim como, estes podem ser regras ou princípios, ou ainda, as duas coisas. Além disso, os Direitos Fundamentais estão inseridos em um sistema jurídico, onde irão se relacionar com outros princípios e nesse sentido, os princípios acabam por se limitarem entre si dentro do sistema.

O sistema de Direitos Fundamentais impede a hierarquização e cada direito desempenha um papel importante dentro deste sistema. O problema surge quando um ou mais princípios interfere nesta unidade restringindo o papel de um outro princípio vindo a colidirem com o que pode acarretar no obstáculo da concretização do próprio direito fundamental restringido.

A colisão entre princípios segundo Hesse, resolver-se-ia através dos limites, sendo que para este “cada direito fundamental encontra seu limite

principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu ‘âmbito da norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada – ‘realidade’, que é o objeto da garantia”.²⁶

Alexy, prefere falar em restrições diretamente constitucionais, sob a forma ou de cláusula restritiva expressa, ou de cláusula restritiva tácita e neste aspecto, a definição de restrição de Direitos Fundamentais para este se definiria como “[...] *las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales prima facie*”.²⁷

Decorre que a existência na Constituição de Direitos Fundamentais garantidos sem reserva de lei poderia induzir, em uma análise simples e apressada, à conclusão de que há direitos não passíveis de restrição e neste ponto alerta Alexy, apenas prima facie não são restringíveis e que nem tudo que cai sob o suposto fático de uma norma de direito fundamental sem reserva está protegido definitivamente, e, portanto, pode ocorrer que, no caso concreto, um direito fundamental colida com um outro direito fundamental ou um bem constitucionalmente protegido, onde então, segundo este, uma ponderação de bens resultará a restrição.²⁸

No caso concreto de conflitos de Direitos Fundamentais e/ou bens constitucionalmente protegidos são melhor definidas com a noção de colisão de Direitos Fundamentais, e melhor decididas com a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.²⁹

Para Ronaldo Dworkin, tem-se que:

quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não

²⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p.28-29

²⁷ Ibidem, 2001, p.30-31

²⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p.57

²⁹ Ibidem, 2001, p.60

funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.³⁰

Ocorre que os Direitos Fundamentais não são absolutos e pode ocorrer a necessidade de limitar os mesmos, sendo que esta limitação pode dar-se pela própria Constituição ou ainda, esta pode autorizar que uma lei infraconstitucional imponha limites a estes. No caso de colisão entre Direitos Fundamentais, um deles ou ambos, podem também vir a sofrer algum tipo de restrição na ponderação ³¹.

Segundo Alexy, existe uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade; significa dizer que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais: da adequação norma (medida adequada para fomentar fim perseguido pela norma), da necessidade (mandamento de meio menos gravoso) e da proporcionalidade, em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dos princípios.³²

Tem-se que a regra da proporcionalidade pode ser usada como uma ferramenta para ponderar restrições a Direitos Fundamentais e pacificar no caso concreto a colisão entre Direitos Fundamentais. Nesse sentido,

[..]a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da escolha, no campo concreto acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Contudo, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, a cada interprete uma ponderação, segundo a sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerrara.³³

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.36

³¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed.Coimbra: Livraria Almedina,2003, p.1276

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução, Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 117-118.

³³ REALE JÚNIOR. **Limites à liberdade de expressão**. Revista espaço jurídico, Florianópolis, v.11, n.2, p.;374-401, jul./dez.2010, p. 395

Ressalta Alexy, que a há uma conexão entre a teoria dos princípios para a máxima proporcionalidade e que essa implica aquela, assim como esta afirmação de natureza dos princípios, implica, a máxima proporcionalidade, com suas três máximas³⁴:

parciais de adequação, da necessidade(mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito(mandamento do sopesamento propriamente dito),decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.³⁵

Tem-se que a regra da proporcionalidade consiste que a medida a ser aplicada deve ser adequada ao fins de que se destina ou seja, viabilizar a realização, assim como, deve ser o menos gravoso para se alcançar a eficácia para resolução da colisão de Direitos Fundamentais.

Ressalte-se, ser essencial que quando da aplicação da medida para resolução da colisão de princípios que esta não venha a atingir o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, o qual compreende determinadas dimensões garantísticas básicas, sendo que a eliminação fatalmente levaria a atingir a própria subsistência, ou o sentido útil, na perspectiva do seu titular, vindo a comprometer definitivamente os aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana.³⁶

Assim, qualquer limitação a direito fundamental necessita de uma justificativa constitucional, pois há necessidade de proteger outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido, sob pena de tal restrição adentrar no campo da arbitrariedade, não bastando haver uma justificativa abstrata também há de se ter uma justificativa concreta.

Nesse tópico tratou-se especificadamente da questão da colisão entre princípios, porém, apenas no caso prático é possível apurar qual princípio

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução, Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 116-117

³⁵ Idem

³⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A liberdade de expressão**. Coimbra: Coimbra, 2002, p.741

deve prevalecer, qual deve ser restringido ou se ambos deverão o ser ou ainda, se há ou não ocorrência de alguma forma de colisão de princípios.

Desta forma, os elementos fáticos, jurídicos, os elementos concretos e específicos são essenciais para aplicação da proporcionalidade, a fim de resolver a questão da colisão entre os princípios se estes existentes.

Nesse sentido, no próximo tópico, aborda-se como exemplo de uma possível colisão de Direitos Fundamentais, o programa exibido pela Netflix como especial de natal, denominado “Primeira Tentação de Cristo³⁷, produzido pela produtora Porta dos fundos, pelo qual dois princípios constitucionais conflitaram, sendo o princípio da liberdade de expressão e o princípio da liberdade de religião.

4. Primeira tentação de cristo: ofensa à liberdade de expressão ou ofensa à liberdade religiosa?

A Primeira tentação de Cristo³⁸, foi um especial de natal apresentado pela Netflix, produzido pela produtora Porta dos Fundos, pelo qual o grupo humorístico, veio a retratar Jesus Cristo como homossexual o qual teria envolvimento com Lúcifer, além disso, apresenta Maria traindo José. Em decorrência disso, houve o ingresso pela Associação Centro Dom Bosco, perante o Juízo da 16^a Vara Cível do Rio de Janeiro de Ação Civil Pública ajuizada em face de Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisuais e Netflix entreterimento Brasil Ltda, buscando liminar, consistente em determinar ao segundo réu (Netlix) que suspendesse, imediatamente, a exibição do referido especial de natal, alegando a violação à liberdade religiosa e que a produção teria ultrapassado os limites da liberdade artística protegida pelo texto constitucional³⁹.

³⁷ PORTA DOS FUNDOS. Primeira tentação de cristo. Disponível em <https://www.bing.com/videos/search?q=youtube+a+primeira+tenta%6c3%6a7%6c3%6a30+de+cristo%2c+porta+d+os+fundos&docid=608042153267170878&mid=93344D99FB7BA57E2Co493344D99FB7BA57E2Co4&view=detail&FORM=VIRE>. Acesso em 12 de abril de 2020.

³⁸ Idem,

³⁹TJ-RJ. 16^a Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA N.º 0332259-06.2019.8.19.0001

A magistrada que julgou o pedido liminar, deixou claro o conflito entre valores e princípios constitucionais, de direito à liberdade de expressão artística e de outro lado a liberdade religiosa e a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, consubstanciadas no sentimento religioso.⁴⁰

a melhor técnica ensina que nessas hipóteses, a ponderação de valores diante do caso concreto é o caminho para equacionar o conflito, pois abstratamente, nenhum dos princípios/direitos é absoluto, devendo sempre ser visto e cotejado àquele contraposto. Esse conflito entre Direitos Fundamentais são caros e sensíveis a toda sociedade vem sendo objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete interpretar e salvaguardar nossa Constituição, seus princípios e garantias.⁴¹

A questão é que tanto o sentimento religioso, como a liberdade de expressão artística, merecem a tutela do judiciário, porém, não é estabelecido previamente o caráter absoluto de qualquer um deles ou ainda, a preponderância de um sobre o outro de forma abstrada.⁴²

Nesse sentido, portanto, “nenhuma ponderação pode ser cega ao caso concreto, devendo o julgador primar sempre pela análise da situação fática em todas as suas circunstâncias, inclusive no que tange à repercussão.⁴³ Conforme trecho extraído da decisão proferida, assim fundamentou a ilustre magistrada após analisar as questões fáticas:

diante do confronto entre direitos igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, há que se assegurar que a preponderância de um direito sobre o outro não sirva de salvaguardar para práticas ilícitas. Assim, entendo, que enquanto não haja decisão diversa do STF em sede de repercussão geral que somente possa haver a proibição da publicação, circulação e exibição de conteúdos de manifestações artísticas, filmes e livros pelo Judiciário quando houver a prática de ilícito, incitação à violência, a discriminação, a violação de direitos humanos, em discurso de ódio.⁴⁴

⁴⁰ BRASIL. 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ. **Ação Civil Pública** N.º 0332259-06.2019.8.19.0001.

⁴¹ BRASIL. 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ. **Ação Civil Pública** N.º 0332259-06.2019.8.19.0001.

⁴² Idem

⁴³ Idem

⁴⁴ Idem

Após análise e ponderações, entendeu a julgadora que não haveria ofensa á liberdade religiosa. Em decorrência da decisão acima, houve ingresso de Agravo de instrumento sob n.º 0083896-72.2019.8.19.0000, pelo qual o relator da 6ª Câmara Cível, em sentido diverso, veio a conceder liminar, o qual destacou que nos autos originário, o representante do Ministério Público, opinou pelo deferimento da liminar, por considerar ter havido abuso do direito de liberdade de expressão através do deboche e do escárnio com a fé cristã.⁴⁵ De outro norte, sem efetuar maiores análise com relação ao possível conflito das liberdades, ou outras ponderações, manifestou-se o nobre julgador no sentido de que:

As liberdades de expressão, artística e de imprensa são primordiais e essenciais na democracia. Entretanto, não podem elas servir de desculpa ou respaldo para toda e qualquer manifestação, quando há dúvidas sobre se tratar de crítica, debate ou achincalhe. O debate consiste na troca de opiniões. A crítica na avaliação contrária a gostos ou princípios. Achincalhe consiste em desmerecer algo ou alguém por motivos subjetivos, sem medir consequências. Assim que interpreto.⁴⁶

Por fim, o relator justificou para a concessão da liminar buscada pela Associação Centro Dom Bosco que seria “mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, majoritariamente cristã, até que se julgue o mérito do Agravo, recorrer-se à cautela, para acalmar ânimos”.⁴⁷

Denota-se que na decisão acima, não se vislumbra-se uma análise com relação aos possíveis conflitos entre os Direitos Fundamentais, ou ponderações, mas ao contrário, leva-se a crer, que houve apenas um julgamento no campo axiológico de valores, o que não deve ocorrer quando da ocorrência de colisão de Direitos Fundamentais.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro- SEXTA CAMARA CÍVEL. Agravo de instrumento sob n.º 0083896-72.2019.8.19.0000

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro- SEXTA CAMARA CÍVEL. Agravo de instrumento sob n.º 0083896-72.2019.8.19.0000

⁴⁷ Idem.

Nesse sentido, se faz necessário dispor que qualquer limitação a direito fundamental necessita de uma justificativa constitucional, pois há necessidade de proteger outro direito fundamental, sob pena de tal restrição adentrar no campo da arbitrariedade, o que a princípio conduz à decisão proferida pela Sexta Câmara Civil, acima transcrita.

Cabe apontar que a decisão proferida pela Sexta Câmara Civil, fora revertida perante o Supremo Tribunal Federal, junto a medida cautelar na reclamação sob n.º 38.782⁴⁸. A decisão proferida pelo STF, entendeu que não houve ofensa à liberdade religiosa e para tanto, citou entendimento do Plenário do STF, ao julgar a ADI n.º 4.451/DF:

“[o] direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias” (Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 6/3/2019).

Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o especial de natal, “Primeira Tentação de Cristo tratou-se de uma sátira em relação a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo, e que portanto, não teria ocorrido ofensa à liberdade religiosa e que a manutenção da suspensão deferida pela sexta câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, junto ao Agravo de Instrumento sob n.º 0083896-72.2019.8.19.0000, atentaria contra o direito à liberdade de expressão.

5. Conclusões

A Constituição Brasileira de 1988 protege tanto o direito fundamental à liberdade religiosa, quanto a livre expressão e crítica, bem como a liberdade artística. Mas então aonde estar-se-ia o limite para os Direitos Fundamentais quando ambos detêm garantias e proteção constitucional? Pode-se dizer simplesmente, que os limites o seriam no respeito da

⁴⁸ BRASIL, STF. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO sob n.º 38.782

liberdade de cada um! Ou seja, nas palavras de Herbert Spencer, a “sua liberdade termina quando começa a do outro”.

A questão é que liberdade de expressão agrega outros direitos de liberdades, tais como a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa, liberdades estas que podem adentrar no campo do conflito e apesar da garantia constitucional que ambas liberdades possuem, será necessário ponderar estas liberdades a fim de que o excesso de liberdade ou a restrição de uma liberdade não venha a sufocar a outra, elas precisam coexistirem, viver em harmonia dentro do sistema que pertencem.

Portanto, as liberdades tanto de expressão como a de liberdade religiosa, são Direitos Fundamentais, mas isso não significa que o fato de deterem proteção e garantia constitucional, as eleva ao ponto de se sobrepor aos demais direitos ou uma em face da outra.

O certo que não há liberdades sem limites. Não há um direito absoluto. Aliás nenhum direito fundamental o é, pois a efetividade de um direito fundamental muitas vezes depende da eficácia de outros Direitos Fundamentais, no caso concreto, muitas vezes este direito pode ser restringindo em decorrência de uma colisão com outro direito fundamental como demonstrado através do caso concreto aqui relatado, mas tal restrição deve preservar o núcleo essencial do direito restringindo.

De outra forma, qualquer limitação à direito fundamental necessita de uma justificativa constitucional, pois há necessidade de proteger outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido, sob pena de tal restrição adentrar no campo da arbitrariedade, não bastando haver uma justificativa abstrata também há de se ter uma justificativa concreta.

Portanto, os direitos fundamentais não são absolutos e estão dentro de um sistema o qual por si só já os limita, onde cada direito fundamental desempenha um importante papel, não havendo, portanto, uma hierarquia de Direitos Fundamentais.

É equivocado apontar que o direito à liberdade religiosa é superior ao de liberdade de expressão ou vice versa, pois a Constituição Brasileira de 1988, protege tanto a liberdade de expressão quanto o direito de religião,

porém, ultrapassados os limites, a regra da proporcionalidade pode ser usada como uma ferramenta, como meio de resolução quando da ocorrência da colisão de Direitos Fundamentais.

Referências

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____.16ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ-AÇÃO CIVIL PÚBLICA n. °0332259-06.2019.8.19.0001/RJ.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO sob n.º 38.782**

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro- SEXTA CAMARA CÍVEL. Agravo de instrumento sob n.º **0083896-72.2019.8.19.0000**

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina,2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

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

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em : <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-19-25/read-article-19.html>. Acesso em 10 de abril de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A cultura dos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A liberdade de expressão**. Coimbra: Coimbra, 2002, p.741

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.

MILL, Johan Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

PORTA DOS FUNDOS. **Primeira tentação de cristo**. Disponível em :<https://www.bing.com/videos/search?q=youtube+a+primeira+tenta%C3%A7%C3%A3o+de+cristo%2c+porta+dos+fundos&docid=608042153267170878&mid=93344D99FB7BA57E2Co493344D99FB7BA57E2Co4&view=detail&FORM=VIRE>. Acesso em 12 de abril de 2020

REALE JÚNIOR. **Limites à liberdade de expressão**. Revista espaço jurídico, Florianópolis, v.11, n.2, p.;374-401, jul./dez.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

TORRES, F.C. **O direito fundamental à liberdade de expressão e a sua extensão**. Revista de informação legislativa, ano 50, n.º 200, p. 61-80, out/dez.2013. Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 12 de abril de 2020

O acesso à informação como meio de expansão das capacidades

*Sabrina Bitttheyy Cavalari de Carvalho*¹

1 Introdução

A questão que norteia o presente trabalho está atrelada a teoria de justiça escrita por John Rawls, e sequencialmente criticada e ampliada por Amartya Sen no que tange aos bens primários e a expansão das capacidades.

No desenvolvimento da pesquisa serão abordados aspectos gerais da teoria da Justiça, bem como aspectos gerais da proposta feita por Sen. Numa proposta metodológica, o trabalho divide-se em: (i) teoria geral da justiça por John Rawls, (ii) a crítica de Sen em relação a teoria dos bens primários de Rawls, e (iv) o acesso à informação como medida de expansão das capacidades.

Ainda que o trabalho desperte extremo interesse em relação a profundidade da teoria de justiça proposta por Rawls e sequencialmente debatida por Sen, o foco central da pesquisa é analisar os aspectos gerais da teoria Rawlsiana, consignando a posição original, a função do véu da ignorância, a mensagem expressada pelos dois princípios de justiça, a

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e democracia pelo Centro Universitário Autônomo Do Brasil – Unibrasil e Faculdades Integradas Do Vale Do Iguaçu – Uniguauçu, programa interinstitucional de pós-graduação em Direitos Fundamentais e democracia – Minter. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela PUC/PR, e pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto Romeo Felipe Bacellar, graduada em direito pela Universidade Dom Bosco, advogada inscrita na OAB/PR sob n. 76.395.

formação e objetivo dos bens primários e, por consequência, a formação da estrutura básica da sociedade.

Feitas as observações no tocante a teoria acima, a pesquisa se dedica a análise dos conceitos Sen, contidos na obra desigualdade reexaminada, em especial no que tange a crítica acerca dos bens primários na forma elaborada por Rawls. Ainda que no seu devido momento hajam as explicações necessárias, desde logo se esclarece que Sen comunga da teoria Rawlsiana em boa parte, mas, em relação aos bens primários, buscou aprimorar o conteúdo elaborado por aquele autor.

Assim sendo, apoiando-se na proposta de Sen acerca das capacidades como instrumento de exercício da liberdade, o último ponto da pesquisa buscará o encaixe do acesso à informação como meio hábil para a expansão das capacidades, quer seja pelo exercício da liberdade, ou pela obtenção de informações que promovem o senso autocritico do cidadão em relação a implementação de políticas públicas pelas instituições.

Ainda que não se almeje o esgotamento do tema, a presente pesquisa pretende fornecer ao seu leitor o extrato das teorias eleitas para a confecção do trabalho, de modo que o objetivo final – encaixar ao acesso à informação como meio de expansão da capacidade – seja facilmente vislumbrado.

2 Teoria da justiça por Jonh Rawls

Partindo da teoria de justiça escrita por Jonh Rawls, a qual se sustenta pela eleição de dois princípios gerais de justiça, eleitos pelos sujeitos quando ainda se encontram na posição original, surgem os bens primários como medidas de peso para avaliação dos critérios de justiça entre os sujeitos, argumento que viabiliza a classificação da sociedade em “mais favorecidos” e “menos “favorecidos”.

Antes da abordagem dos bens primários, a teoria de justiça de Rawls trabalha em torno da construção da justiça como equidade, instituindo posição geral e, por consequência, elege os dois princípios de justiça.

Segundo a teoria de Rawls, toda teoria de justiça prescinde de uma verdade. Os sujeitos elegem verdades invioláveis pautadas na justiça e essas concepções individuais nem sempre se comunicam com as concepções de bem-estar coletivo. Por outro lado, ainda que cada indivíduo tenha sensações distintas do que é justiça, é necessário um mínimo de consenso como pré-requisito para que haja vida em comunidade. Assim, partindo do consenso mínimo, as instituições passam a ter obrigações lineares com os indivíduos da sociedade e, por meio desse mínimo de consenso, as instituições trabalham de forma coordenada, eficiente e com estabilidade².

Ultrapassando o papel da justiça, Rawls passa a expor sobre o que vem a ser o objeto da justiça, de modo a inserir como objeto primário a estruturação básica da sociedade. Embora não despreze outras instituições sociais, o Autor elege as instituições que possuem maior desataque na sociedade e as analisa em relação a forma com que elas distribuem direitos e deveres fundamentais.

Sobre a concepção de justiça, Rawls³ coloca que:

Deve-se, então, considerar que uma concepção da justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Esse padrão, porém, não deve ser confundido com os princípios que definem outras virtudes, pois a estrutura básica e as organizações sociais em geral, podem ser eficientes ou ineficientes, liberais ou não liberais, e muitas outras coisas, bem como justos ou injustos. Uma concepção completa, definidora de princípios para todas as virtudes da estrutura básica, juntamente com seus respectivos pesos quando conflitantes entre elas, é mais que uma concepção da justiça; é um ideal social. Os princípios da justiça são apenas uma parte, embora talvez a parte mais importante, de uma tal concepção. Um ideal social está, por sua vez, ligado a uma concepção de sociedade. Uma visão do mundo como os objetivos e propósitos da cooperação social devem ser entendidos, as diversas concepções da justiça são o resultado de diferentes noções de sociedade e oportunidades naturais da vida humana. Para entender plenamente uma concepção da justiça precisamos explicitar a concepção de cooperação social da qual ela deriva.

² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Coleção Justiça e Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 6-7.

³ *Ibidem*. p. 10-11.

Embora a teoria enfatize a necessidade de concepções mínimas equânimes, ela também viabiliza a diferenciação entre os conceitos de justiça de acordo com os valores eleitos pela sociedade. Ou seja, ainda que cada indivíduo tenha suas concepções de justiça e que cada sociedade eleja determinados valores, há uma unicidade em relação ao que seria esse mínimo de justiça. Por essa abordagem se verifica que a justiça representa apenas uma parte do ideal de sociedade e o seu objetivo essencial é o de proporcionar equilíbrio entre as reivindicações e os princípios gerais. Por essa primeira explicação, a teoria de justiça ora apresentada leva em conta as razões kantianas e pouco conflita com as concepções tradicionais.

Embora a teoria contratualista tradicional representada por Locke, Rousseau e Kant seja extremamente relevante e respeitada, a proposta de Rawls pretende atingir um plano de abstração ainda maior, na medida em que colocará como cerne da teoria os princípios da justiça – Surge, nesse ínterim, a ideia da posição original.

No tocante a posição original, o autor colaciona⁴:

Afirmo que a posição original é *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. Esse fato delimita o conceito de “justiça como equidade”. Está claro, portanto que eu quero afirmar que uma concepção de justiça é mais razoável do que a outra, ou mais justificável no que diz respeito à “justiça como equidade”, quando as pessoas racionais na situação inicial escolhem seus princípios para o papel da preferindo-os aos de outra concepção. As concepções da justiça devem ser classificadas por ser classificadas por sua aceitabilidade perante pessoas nessas circunstâncias. Entendida dessa forma a questão da justificativa se resolve como a solução de um problema de deliberação: precisamos definir quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual. Isso associa a questão da justiça à teoria da escolha racional.

A posição original sugerida por Rawls exige que os sujeitos envolvidos exerçam uma espécie de moralidade genuína. Explica-se. Nessa concepção

⁴ *Ibidem*, p. 19.

o autor menciona que os sujeitos envolvidos haveriam de escolher os princípios norteadores de suas vidas sem saberem o que estaria por vir. Deveriam, portanto, escolher princípios não extremos e sim abrangentes, pois não poderiam prever qual posição social ocupariam na sociedade. Ou seja, é como se o estado original antecedesse a própria vida em sociedade e exigisse dos sujeitos bom senso e equilíbrio.

Por assim propor, Rawls menciona que tal concepção exige que os envolvidos participem desse processo sob o chamado véu da ignorância, que significa, em poucas palavras, eleger os princípios norteadores da sociedade sem nenhuma prevalência ou pretensão de benefício singular e sem levar em conta nenhuma conceituação valorativa objetiva, pois o subjetivismo em relação às futuras relações anula, ou ao menos coloca em risco, qualquer possibilidade de objetividade, quando do estado original.

Embutidos nesse estado originário, elegendo princípios genéricos, presume-se que essa situação propicie o estado de obtenção da igualdade, pois, envolvidos pelo véu da ignorância os sujeitos entrariam em consenso acerca dos princípios basilares da igualdade.

Partindo desse plano hipotético e abstrato, Rawls⁵ elege dois princípios para sua teoria:

Primeiro: 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. Segundo: 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 posição e cargos acessíveis a todos.

Os princípios acima descritos possuem aplicação na estrutura básica da sociedade, em especial no que tange a distribuição de direitos e deveres; tendem a assegurar as liberdades básicas que estabilizam as desigualdades econômicas e sociais. De forma abrangente, ambos os princípios refletem a necessidade de as instituições assegurarem as liberdades individuais;

⁵Ibidem, p.64.

sejam elas políticas, econômicas ou sociais. A liberdade seria, portanto, o bem de maior relevância quando da posição original, pois, é a partir das liberdades que outros direitos individuais passam a ser possíveis.

Assim, de acordo com o primeiro princípio, o conjunto de liberdades individuais básicas devem ser igualmente oportunizados à sociedade. Sobre o segundo princípio, o qual se apresenta em duas partes, tem-se a consagração da importância da igualdade no que tange a distribuição de renda, riquezas e oportunidades. Ainda no bojo do segundo princípio, em especial a sua primeira parte, tem como objetivo apresentar o princípio da diferença que se torna necessário na medida em possui o condão de regular as desigualdades sociais e econômicas da sociedade.

Na teoria de justiça proposta por Rawls, as instituições devem trabalhar no sentido de minimizar as desigualdades sociais e os princípios devem servir de fundamento das instituições. Assim, a ideia traçada pela teoria não compreende e nem admite que as pessoas nascidas sobre determinada desvantagem devem prevalecer em tal situação. A teoria almeja que, por meio dos princípios, as instituições possam igualar as oportunidades dos indivíduos de modo que os naturalmente menos favorecidos possam ter a oportunidade de alcançar os favorecidos, o que seria possível por meio da distribuição dos bens primários pelas instituições.⁶

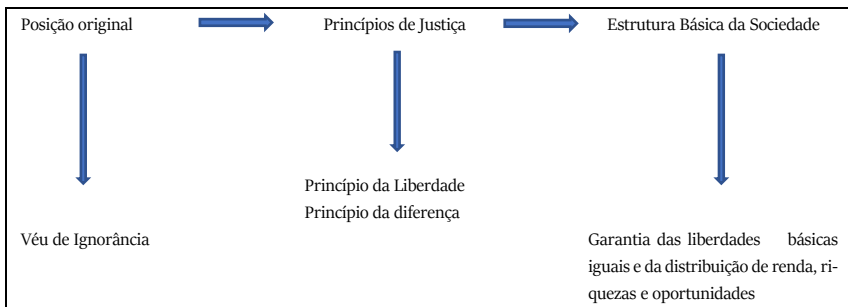
Neste viés, a teoria propõe que ao estarem na posição original, envolvidos pelo “véu da ignorância”, os sujeitos desconheceriam suas contingências naturais e sociais, optariam por princípios abrangentes que não os prejudicassem ou os colocassem em desvantagem em relação a eventuais sujeitos favorecidos. Dentro desse contexto, inclusive por um caráter de prudência e abrangência, os princípios se revelam como elementos basilares da justiça e da formação das instituições organizadas, pois devem obedecer a ordenação social que pertencem.

No conjunto açambarcado pelo segundo princípio, que revela a necessidade de igualdade de riquezas e oportunidades, o item *b* se revela como prioridade em relação ao item *a*, ou seja, primeiro se busca pela

⁶ *Ibidem*, p.122.

igualdade de riquezas, cumprindo-se com as exigências do item *b*, para então, num segundo momento, por meio do princípio da diferença, promover a equalização das desigualdades sociais.

Diante das referidas explicações, tendo em vista que Rawls considera a justiça como virtude das instituições sociais, e que no plano da posição original os sujeitos escolheriam pelos dois princípios de justiça aqui informados, os quais têm o condão de fundamentar o foco da estrutura básica das instituições mais importantes da sociedade, pode-se afirmar que a metodologia proposta pelo autor reflete a seguinte estruturação:



Por uma última consignação, a teoria de justiça de Rawls elege o princípio da diferença como alternativa a teoria utilitarista, visto que o resultado dessa teoria prioriza a maximização da felicidade e, por vezes, acaba refletindo extrema desigualdade na medida em que alguns podem ter muito, e muitos podem ter menos que o mínimo. Ainda de acordo com o autor, é necessário estabelecer critérios equânimes na formação da teoria a fim de que os extremos sejam evitados.

2.1 Os bens primários na Teoria de Rawls

A percepção acerca da necessidade dos bens primários está intrinsecamente conectada com os dois princípios de justiça que foram estabelecidos por Rawls. É ainda na posição original que a essencialidade desses bens é verificada. Na teoria do referido autor, os bens primários atuam como reflexo das expectativas da sociedade em relação ao que viria

ser justiça. Por este modo, os bens primários permitem comparações sociais entre os mais e os menos favorecidos.

Acerca da conceituação dos bens primários, no bojo da teoria de justiça, Rawls⁷ esclarece:

Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza. (um bem primário muito importante é um senso do próprio valor, mas a título de simplificação deixo esse item de lado, para retomá-lo bem mais tarde, no §67). Parece evidente que, em geral, essas coisas correspondem à descrição dos bens primários. São bens sociais em vista de sua ligação com a estrutura básica; as liberdades e oportunidades são definidas pelas regras das instituições mais importantes, e a distribuição de renda e riqueza é por elas regulada.

No mesmo sentido, a teoria coloca de forma simplificada que a questão dos bens primários está intimamente ligada com as expectativas dos sujeitos em relação ao que eles preferem e desejam. Ou seja, é como se os sujeitos elessem uma coisa ou benefício em relação a outra e, sob essa perspectiva, formam-se as conceituações acerca do que viriam a ser os bens primários.

Como sentimento necessário à fundamentação dos bens primários, Rawls estabelece o autorrespeito – compatível com autoestima – como item de maior relevância, posto que por meio dele o indivíduo é capaz de ter respeito a si próprio bem como passa a acreditar nas suas habilidades e respectivo potencial.

Neste sentido, cita-se:

Em várias ocasiões, mencionei que talvez o mais importante bem primário seja a auto-estima [sic]. Devemos ter certeza de que a concepção do bem como racionalidade explica esse fato. Podemos definir o respeito a si próprio (ou auto-estima) como tendo dois aspectos. Em primeiro lugar, como já notamos anteriormente (§29) inclui o senso que a pessoa tem de seu próprio valor, a sua sólida convicção do bem, o seu plano de vida. Em segundo lugar, a auto-estima implica uma confiança em nossa habilidade, na medida em que isso

⁷ *Ibidem*, p.98

estiver em nosso poder, de realizar nossas intenções. Quando sentimos que nossos planos têm pouco valor, somos incapazes de provê-los com satisfação e sentir prazer com a sua execução. Nem podemos insistir em nossos esforços quando estamos ameaçados pelo fracasso ou pela dúvida em a nós mesmos. Fica claro, então, o motivo por que a auto-estima é um bem primário. Sem ele, nenhuma atividade pode valer a pena, ou, se algumas coisas têm valor para nós, falta-nos a força para lutar por elas.

Rawls aproveita o ensejo da necessidade da autoestima para além da fundamentação dos bens primários e a coloca como razão de credibilidade para a teoria de justiça, pois adiciona que ao ocuparem a posição original, as partes teriam como desejo rechaçar condições sociais que sabotariam a autoestima.

Em assim sendo, adotar a autoestima ao invés de outros princípios torna a teoria da justiça como equidade ainda mais palpável e razoável. Consignar os bens primários na construção da estrutura da sociedade é dizer que aos indivíduos serão ofertados os meios para que eles realizem os seus desejos.

Em pontos objetivos, a estrutura básica da sociedade deve ser fundamentada no conjunto de direitos, liberdades e oportunidades - incluindo renda e riqueza - de modo a enaltecer a autoestima, pois, como os bens primários refletem coisas que todos estimam ter, eles acabam oportunizando aos sujeitos a realização do bem-estar individual e do plano de vida.

Tendo em vista a continuidade dos estudos dos bens primários por Rawls, em 1982, em conjunto com outros autores, ele publicou artigo buscando objetivar o que seriam os bens primários, propondo uma listagem: (i) as liberdades básicas, (ii) liberdade de movimento e de emprego e oportunidades variadas, (iv) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica, (v) renda e riqueza e (vi) autoestima.⁸

⁸ RAWLS, John. Social Unity and Primary Goods. In: **Utilitarianism and Beyond**. SEM, Amartya, WILLIAMS, Bernard. Cambridge University Press, p. 159-185, 1982. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptR&lr=&id=w4WpmlWqu7QC&oi=fnd&pg=PR7&dq=utilitarianism+and+beyond&ots=3KKFyAv9KG&sig=cp5stU_UcQ9QoTZi6gGw1YqdB3Fw#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 fev. 2019.

Além dessa consignação mais objetiva, Rawls também propôs alguns bens primários naturais, os quais contemplam a saúde, os talentos e a beleza⁹. Ainda que haja a classificação dos bens primários em naturais e sociais, os sociais se destacam em relação aos naturais por conta do resultado que eles podem trazer, no que tange a mensuração as desigualdades sociais. Nessas condições os bens naturais não participam da teoria da justiça distributiva, pois não contribuem com a metodologia exercida pelo princípio da diferença.

3. Crítica de Sen em relação a Teoria de Rawls

Em relação a teoria dos bens primários de Rawls, uma das críticas mais exploradas nos meios acadêmicos foi elaborada por Amartya Sen, economista indiano, Nobel em economia em virtude das suas contribuições em relação a teoria do bem-estar. Ainda que Sen comungue da teoria Rawlsiana, por pertencer aos contemporâneos liberais igualitários, a crítica feita por ele em relação aos bens primários demonstra que não há unicidade absoluta sobre os critérios de igualdade no contexto de uma teoria de justiça distributiva.

Quando Sen escreveu a obra *desigualdade reexaminada*, duas perguntas fundamentais foram feitas logo no início da obra: (i) Por que a Igualdade? e (ii) Igualdade de quê?¹⁰

Diante de tais indagações, Sen também adicionou que avaliações aleatórias acerca da igualdade, pois é necessário eger o item a ser avaliado sob o aspecto de igualdade, como por exemplo igualdade de gênero, salário, valores, oportunidades entre outros. Mas antes de entrar na abordagem dos bens primários e dos critérios de igualdade, Sen coloca a ótica utilitarista da seguinte maneira¹¹:

⁹ RAWLS, John. **Teoria...**, p. 69.

¹⁰ SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 43.

¹¹ *Ibidem*, p.44.

Mas o que dizer do utilitarismo? Certamente, os utilitaristas em geral não querem a igualdade das utilidades desfrutadas por diferentes pessoas. A fórmula utilitarista requer a maximização da soma total das utilidades de todas as pessoas tomadas em conjunto, e isso é, num sentido claro, particularmente igualitário. Na verdade, a igualdade que o utilitarismo busca assume a forma do tratamento igual dos seres humanos no espaço de ganhos e perdas das utilidades. Dá-se ênfase aos pesos iguais dos ganhos de utilidade de todas as pessoas na função objetivo utilitarista.

Voltando às questões iniciais de Sen, toda teoria que pretende se perpetuar no tempo, ou até mesmo aquelas que já se perpetuaram, foram traçadas com base em alguma igualdade, ou seja, sempre houve a necessidade de envolver a igualdade nas teorias de maior credibilidade.

Embora a afirmação acima transpareça certa conectividade entre as teorias que se fundamentam na igualdade, não é adequada a interpretação de que haja unicidade. Sen, constrói com bastante clareza que para responder as duas questões iniciais sobre a avaliação da igualdade é imprescindível realizar a eleição e alguns conceitos.

Como ponto de partida o autor salienta a importância de escolher o espaço pelo qual a avaliação da igualdade será feita e, dentro desse aspecto, levar em conta a tradição ali exercida. Feita a escolha do espaço particularmente importante, torna-se viável a abordagem da igualdade. Mas, além de tal requisito, a igualdade apresenta as seguintes essencialidades: (i) pode ser substantiva e substancial, (ii) após fixado o contexto de avaliação, a igualdade pode ser uma exigência rigorosa e vigorosa, (iii) avaliação de acordo com a pluralidade e diversidade, de modo que as vantagens de diferentes pessoas possam ser avaliadas.¹²

Ainda em destaque, Sen revela que a promoção de igualdades formais ou instrumentais nem sempre gera o resultado de igualdade. O autor explica que devido as características individuais de cada um, somadas as peculiaridades culturais, climáticas, sociais e epistemológicas, chegasse aos conceitos de desigualdades. Ou seja, sempre que eu escolher

¹² Ibidem, p. 55.

determinado espaço para avaliação da igualdade, haverá a constatação de desigualdade em relação a outro espaço. Como exemplo, poderíamos distribuir a mesma quantidade de renda a duas pessoas e entender como uma igualdade, afinal não houve diferença no valor percebido por cada uma delas.

Todavia, se uma dessas pessoas possuir deficiência física, logo ela não desfrutará do valor econômico percebido com o mesmo potencial daquela que não possui nenhuma. Com tal observação, a reflexão revela que a pluralidade de variáveis que podem ser focalizadas é crucial para a análise das desigualdades. Dentro dessa semântica, fica constatada o que Sen vem a nomear de igualdade basal, que é justamente a avaliação da igualdade frente a determinado espaço de importância. Assim sendo, no bojo dessa perspectiva, houve o direcionamento da liberdade em busca do bem-estar de terceiros, e não individual.

De encontro com o que vem a ser os bens primário na visão de Sen, importante estabelecer as diferenças existentes entre bem-estar, liberdade e capacidade de agente, até porque tal distinção se coliga com a última parte desse trabalho, a qual pretende conjecturar o acesso à informação como bem primário.

Quando Sen inicia a diferenciação entre “liberdade da condição de agente” e “liberdade de bem-estar”, quer ele dizer¹³:

A realização a condição de agente de uma pessoa refere-se á realização de objetivos e valores que ela tem razão para buscar, estejam eles conectados ou não ao seu próprio bem-estar. Uma pessoa como agente não necessita ser guiada somente por seu próprio bem-estar, e a realização da condição de agente refere-se ao seu êxito na busca da totalidade de seus objetivos e finalidades ponderadas. Se uma pessoa almeja, digamos, a independência de seu país, ou a prosperidade da sua comunidade, ou algum outro objetivo geral, sua realização da condição de agente envolveria a avaliação de estado de coisas á luz desses objetivos, e não meramente à luz da extensão na qual essas realizações contribuiriam para seu próprio bem-estar.

¹³ Ibidem, p. 66.

Deste modo, a condição de agente corresponde à capacidade de realização individual dos indivíduos frente aos seus objetivos singulares, é como se fosse o sentimento de desejo e expectativa particular do sujeito. Já no que tange a capacidade de bem-estar, seria ela o bem-estar comum a todos os indivíduos, algo que revela a intenção macro do que seria coletivamente bom para a sociedade. Vejamos que o autor faz a clara diferenciação entre a vontade individual e a suposta imposição de bem-estar.

Ao alinharmos as duas condições, por óbvio que encontramos concorrência entre elas, pois, uma situação é representada pelo valor que a pessoa concede a determinada coisa, sendo que essa valoração é motivada pela vontade, sonho e anseio do indivíduo – aqui o caráter instrumental do agente é enaltecido, visto que o próprio indivíduo realiza a sua pretensão. Já na outra ponta, temos a situação em que o indivíduo emprega valor a coisa, mas não precisa empenhar o seu esforço, pois aquilo irá acontecer de forma independente.¹⁴

Como último ponto antes dos bens primários, Sen aborda a questão da liberdade no sentido de que nem sempre ter liberdade significa ser livre. O autor trabalha a questão da condição de agente no sentido de explicar que quanto maior o grau de liberdade, maior é a possibilidade do indivíduo reduzir o seu bem-estar – lembrando que neste caso o bem-estar reflete a ótica abrangente do que seria bom dentro do aspecto de coletividade.

O Autor também reflete que o alto nível de liberdade pode acabar complicando a vida do indivíduo, na medida em que ele passa a ser responsável por todas escolhas, não há, portanto, a imposição em relação a nenhuma conduta e isso remove a sensação de calma da vida cotidiana. O sujeito passa a ter que decidir exatamente sobre tudo. Ainda no contexto da liberdade, importante frisar que o controle em relação a determinadas situações não significa a redução da liberdade do indivíduo, mas talvez uma ótica de preservar os padrões que são estabelecidos ou até mesmo o cumprimento das normas estabelecidas na sociedade – como exemplo

¹⁴ Ibidem, p. 105.

ficaria o revisor ortográfico de livros, onde a liberdade de expressão do autor é preservada, mas ocorre a incidência do controle de revisão pelo corretor gramatical.

De acordo com as breves explicações, vemos na teoria de Sen uma preocupação maior com os resultados e não apenas com a concessão de determinado benefício. Por adotar essa perspectiva, a crítica a deste autor em relação a teoria de justiça de Rawls acaba por se fundamentar com certa propriedade.

Na medida em que Rawls coloca os bens primários como meios para liberdade, bem como menciona que os bens primários se consignam naquilo em que os indivíduos preferem, Sen fundamenta a sua teoria em dois conceitos fundamentais: “funcionamento” e “capacidades”. Por meio deles o autor propõe a avaliação do bem-estar social de forma efetiva.

Em relação aos conceitos, o “funcionamento” possui relação com a noção de realização, e as capacidades, fundamento central da teoria de Sen, pode ser significada como a liberdade de escolha do indivíduo.¹⁵

Para ilustrar sua teoria, Sen¹⁶ exemplifica com a seguinte situação:

Jejuar como funcionamento não apenas passar fome; é escolher passar fome quando se têm outras opções. No exame do bem-estar realizado de uma pessoa que passa fome, é de interesse direto saber se ela está jejuando ou simplesmente não tem os meios para obter comida suficiente. Similarmente, escolher um estilo de vida não significa exatamente o mesmo que ter esse estilo sem importar como foi escolhido, e o bem-estar de alguém depende de como seu estilo de vida veio a emergir.

Além da exemplificação dos estados acima, que refletem a capacidade do sujeito em jejuar em oposição ao sujeito que passa fome por não ter acesso a alimentação, o autor coloca a sua teoria em exemplo com a

¹⁵ Ibidem, p.136.

¹⁶ Ibidem, p.92.

possibilidade do sujeito poder escolher contrair determinada doença ao invés de se submeter a vacinação – caso de malária, por exemplo.

Por meio dos exemplos acima, o autor evidencia a crítica feita a teoria de Rawls, na medida em que o funcionamento focalizado não pode servir como medida do bem-estar, situação que potencializa a necessidade da avaliação das capacidades do sujeito.

Numa proposta de conceituação dos bens primários Sen colaciona que os “bens primários são, portanto, meios para qualquer propósito ou recursos úteis para a busca de diferentes concepções do bem que os indivíduos podem ter”¹⁷. O autor ainda coloca que nem os bens primários, nem os recursos – nomenclatura utilizada por Dworkin para definição de bens primários - são capazes de representar o poder da capacidade.

Assim, sabendo que na teoria crítica de Sen as capacidades correspondem ao elemento de maior relevância, no que tange a avaliação do bem-estar social, posto que o autor compara capacidade com o poder de liberdade de escolha, passemos a analisar a viabilidade de conjecturar o latente acesso à informação como instrumento hábil a expansão das capacidades.

4. O acesso à informação como medida de expansão das capacidades

Passadas as discussões filosóficas acerca do que seriam os bens primários, e, por razões metodológicas para fins deste breve estudo, filiando-se a teoria crítica de Sen, entende-se que o atual acesso à informação tem relação com a expansão da capacidade dos sujeitos. Quer seja pela quantidade de informações ofertadas aos indivíduos ou pela capacidade de transparência e fiscalização que ela disponibiliza à sociedade de modo geral.

¹⁷ Ibidem, p.136.

Com previsão na constituição Federal brasileira, o acesso à informação possui amparo no art. 5º, incisos XIV e XXXIII¹⁸:

Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

Tendo em vista que a CF/BR de 1988 adotou o regime de Estado democrático, o acesso à informação e a transparência se revelam como direitos ao cidadão e como dever da administração pública em assim presta-los. Frise-se, por oportuno, para que não hajam dúvidas, que o acesso á informação na forma mencionada por este trabalho se refere à informação advinda do poder público.

De acordo com previsão constitucional a regra é que o estado preste informações aos cidadãos de forma clara, eficiente e ágil, ficando o sigilo informacional como exceção. Na medida em que o Estado colaciona no texto constitucional o acesso à informação como dever da administração publica ele concede, ao mesmo tempo, um instrumento de grande capacitação ao cidadão, posto que por este viés a democracia pode ser exercida no sentido fiscalizatório e não apenas na forma representativa, como habitualmente a vemos.

Além do amparo constitucional, com o intuito de impor eficácia ao dispositivo originário, adveio a lei de acesso à Informação - Lei 12.527/2012, conhecida por LAI, ela possui o propósito de regulamentar o direito a informações públicas de forma eficiente. Em critérios de

¹⁸BRASIL. **Constituição federal brasileira de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 21 fev. 2019.

abrangência, a LAI vislumbra que o fornecimento de informações seja realizado por órgãos da administração direta e indireta, ou seja, por todos os órgãos, por todos os poderes e pela administração pública – abrangendo também as entidades privadas sem fins lucrativos que possam vir a receber recursos públicos.

Como princípios norteadores da lei infraconstitucional o legislador estabeleceu: princípio da transparência ativa e a obrigação de publicar, princípio da abertura de dados, princípio da promoção do governo aberto e princípio da criação de procedimentos que facilitem o acesso.

De modo geral, a LAI prescreve com clareza a necessidade de os entes públicos fornecerem as informações de modo ativo, ou seja, sem que o cidadão tenha que fazer qualquer pedido. Todavia, como algumas instituições não possuem a estrutura necessária para publicação de dados, tal como o portal da transparência, a Lei oportuniza ao cidadão o direito de exigir informações - o que preenche o caráter passivo da LAI.

Nesse sentido a legislação dispõe que:

Art. 3º. “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: (...)

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

Além de tal previsão, a LAI¹⁹ também estabelece os requisitos mínimos para que as informações sejam entendíveis e claras. Vejamos:

Art. 8º. “É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”.

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm Acesso em: 21 fev. 2019.

- II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
- III – registros das despesas;
- IV – informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;
- V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades e;
- VI – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

Em caso de não cumprimento espontâneo, a LAI oferta ao cidadão o pedido de acesso a informação de forma instrumentalizada e procedimentada, na medida em que todos os entes públicos envolvidos devem dispor ao cidadão o meio pelo qual o pedido de acesso deve ser feito. Por ocasião,

A LAI definiu também, em seu texto, o canal obrigatório para a divulgação das iniciativas de Transparência Ativa: a Internet. Tal obrigatoriedade está insculpida no § 20 do artigo 8º da Lei²⁰:

§ 2º. “Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)”.

Partindo desta breve explicação, tendo como base o texto constitucional e a LAI, podemos objetivar a construção de emplacar o acesso à informação como recurso hábil a expansão da capacidade.

De acordo com a teoria de Sen, a qual nos serve como fonte neste momento, quanto maior for a capacidade do indivíduo em relação a determinada situação, maior será a sua liberdade em exercer o seu poder de escolha.

Justamente por compreender que a capacidade é o valor adequado na promoção da capacidade e da liberdade, busca-se por esse suscinto trabalho colacionar o acesso à informação como fonte de capacitação dos indivíduos em relação ao exercício da democracia e a fiscalização da implementação das políticas públicas.

²⁰ Idem.

Fornecer ao cidadão informações advindas da administração pública, além de empregar transparência aos resultados do trabalho das instituições, viabiliza o esclarecimento, a formação de pensamento, a validação de opiniões e sensações acerca do desempenho da administração pública. Deste modo, a liberdade do indivíduo, representada pela capacidade do conhecimento, será revertida na permissão que ele terá em relação ao exercício da democracia.

5. Considerações finais

Seguindo a proposta inicialmente expressada na introdução, o deslinde da presente pesquisa possibilitou observações que até então não eram vistas. Ao estudar a teoria de justiça Rawls, foi possível verificar que a justiça como equidade tem por objetivo igualar os indivíduos que desfrutarão da própria teoria. O véu da ignorância como elemento essencial da posição original viabiliza justamente a equidade e o bom senso na eleição dos princípios de justiça. Já os princípios, que refletem as liberdades, a igualdade de oportunidades e fundamentam a existência e aplicabilidade do princípio da diferença, formam a estrutura básica da sociedade.

Passando pela teoria proposta por Sen, foi possível verificar que os autores por muitos momentos são complementares, mas Sen, do ponto de vista desta pesquisa, acaba sendo mais assertivo quando aborda os bens primários com base na expansão das capacidades.

Partindo de tal sinergia, o acesso a informação se encaixou como elemento de capaz de expandir as capacidades na medida em que oferta e oportuniza ao cidadão instrumentos/elementos que promovem o exercício da liberdade de forma concreta, embasada e justificada.

Ainda com apoio na teoria de Sen, é possível dizer que o acesso à informação é medida que se impõe no que tange a concretização da liberdade, especialmente pelo resultado que o cidadão pode almejar com base nos dados disponibilizados. O exercício da fiscalização da administração pública passa a ser descentralizado e exercido por qualquer cidadão. Além

de informação, a transparência acarreta às instituições o peso de agir conforme a lei determina – agir em *compliance* - pois a qualquer momento os dados de caráter público podem ser acessados, checados e indagados por qualquer cidadão.

Referencias

BRASIL. **Constituição federal brasileira de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 21 fev. 2019.

_____. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em: 21 fev. 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Coleção Justiça e Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 6-7.

_____. John. Social Unity and Primary Goods. In: **Utilitarianism and Beyond**. SEM, Amartya, WILLIAMS, Bernard. Cambridge Univesity Press, p.159-185, 1982. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptR&lr=&id=w4WpmLwqu7QC&oi=fnd&pg=PR7&dq=utilitarianism+and+beyond&ots=3KKFyAv9KG&sig=cp5sU_UeQ9QoTZi6gGw1YqdB3Fw#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 fev. 2019.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 43

_____. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em: 21 fev. 2019.

Poder de polícia e a proibição da eutanásia no Brasil ¹

Tairini Passarini ²

1. Introdução

Discute-se acerca da autonomia do cidadão em uma sociedade plural para tomar decisões sobre seu próprio corpo e modo de viver. O Estado, buscado o bem comum, regulamenta determinadas atitudes e escolhas pessoais, priorizando o bem-estar geral ao invés do individual.

No presente artigo será aventada a eutanásia e sua regulamentação, atualmente feita por meio de poder de polícia administrativa, o que implica em um conflito por tratar-se de tema que deveria ser legislado na Constituição Federal, e não pelo Conselho Federal de Medicina.

No primeiro capítulo será feita uma análise do que se denomina poder de polícia administrativo, buscando apresentar o conceito adotado para estudo e a maneira como este interfere na vida do cidadão e suas escolhas e modo de vida ideal.

Em sequência adentraremos ao estudo da autonomia da vontade, bem como sua subjetividade de acordo com o contexto vivido pelo ser humano e o período e época em questão, além da sua vinculação com o poder de decidir acerca da melhor opção para si.

¹ Trabalho apresentado em cumprimento às exigências da disciplina Administração pública, democracia e Direitos Fundamentais. Professora Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU. Agosto de 2019.

² Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Vale do Iguaçu - UNIGUAÇU (2013). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia no programa de Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU.

Por derradeiro, será analisada a questão da eutanásia, a regulamentação atual e seu conceito, além da diferenciação entre ortotanásia e distanásia, tratando do Conselho Federal de Medicina e suas diretrizes e regulamentações acerca do tema, vinculando-o ao poder de polícia administrativa.

2. Poder de polícia administrativa

De maneira didática, o poder de polícia administrativa pode ser conceituado como um meio:

“através do qual a Administração exerce suas prerrogativas sobre as atividades dos particulares para que elas se adequem ou possam bem servir ao bem-estar social. Trata-se, portanto, de uma modalidade possível e legal de intervenção na atuação dos administrados visando a paz e o bem-estar da coletividade.”³

Nessa toada, o poder de polícia administrativa deve intervir de maneira reguladora em situações e fenômenos onde seja necessário, e nunca mutilar a essência de direitos, sendo portanto uma “*restrição administrativa à esfera de exercício de Direitos Fundamentais de propriedade e de liberdade, colimando viabilizar, ordenadamente, o convívio de iniciativas não raro antagônicas entre si*”⁴.

Frisa Juarez Freitas que mesmo pessoas jurídicas integrantes da administração pública e pessoas jurídicas de direito público podem observar restrições características do poder de polícia administrativa, já que a administração pública pode ter sua atividade limitada em função do direito fundamental em tela e seu caráter vinculante⁵, sendo necessário ter em

³ GOUDINHO, Jéferson; BERWIG, Aldemir. Poder de polícia, direitos humanos e atuação administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, dez 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19959&revista_caderno=29>. Acesso em maio 2019.

⁴ FREITAS, Juarez. *Discrecionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. – Editora Malheiros

⁵ FREITAS, Juarez. *Discrecionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. – Editora Malheiros

vista que “*toda restrição deve assegurar a efetividade do comando legal que a prevê, sem prejuízo da aplicabilidade direta e imediata do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais das várias dimensões*”⁶, sendo um dos critérios essenciais do poder de polícia administrativa a impossibilidade de este acarretar dano injusto quando do seu exercício regular.

Seguindo a conceituação de Justen Filho, de que “*o poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de Direitos Fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade*” o poder de polícia deve ser utilizado com a finalidade de evitar que o uso da liberdade e da propriedade cause danos à coletividade, sendo necessário que se estabeleça uma delimitação a tal atuação, a qual estará contida na lei e no princípio da proporcionalidade, devendo ser determinadas em alusão ao caso concreto que se estude, sob pena de ocorrer a chamada desnaturação da limitação, que é quando as limitações acabam produzindo efeitos exagerados⁷.

Ainda nesse sentido, Juarez Freitas aponta como definição de poder de polícia administrativa com foco nos Direitos Fundamentais:

“o exercício motivado de uma competência (não mera faculdade) que consiste em regular, restringir ou limitar administrativamente, de modo legal e legítimo, o exercício dos Direitos Fundamentais de propriedade e de liberdade, de maneira a obter, mais positiva que negativamente, uma ordem pública capaz de viabilizar o direito fundamental à boa administração pública, sem render ensejo à indenização, por não impor dano injusto”⁸

Considera-se portanto que o poder de polícia administrativa visa proteger e harmonizar os Direitos Fundamentais, no âmbito da prevenção,

⁶ FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. – Editora Malheiros - página 92

⁷ GOUDINHO, Jéferson; BERWIG, Aldemir. Poder de polícia, direitos humanos e atuação administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, dez 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19959&revista_caderno=29>. Acesso em maio 2019.

⁸ FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. – Editora Malheiros

precaução ou pressuposto de fato⁹, o que se relaciona com a autonomia da vontade na medida em que esta está diretamente vinculada à dignidade da pessoa humana. No entanto, não há como se falar em caráter absoluto da autonomia da vontade, visto que deve-se priorizar a sociedade ao indivíduo.

Desta égide, deve-se ainda considerar o surgimento de situações novas e não previstas em lei, propiciadas pela própria liberdade de agir dos indivíduos, o que pode causar novas situações de interesse do poder de polícia, que poderá ser aplicado tendo em vista os princípios jurídicos fundamentais, gatilho de ativação do poder de polícia administrativa¹⁰.

Embora o poder de polícia administrativa seja pautado no interesse social, este não deve ser visto como ilimitado, já que deve seguir todos os pressupostos do ato administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, deve-se analisar o interesse público, norteador das atividades da administração, colocando em primazia a coletividade¹¹. Portanto, a autonomia da vontade, também sujeita a limitações, será válida apenas quando não causar prejuízo a outrem ou à coletividade.

Frisa-se que a restrição do direito fundamental não pode descaracterizá-lo ou aniquilá-lo, inviabilizando seu exercício na vida social, logo, deve-se analisar, conforme anteriormente dito, o núcleo essencial e a máxima proporcionalidade¹².

Frequentemente Direitos Fundamentais colidem entre si (a título exemplificativo: liberdade de expressão e informação e direito à privacidade), sendo necessário que seja exercida a harmonização destes, o que

⁹ FARIAS, Edilson. Restrição de Direitos Fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 67-82, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416>>. Acesso em: 15 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

¹⁰ GOUDINHO, Jéferson; BERWIG, Aldemir. Poder de polícia, direitos humanos e atuação administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, dez 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19959&revista_caderno=29>. Acesso em maio 2019.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹² FARIAS, Edilson. Restrição de Direitos Fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 67-82, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416>>. Acesso em: 15 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

pode ser feito por meio da determinação ou regulação mais precisa do âmbito desses direitos¹³.

Desta feita, extrai-se que é possível que o poder de polícia administrativa limite o princípio da autonomia da vontade, desde que isso seja feito em prol da sociedade, ou visando proteger Direitos Fundamentais e constitucionais, de maneira que o interesse coletivo seja priorizado.

3. Autonomia da vontade

Com o advento do Estado pós-moderno houveram algumas mudanças de conceituação nas ciências sociais, dentre elas o direito, que está intimamente atrelado às mudanças civis, econômicas, políticas e sociais e a velocidade acelerada com que estas ocorrem. A mudança no fluxo das informações atingiu também o conceito de autonomia da vontade, que, no liberalismo estava estritamente relacionada com a soberania absoluta dos particulares, princípio que hoje nomeia-se por autonomia privada¹⁴.

Identificam-se as bases do princípio da autonomia da vontade na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, onde definia-se o homem como um sujeito central do direito, sendo que sua vontade devia ser livre e respeitada pelo Estado, que intervia de maneira mínima na esfera particular¹⁵. No entanto, conforme mencionado anteriormente, houve uma evolução do conceito, que é atualmente vinculado especialmente aos Direitos Fundamentais.

A fim de que seja delimitado o conceito de autonomia da vontade, dar-se-á início ao tratamento das palavras autonomia e vontade, vinculando-as.

¹³ FARIAS, Edilson. Restrição de Direitos Fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 67-82, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416>>. Acesso em: 15 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/10.5007/10.5007/10.5007/10.5007>.

¹⁴ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em maio 2019.

¹⁵ GALVÃO, Camilla. Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade? – Disponível em: <https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>. Acesso em maio 2019

O vocábulo “vontade” designa a faculdade do ser humano de querer, escolher, praticar ou deixar de praticar determinados atos, visando seu benefício ou sua individualidade¹⁶. Ainda, nesse sentido, cabe a delimitação entre vontade psicológica e vontade jurídica:

Francisco dos Santos Amaral Neto não deixa de chamar a atenção sobre as diferenças entre a vontade psicológica e a vontade jurídica, sobre a autonomia da vontade e autonomia privada, lembrando que a "vontade psicológica e a vontade jurídica não são, porém, coincidentes. Enquanto que a psicologia conhece a vontade como 'tipo especial de tendência psíquica, associada a representação consciente de um fim e de meios eficientes para realizá-lo', estudando-a no campo do ser, o direito aprecia-a no campo do dever-ser, no campo da dogmática jurídica, reconhecendo-a como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo"⁽⁵⁾ .¹⁷

A palavra autonomia, por sua vez, pode ser definida em sentido amplo como “a condição de uma pessoa, ou de um grupo de pessoas, se determinar por si mesmo, ou seja, de se conduzir por suas próprias leis, por auto-regulamentação ou auto-regramento”¹⁸. Tem, portanto, profundos laços com a noção de liberdade. Também, autonomia, no seu sentido técnico-político, é definida como “a capacidade de auto-administração, autogoverno e auto-organização”¹⁹.

Infere-se portanto que a autonomia da vontade é diretamente relacionada aos Direitos Fundamentais, diferentemente da autonomia privada, destacando-se a estrita vinculação com a dignidade da pessoa humana, já que praticar os atos que deseja sem ferir a outrem é garantia do cidadão. Nesse sentido, a “*autonomia da vontade possui uma acepção intangível ou*

¹⁶ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em maio 2019.

¹⁷ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. – Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 2000.

¹⁸ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. – Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 2000.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 16ª Edição. – Editora Lumens Juris, Rio de Janeiro, 2006.

*psicológica, na medida em que se foca na demonstração da disposição interna do sujeito de direitos, ou seja, sua genuína aspiração*²⁰.

Pode-se estabelecer limitações a autonomia da vontade ao se tratar da dignidade da pessoa humana, visto que é dever do Estado proteger o cidadão vulnerável mesmo na atuação privada, estando a liberdade e a autonomia da vontade condicionadas ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, note-se que a limitação é feita em decorrência da existência de outros valores constitucionais e interesses públicos, não ocorrendo de maneira discricionária, com fim de promover interesses relevantes à sociedade e aplicar os princípios da Constituição Federal²¹.

Destaca-se:

“Na teoria da autonomia da vontade, esta só será autônoma na medida em que se determinar pela sua essência, pela própria lei que contém em si, sem qualquer relação com os objetos a que se dirige. A vontade se legitima na razão pura, na abstração, no racionalismo que tudo pode e tudo governa. É o ser racional bastando-se a si próprio”²²

De maneira clara, define-se a autonomia da vontade como a capacidade do particular de solucionar seus conflitos, buscando atingir uma finalidade. Acerca da sua estreita relação com a liberdade, explana-se:

"A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. A autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo

²⁰ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em maio 2019.

²¹ RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em maio 2019.

²² GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. – Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 200

disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada; autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo psicológico, e autonomia privada, o poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas"(6) .²³

A autonomia da vontade é também vinculada ao conceito de interesse público, o qual deve, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, se sobressair sobre o privado, vez que o Poder Público está em situação de comando, de autoridade, sobre os particulares, sendo essa condição necessária para que este possa gerir os interesses postos em conflito, sempre atentando à supremacia do interesse coletivo sobre o privado²⁴, o que envolve por sua vez o poder de polícia administrativa.

Impende mencionar que a autonomia da vontade pode envolver, portanto, a vinculação de pessoas, como no caso dos contratos firmados entre particulares, mas não está restrita a esta atividade, sendo o conceito amplo e essencial em diversas áreas do conhecimento, tais quais sociologia, filosofia e ética.

4. Eutanásia: regulamentação

Antes de adentrar a questão do poder de polícia administrativa em confronto com a autonomia da vontade nas questões envolvendo eutanásia, ortotanásia e distanásia, cabe fazer uma pequena distinção destas.

O vocábulo eutanásia significa morte sem dor, uma prática utilizada para abreviar a vida e evitar sofrimento desnecessário ao paciente. Distanásia, por sua vez, é conceituada como uma morte difícil ou penosa, indicando o prolongamento do processo de morte vez que estende a vida biológica do paciente, muitas vezes sem qualidade de vida ou dignidade

²³ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. – Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 200

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

humana. Por derradeiro, ortotanásia é a “morte correta”, onde não ocorre o prolongamento da vida do paciente artificialmente²⁵.

A eutanásia, portanto, ocorrerá em situações onde a morte for provocada em pacientes que sofrem de doenças terminais, incuráveis e que causem grande sofrimento, antecipando o processo de morte. É movida pela compaixão ou piedade. Ainda, “este termo foi criado no século XVII, em 1623, pelo filósofo Francis Bacon, como sendo o tratamento adequado para as doenças incuráveis, entendido como uma boa morte.”²⁶. No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão para a eutanásia, sendo portanto considerado conduta típica abreviar a vida de pacientes²⁷.

Já a ortotanásia e a distanásia são consideradas condutas atípicas na legislação brasileira, notando-se que apenas médicos podem praticar a ortotanásia, não estando obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste, e infligindo-lhe mais sofrimento, devendo agir para amenizá-lo, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte²⁸.

O tema relaciona-se diretamente com a autonomia da vontade, na medida em que esse princípio é um dos nortes da bioética, tendo o ser humano, na qualidade de paciente, o direito de proteger sua própria inviolabilidade física e psíquica, conduzindo o que pode ser feito com seu próprio corpo, faculdade que reside na racionalidade do próprio homem e em sua liberdade²⁹.

Destaca-se:

²⁵ Zirleide Carlos Felix, Solange Fátima Geraldo da Costa, Adriana Marques Pereira de Melo Alves, Cristiani Garrido de Andrade, Marcella Costa Souto Duarte, Fabiana Medeiros de Brito – Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura. – Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csc/2013.v18n9/2733-2746/pt> - Acesso em mai 2019

²⁶ Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/565/538 - Acesso em mai 2019

²⁷ Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87732/qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia> - Acesso em mai 2019

²⁸ Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87732/qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia> - acesso em mai 2019

²⁹ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. – Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 2000.

“A autonomia não dispensa a capacidade para expressá-la. Há situações em que o paciente se torna incapaz de decisões instantes, como nos estados de inconsciência em geral, justificando o surgimento dos *testamentos vitais* e das *diretivas antecipadas*, instrumentos de manifestação de vontade para o futuro, com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica.”³⁰

Alexandre de Moraes leciona que não é autorizado pelo ordenamento jurídico a eutanásia passiva ou ativa. Esclarece ainda que:

“O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia, ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios.”³¹

O Conselho Federal de Medicina, por meio do seu Código de Ética Médica, dispõe sobre as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, citando que estas devem se submeter ao preconizado na Constituição³².

Ocorre que, o artigo 41 do Código de Ética Médica dispõe:

“Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em

³⁰ RIBEIRO, Diaulas Costa - Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. - Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csp/2006.v22n8/1749-1754/pt> - acesso em mai 2019

³¹ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais : teoria geral, comentada aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência / Alexandre de Moraes - 5ª Ed. - São Paulo : Atlas, 2003 (Coleção temas jurídicos ; 3)

³² Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm - Acesso em junho 2019

consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”³³

Infere-se que o Conselho Federal de Medicina faz uso equivocado do poder de polícia administrativa ao legislar sobre a prática de eutanásia quando a Constituição Federal não o faz, interferindo nos Direitos Fundamentais do cidadão e violando a autonomia da vontade e liberdade deste.

Portanto, encontra-se em tela, ao tratar da eutanásia, um caso onde o Estado interfere nos Direitos Fundamentais do cidadão, violando a autonomia da vontade e liberdade deste de dispor do seu corpo e sua vida, inviabilizando o que poderia ser considerada uma opção que traria mais dignidade quando comparada com o sofrimento que terá que passar no processo evolutivo de doenças terminais, onde a morte, consequência final, é inevitável.

5. Considerações finais

Por meio do presente estudo verificou-se que o Conselho Federal de Medicina, fazendo uso do poder de polícia administrativa por meio do artigo 41 do Código de Ética Médica, legisla acerca da prática da eutanásia no Brasil, proibindo-a quando a Constituição Federal não o fez.

O ocorrido é uma violação flagrante à autonomia da vontade do cidadão, bem como aos direitos humanos, pois impede-o de decidir acerca de questões que envolvem a “boa morte” e a dignidade humana vinculada com o sofrimento que certas patologias provocam.

Desra feita, a atividade do Conselho Federal de Medicina extrapola os limites de atuação que deveria ter fixados, pois adentra a esfera legal própria da Constituição Federal, o que deveria ser revisto a fim de extirpar o atual conflito.

³³ RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009 - Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm - acesso em junho 2019

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 16ª Edição. – Editora Lumens Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- FARIAS, Edilson. Restrição de Direitos Fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 67-82, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416>>. Acesso em: 15 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/06x>.
- FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. – Editora Malheiros
- GALVÃO, Camilla. **Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade?** – Disponível em: <https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>. Acesso em maio 2019
- GOGLIANO, Daisy. **Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade**. – Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 2000.
- GOMES, Luiz Flavio. **Qual a diferença entre eutanásia, distanásia e ortotanásia?** - Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87732/qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia> - Acesso em mai 2019
- GOUDINHO, Jéferson; BERWIG, Aldemir. Poder de polícia, direitos humanos e atuação administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, dez 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19959&revista_caderno=29>. Acesso em maio 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais : teoria geral, comentada aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência / Alexandre de Moraes – 5ª Ed. – São Paulo : Atlas, 2003 (Coleção temas jurídicos ; 3)

MORAIS, Ines Motta de. **Autonomia pessoal e morte**. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/565/538 - Acesso em mai 2019

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em maio 2019.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009 - Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm - acesso em junho 2019

RIBEIRO, Diaulas Costa - **Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte**. - Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csp/2006.v22n8/1749-1754/pt> - acesso em mai 2019

Zirleide Carlos Felix, Solange Fátima Geraldo da Costa, Adriana Marques Pereira de Melo Alves, Cristiani Garrido de Andrade, Marcella Costa Souto Duarte, Fabiana Medeiros de Brito - **Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura**. - Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2013.v18n9/2733-2746/pt> - Acesso em mai 2019

A pluralidade do conceito de moral acentuada pelo pós-moderno ¹

Tairini Passarini ²

1. Introdução

A nova conformação social, denominada pós-moderno, trouxe consigo desenvolvimento tecnológico extremo e dotado de características inerentes a si, tais quais velocidade, alcance estendido e imediatismo, o que afetou a maneira como os seres humanos pensam e vivem. A informática, protagonista inequívoca dessa mudança, trouxe às pessoas um mundo completamente diverso, em uma era onde todos estão mais próximos (mesmo que não necessariamente fisicamente), mas quem estiver excluído, o estará de maneira muito mais nociva do que em eras passadas.

Nessa senda, destaca-se o conceito de moral, intrínseco ao ser humano, e a maneira como ele foi afetado por essas mudanças sucessivas e muitas vezes drásticas, transformando-se e dividindo-se em fragmentos para ser aglutinado novamente, bem como a pluralidade de conceitos desenvolvida dentro de uma única pessoa. Desta feita, analisar-se-á no presente se o conceito de moral foi afetado com o advento do pós-moderno.

¹ Trabalho apresentado em cumprimento às exigências da disciplina Teorias da Justiça e Filosofia da Constituição. Professor Dr. Paulo Ricardo Schier. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU. Fevereiro de 2019.

² Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Vale do Iguaçu - UNIGUAÇU (2013). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia no programa de Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU.

No primeiro capítulo será feita uma análise do que se denomina pós-moderno, buscando contextualizar a época em que vivemos, embora não haja uma separação prática entre a era moderna e a pós-moderna, sendo o conceito um pouco difuso e incerto.

No capítulo seguinte adentraremos ao estudo do conceito de moral, bem como sua subjetividade para os indivíduos e comunidades, tratando especialmente da pluralidade que assume frente a infinitas interpretações de situações e contextos diversos.

Por derradeiro, será analisado se o advento do pós-moderno modificou o conceito de moral, acentuando sua pluralidade e fragmentação em uma era de incertezas e imediatismo trazidos pela tecnologia e interação constante entre os seres humanos.

2. O pós-moderno

Não se pode dizer que existe um marco definitivo na separação entre moderno e pós-moderno, sendo o conceito ainda considerado difuso pela maior parte dos estudiosos. Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, traz o dinamismo como conceito principal daquilo que denominou “modernidade líquida”, a era em que vivemos. Abre-se mão da solidez, da modernidade pesada e obcecada pelo volume, lenta e pouco móvel, sujeita a uma lógica homogênea e rotinizada, em favor de uma modernidade leve, volátil e dinâmica, capaz de aceitar mudanças em um ritmo rápido e ignorando distâncias territoriais³.

Alguns termos aparecem com frequência na árdua tentativa de definir-se o pós-moderno. A contradição ao “moderno”, sólido, e a fragmentariedade com sucessiva substituição, o medo da responsabilidade e o imediatismo na busca pelo resultado das ações humanas são questões recorrentes ao tratar desse tema. Coloca-se em pauta também a negação das metanarrativas, totalizantes, em busca de mudança constante, tempo

³ BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade Líquida* / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

e velocidade atrelados, sendo o primeiro um fator dinâmico que define relações.

O termo abrange não apenas a sociologia e filosofia, mas estende-se a todos os campos da vida humana, como por exemplo, a cultura intrínseca à formação do indivíduo. No entanto, a abordagem aqui colocada tentará manter-se adstrita ao necessário para tratar da maleabilidade do conceito de moral na atualidade.

Nesse sentido, cita-se David Harvey, geógrafo britânico e conceituado professor:

O pós-moderno, em contraste, privilegia “a heterogeneidade e a diferença como formas libertadoras na redefinição do discurso cultural”. A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar um termo favorito) “totalizantes”, são o marco do pensamento pós-moderno.⁴

A pós-modernidade, atualmente, deve ser considerada como global no sentido de que a expansão cultural providencia que todos possam usufruir das mesmas experiências ao redor da Terra, uma espécie de acentuação da aglutinação cultural com parâmetros do que é ou não considerado “aceitável”, processo facilitado pela ampla expansão tecnológica, fator crítico do mundo pós-moderno, que flexibilizou as barreiras do espaço físico. Infere-se que a exposição a conteúdos homogêneos globalmente é presente na formação do indivíduo e seus conceitos pessoais de certo e errado. Destaca-se aqui também a globalização, fenômeno que promove a aproximação de pessoas, sociedades e nações por meio do intercâmbio cultural e de informações generalizadas amplamente facilitado e inclusive estimulado no período atual.

Anthony Giddens, em sua obra “Conceitos Essenciais da Sociologia”, fornece definições práticas para os conceitos de modernidade e pós-modernidade, quais sejam:

⁴ HARVEY, David. *Condição Pós Moderna* – Página 19; Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. – 16ª Edição, maio de 2007. – Edições Loyola, São Paulo.

Modernidade:

Período que se estende do Iluminismo europeu de meados do século XVIII a, pelo menos, meados dos anos 1980, caracterizado pela secularização, **racionalização**, democratização, individualização e ascensão da **ciência**.

[...]

Pós-Modernidade

Período histórico, seguinte à **modernidade**, que é definido com menos clareza, é menos pluralístico e menos socialmente diversificado do que a modernidade que o precedeu. Costuma-se dizer que a pós-modernidade começou a se desenvolver a partir do início dos anos 1970.⁵

Extraí-se deste contexto que o mundo pós-moderno dá destaque ao papel dos indivíduos dentro dessa conjectura “flexível” e de constante “desmaterialização”⁶, sendo que para se analisar determinada situação ou problema é necessário que se avalie o contexto como um todo, em um fluxo contínuo com rápida disseminação de informação pelos meios tecnológicos e mídia de massa⁷. Bauman leciona que tratamos de uma versão “*individualizada e privatizada da modernidade*”, a qual dissolve padrões antes fixos a um ponto maleável, o que conduz uma profunda mudança na condição humana, que deve repensar os velhos conceitos que pontuavam suas narrativas⁸.

Acerca de um dos pontos destacados anteriormente como típicos do advento do pós-moderno, qual seja a fuga da responsabilidade por suas ações, Amartya Sen, economista indiano e aclamado autor, analisa que se cada indivíduo assumir a responsabilidade por suas escolhas, se promoverá o desenvolvimento da sociedade como um todo. Reside neste ponto a importância que o autor dá acerca de eliminar-se as privações e problemas

⁵ GIDDENS, Anthony. Conceitos Essenciais da Sociologia – Páginas 22 e 27 / Anthony Giddens, Philip W. Sutton; Tradução Claudia Freire. – 1. Ed – São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017

⁶ BAUMAN, Zygmunt, 1925. Modernidade Líquida / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁷ GIDDENS, Anthony. Conceitos Essenciais da Sociologia / Anthony Giddens, Philip W. Sutton; Tradução Claudia Freire. – 1. Ed – São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017

⁸ BAUMAN, Zygmunt, 1925. Modernidade Líquida / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

a que o agente (aquele que realiza mudanças de acordo com seus próprios valores e objetivos) está sujeito, de maneira que se forneça plena liberdade de escolha a todos⁹. Reitera-se portanto o destaque do papel do agente no mundo atual.

Críticas à teoria pós moderna incluem a ideia de que esta seja essencialmente pessimista e derrotista, avessa à responsabilidade derivada dos atos praticados, bem como a ausência de pensamento crítico com relação ao conteúdo fornecido pela mídia às pessoas. Porém, não se pode ignorar que este é um período que valoriza princípios como a igualdade entre os seres humanos, a liberdade individual e a abordagem crítica aos problemas sociais ao redor do globo, transmitindo a ideia de integração que supere barreiras físicas, conceitos benéficos que visam estabelecer ao menos o mínimo para que todas as pessoas tenham uma vida digna¹⁰.

Ainda acerca da ausência de barreiras, Bauman leciona sobre a expansão cultural e dinamismo atribuídos a este conceito, relacionando-os com a moralidade:

É difícil conceber uma cultura indiferente à eternidade e que evita a durabilidade. Também é difícil conceber a moralidade indiferente às consequências das ações humanas e que evita a responsabilidade pelos efeitos que essas ações podem ter sobre outros. O advento da instantaneidade conduz a cultura e a ética humanas a um território não mapeado e inexplorado, onde a maioria dos hábitos aprendidos para lidar com os afazeres da vida perdeu sua utilidade e sentido. Na famosa frase de Guy Debord, “os homens se parecem mais com seus tempos do que com seus pais”. E os homens e mulheres do presente se distinguem de seus pais vivendo num presente “que quer esquecer o passado e não parece mais acreditar no futuro”. Mas a memória do passado e a confiança no futuro foram até aqui os dois pilares em que se apoiavam as pontes culturais e morais entre a transitoriedade e a durabilidade, a mortalidade

⁹ SEN, Amartya Kumar. Sobre Ética e Economia / Amartya Sen; Tradução Laura Teixeira Motta. – São Paulo: Companhia das Letras

¹⁰ GIDDENS, Anthony. Conceitos Essenciais da Sociologia / Anthony Giddens, Philip W. Sutton; Tradução Claudia Freire. – 1. Ed – São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017

humana e a imortalidade das realizações humanas, e também entre assumir a responsabilidade e viver o momento.¹¹

Nessa toada, pode-se dizer que a pós-modernidade é vista como a “era da moralidade”, pois permite o enfrentamento direto das questões morais, bem como a aproximação entre esses dilemas, devido à aglutinação de conceitos de “certo” e “errado” que essa era tecnológica trouxe, moldando o caráter das novas gerações. Nesse sentido, traz-se a lume:

[...] Pode-se dizer que a pós-modernidade é uma “era moral” apenas num sentido: graças à “des-ocusão” – a dispersão das nuvens éticas que envolvem firmemente e obscurecem a realidade do self moral e a responsabilidade moral – é agora possível, mais do que isso, inevitável, enfrentar as questões morais diretamente, em toda sua pura verdade, à medida que elas emergem da experiência de vida de homens e mulheres; à medida que eles enfrentam selves morais em toda sua irreparável e irredimível ambivalência.

De modo paradoxal, só agora aquelas ações parecem aos selves morais como uma questão de escolha responsável – em última instância, de consciência e responsabilidade morais. Por um lado, na polifonia de vozes diversas e muitas vezes discordantes, e de lealdades conflitantes e inconstantes que marcam a “deregulamentada” e fragmentada condição pós-moderna, não é mais crível que a divisão entre bons e maus tenha sido predeterminada, deixando assim ao indivíduo que atua apenas a tarefa de aprender e aplicar um princípio ético inequívoco, adequado para a ocasião.¹²

Portanto, reforça-se o papel de destaque do agente, que não está mais sujeito a meramente aplicar um princípio rigidamente aprendido e pouco dinâmico para situações que são, muitas vezes, flexíveis, mas sim um ser capaz de interpretar e aplicar mais de um conceito buscando a melhor solução para o dilema a ser enfrentado.

Sob a égide adotada de que “nada é feito para durar” compreende-se também o alinhamento moral, que, além de particular a todos os

¹¹ BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade Líquida* / Zygmunt Bauman – Páginas 162/163; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vida em Fragmentos – Sobre a ética pós moderna*. Página 65; Tradução Alexandre Vieira Werneck – Rio de Janeiro: Zahar

indivíduos de uma sociedade, modifica-se com o passar dos anos, as fases da vida, e os diversos contextos em que estamos inseridos.

Bauman discorre sobre a incerteza e também sobre a consciência no pós-moderno, um dos elementos que a crítica considera como uma visão pessimista típica do pós-moderno no seguinte sentido:

A existência moderna é tanto acoçada quanto instigada à ação impaciente pela consciência moderna; e a consciência moderna é a suspeita ou percepção da inconclusividade da ordem existente, uma consciência incitada e movida pela premonição da inadequação e, mais, pela inviabilidade do projeto ordenador de eliminação da ambivalência, pela premonição da casualidade do mundo e a contingência de identidades que o constituem. A consciência é moderna na medida em que revela sempre novas camadas de caos sob a tampa da ordem assistida pelo poder. A consciência moderna critica, adverte e alerta. Ela torna a ação irrefreável por sempre desmascarar de novo a sua ineficácia. Ela perpetua a prática de ordenar desqualificando os seus feitos e pondo a nu as suas derrotas.¹³

É, portanto, uma definição fortemente influenciada pelos conceitos que delimitam a pós-modernidade, quais sejam, a fluidez e o dinamismo. Uma sucessão interminável de informações que se alteram constantemente a fim de moldar uma ideia permanentemente submetida a novas tensões, exigindo esforço e vigilância constante para que sejam mantidas sob a mesma forma, por mais maleáveis que sejam¹⁴.

Devido a esse compartilhamento constante de conceitos, criam-se alguns valores de validade universal, tais quais os Direitos Fundamentais, fundamentados na autonomia das pessoas, e que ignoram divisas físicas e até mesmo de ordem cultural e social, visando garantir o mínimo para que todos os seres humanos possam viver com relativa igualdade¹⁵.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência* / Zygmunt Bauman; Tradução Marcos Peochel, - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. - 1999

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade Líquida* / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹⁵ SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça* / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes - São Paulo: Editora Schwarcz.

Mister portanto trazer à discussão o conceito de moral, sua formação e evolução a fim de que seja possível avaliar a influência do pós-moderno e a mutabilidade e fluidez que o referido conceito assumiu na atualidade, pelo o que passamos a fazê-lo agora.

3. O conceito de moral

Um dos significados de moral apresentados no dicionário Michaelis é *“Conjunto de valores e princípios morais (virtude, honestidade etc.) que norteiam a conduta e o pensamento de uma pessoa e sua relação com a sociedade em que vive; moralidade”*¹⁶. No entanto, a ideia central remonta aos primórdios da raça humana, sendo que a convivência dos seres em grupo sempre foi norteada por ações tomadas em virtude ou não de princípios morais.

Discute-se a moral desde a formação dos primeiros grupos de pessoas reunidos em sociedades, visando padronizar ações e permitir a convivência comum sem que um indivíduo causasse mal a outro, de maneira extremamente ampla e pouco delimitada, já que o que era bom para um poderia não o ser para outro.

É necessário, portanto, repensar também os conceitos de “bem” e “mal”, constantemente usados na construção e delimitação para fins de explicar ações morais e amorais. Nietzsche faz o mesmo questionamento ao dizer *“sob que condições o homem inventou para si os juízos de valor “bom” e “mau”? E que valor têm eles?”*¹⁷.

O reconhecimento da diversidade cultural e aceitação desta também se mostram necessários na construção dos conceitos que norteiam a moral, visto que destas resulta a expressão de “valores aceitáveis”, conceito a ser delimitado em uma espécie de consenso sobreposto, que visa

¹⁶ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moral/> - Último acesso em 05 de fevereiro de 2019

¹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral : Uma polêmica. Tradução Paulo César de Souza - São Paulo: Editora Schwarcz.

principalmente fornecer estabilidade, a qual é colocada em risco pela ambigüidade natural da razão¹⁸.

Amartya Sen ao falar das sociedades que se tornam complexas, dis-
serta que uma “*coexistência de multiplicidade de interesses sociais gera um
discurso moral polifônico, integrado por categorias e valores contrapostos
que se apresentam como legítimos*”¹⁹. Traz também a indispensabilidade
do uso da razão para interpretar conceitos relativos a juízos de moral, tra-
tando especificamente da ética, porém admite que o método mais crítico
ainda poderia falhar devido à natureza da verdade nas crenças morais, po-
dendo também um procedimento duvidoso produzir resultados
adequados ao questionamento por mero acaso, apesar de não recomendá-
vel que seja adotado²⁰. Importante destacar o seguinte, na mesma linha de
raciocínio:

Já que a objetividade é ela própria uma questão bastante difícil na filosofia
moral e política, o assunto exige alguma discussão. Será que a busca da obje-
tividade ética assume a forma de uma busca de objetos éticos? Embora boa
parte da complexa discussão sobre a objetividade na ética tenda a avançar em
termos de ontologia (em especial, a metafísica de “quais objetos éticos exis-
tem”), é difícil compreender com que os objetos éticos se pareceriam. Em vez
disso, gostaria de seguir o argumento de Hilary Putnam de que essa linha de
investigação é, em grande medida, inútil e equivocada. Quando debatermos as
exigências da objetividade ética, não estaremos discutindo a natureza e o con-
teúdo de supostos “objetos” éticos.

Evidentemente, há afirmações éticas que pressupõem a existência de alguns
objetos identificáveis que podem ser observados (isso seria uma parte do exer-
cício de buscar, por exemplo, evidências observáveis para decidir se uma
pessoa é corajosa ou compassiva), enquanto a matéria de outras afirmações
éticas pode não ter essa associação (por exemplo, o juízo de que uma pessoa é

¹⁸ GARGARELLA, Roberto, As teorias da justiça depois de Rawls : Um breve manual de filosofia política / Roberto Gargarella; Tradução Alonso Reis Freire; Revisão da Tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Eduardo Ap-
pio. - São Paulo: WMF Martins Fontes. 2008 - (Justiça e Direito)

¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen: a ideia de Justiça. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 8, p. 305-316, Aug. 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-33522012000200011&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Feb. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So103-33522012000200011>.

²⁰ SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes - São Paulo: Editora Schwarcz.

completamente imoral ou injusta). Mas, apesar de haver alguma sobreposição entre descrição e avaliação, a ética não pode ser simplesmente uma questão de descrições verdadeiras de objetos específicos. Ao contrário, como argumenta Putnam, as “questões éticas reais são um tipo de questão prática, e questões práticas não envolvem apenas atribuições de valor; elas envolvem uma complexa mistura de crenças filosóficas, crenças religiosas e crenças factuais também”. Os procedimentos realmente usados na busca da objetividade podem nem sempre ser claros ou explicitados, mas, como argumenta Putnam, essa busca pode ser feita com clareza se as questões subjacentes forem adequada e minuciosamente analisadas.²¹

No mesmo sentido o autor trata da importância dos sentimentos e da argumentação para a racionalidade, criando-se uma tendência à empatia e ao respeito mútuo, valores humanos que quando compartilhados fortalecem o relacionamento de confiança²². O tema também é tratado por John Rawls, ao postular que as pessoas podem cooperar entre si em uma sociedade apesar de possuírem visões distintas acerca de determinados temas, desde que estas argumentações sejam razoáveis, e os indivíduos possuam uma ideia central e compartilhada de uma “política razoável de justiça”, esperando-se que venham a entrar em acordo por meio de deliberação, ao menos na maioria dos casos, superando suas diferenças e garantindo equidade para o grupo como um todo²³.

Desta feita, será definido quais argumentos são considerados racionais ou válidos de acordo com parâmetros que levem em concreto qual decisão levará a maior expansão da capacidade, conceito amplamente discutido por Amartya Sen como a capacidade de realização dos seus objetivos por determinado indivíduo, sendo a igualdade fator preponderante como

²¹ SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen – Páginas 51/52; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

²² SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

²³ RAWLS, John, *apud* SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

condição para que isso efetivamente aconteça de forma plena, já que com a redução das desigualdades amplia-se a liberdade de escolha²⁴.

Ainda, além da importância dos conceitos de “bem” e “mal”, “bom” e “ruim”, a concepção de “razoável” é importante na construção de laços entre os seres humanos e na formulação da sua moral. Este é construído por meio de discussões acerca de questões vinculadas aos problemas de uma comunidade, sejam estes de qualquer ordem.

Porém, observe-se que da mesma maneira que o sentimento de comunidade é criado a partir da discussão lógica acerca de políticas contrárias mas razoáveis, o afastamento entre as comunidades pode acontecer quando o conceito de “razoável” é trabalhado de maneira diferente. Traz-se a lume a seguinte interpretação:

Note-se que a questão de qual das diferenças é “crucial” – isto é, qual delas é o tipo de diferença que importa mais que qualquer semelhança e faz todas as características comuns parecerem pequenas e insignificantes (a diferença que torna a divisão que gera hostilidade um caso encerrado antes mesmo do começo da reunião em que a eventualidade da unidade poderia ser discutida) – é menor e acima de tudo derivativa, e não constitui o ponto de partida do argumento. Como explicou Frederick Barth, as fronteiras não reconhecem e registram um estranhamento já existente; elas são traçadas, como regra, antes que o estranhamento seja produzido. Primeiro há um conflito, uma tentativa desesperada de separar “nós” e “eles”; então os traços cuidadosamente espiados “neles” são tomados como prova e fonte de uma estranheza que não admite conciliação. Sendo os seres humanos como são, criaturas multifacetadas com muitos atributos, não é difícil encontrar tais traços quando a busca é feita a sério.²⁵

Portanto, uma sociedade pode moldar os conceitos considerados razoáveis para gerar tanto aproximação quanto afastamento, na definição entre “nós” e “eles”, sendo que, posteriormente, por questões políticas, culturais, pessoais, dentre outras, essas barreiras podem ser derrubadas

²⁴ SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt, 1925. Modernidade Líquida – Páginas 220/221 / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

em busca da unidade, se conveniente, alterando novamente a noção do que é ou não aceitável, “razoável”, para utilizar o termo posto em discussão, e influenciando diretamente na construção do conceito de moral do indivíduo.

Verifica-se ainda que a moral pode atuar como fator de definição da identidade do sujeito, já que esta, quando alinhada com os preceitos estabelecidos pela sociedade, dá a ideia de pertencimento ao grupo, fortalecendo os laços entre indivíduos de uma mesma sociedade. A moral, algumas vezes tratada vulgarmente como “caráter”, é parte da construção da personalidade do ser, e, especialmente na esteira do pós-moderno, deve-se observar que a personalidade de uma pessoa sofre inúmeras alterações no decorrer da sua vida, sendo o intelecto moderno norteador pela polissemia²⁶.

Bauman leciona que as crenças e valores individuais foram “privatizados” com o advento da modernidade líquida, e essa descontextualização constante faz com que pareçam frágeis e temporários, apresentando uma espécie de “volatilização” da personalidade e identidade do ser, sendo necessário ao agente em questão, e até mesmo podendo ser vista como uma estratégia de proteção, a flexibilidade para encontrar-se em comunidade como uma forma de segurança que garanta um parâmetro em meio a sucessão de fragmentos já narrada²⁷.

Verifica-se por derradeiro que em um mundo globalizado, fragmentado, permeado por uma sucessão interminável de fatos, seria utópico crer em uma moral “sólida”. Ela é, dentre outros aspectos, pontuada pela “liquidez” atribuída às características pós-modernas. Dividida e também fragmentada, diversos conceitos morais dentro de um único indivíduo, o que será melhor definido em sequência.

Desta feita, restando delineadas as questões centrais concernentes à elucidação dos conceitos de pós-moderno e moral, adentra-se à análise da

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência* / Zygmunt Bauman; Tradução Marcos Peochel, - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. - 1999

²⁷ BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade Líquida* / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

questão central a ser trabalhada, ou seja, se efetivamente a pluralidade de conceitos de moral foi acentuada com o advento do pós-moderno.

4. A pluralidade do conceito de moral acentuada pelo pós-moderno

Não pode-se abrir mão da ambivalência ao tratar do conceito de moral, já que este normalmente envolve uma escolha consciente entre o “bem” e o “mal”, estando estes conceitos a critério do observador e agente, conforme demonstrado anteriormente, podendo portanto ter inúmeros significados e interpretações.

A pluralidade de “morais” não é criação moderna. Nietzsche em sua obra *Genealogia da Moral* tratou dos conceitos de bom e mal, atrelando-os ao poder, e às relações entre servos e aristocratas. Desta égide, explica de início que o “bom”, seguindo a lógica utilitarista, está atrelado ao útil, e não necessariamente à ausência de egoísmo (uma visão tradicional do conceito de bom), já que desta nem sempre resultará a maior utilidade coletiva, objetivo final da busca pelo bem. Todavia, estabelece posteriormente que contrariamente ao utilitarismo, concluiu que o bom está verdadeiramente vinculado ao nobre e ao poder, e não ao útil como a teoria anterior pregava. Logo, infere-se que o bom é a contrariedade de tudo aquilo que é baixo e vulgar, porém, estes conceitos são tão subjetivos quanto o anterior, permeados pelas mesmas linhas indefinidas²⁸.

Na mesma obra o autor faz um recorte que remonta especialmente ao pós-moderno, ao tratar que deve-se superar os conceitos de “bom” e “mal” através da crítica à moral, porém, sem que se busque derrubar qualquer conceito sólido de valores, ou seja, buscar-se ir além do ser humano como tal para estabelecer novos critérios de valor e moral²⁹.

Portanto, cada pessoa possui individualmente um conceito de moral, atrelado à suas ideias particulares de bom e ruim, conceitos em constante

²⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral : Uma polêmica*. Tradução Paulo César de Souza – São Paulo: Editora Schwarcz.

²⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral : Uma polêmica*. Tradução Paulo César de Souza – São Paulo: Editora Schwarcz.

construção e adaptação, submetidos diretamente à “fluidez” moderna que Bauman destaca. Ainda, esse conceito é trabalhado de maneira especialmente didática no seguinte trecho:

Não há causa nem razão para a moralidade. A necessidade de ser moral, e o significado de ser moral, não pode ser demonstrado nem logicamente deduzido. Assim, a moral é tão contingente quanto o resto do ser: ela não tem fundamentos éticos.

[...]

Para a sociedade autônoma, as significações (e também o significado de “ser moral”) não soam infundadas, embora sejam desprovidas de “fundamento”, no sentido inferido pelos filósofos morais. Elas são bem “fundadas”, mas suas fundações são feitas do mesmo material que as significações que assumem. São também os sedimentos do processo em curso de autocriação. Ética e moralidade (se ainda insistir em separá-las) crescem no mesmo solo: os selves morais não “descobrem” seus fundamentos éticos, e sim (de maneira muito semelhante à obra de arte contemporânea, que deve fornecer seu próprio quadro de interpretação e as normas segundo as quais se dispõe a ser julgada) os edificam enquanto se constroem a si mesmos.³⁰

Amartya Sen ensina que é impossível que se analise uma situação destacada do todo (entenda-se o todo como o conjunto de conceitos que forma a balança moral do cidadão), principal motivo pelo o qual o conceito de moral gera tantos conflitos ao redor do mundo, já que está sujeito a uma infinidade de preceitos que muitas vezes conflitam entre si, bem como a pluralidade de conceitos que as pessoas adotam para si³¹.

Tem-se também uma pluralidade de conceitos que podem ou não ser conflitantes entre dentro de uma única pessoa, os quais serão moldados de acordo com as particularidades da situação que esteja submetida ao crivo da consciência humana. Verifica-se que existe a possibilidade de diferentes pessoas submetidas a uma mesma situação fazerem diferentes interpretações desta, de acordo com a posição que nela ocupem, ou o ponto

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. Vida em Fragmentos – Sobre a ética pós moderna. Páginas 31 e 34; Tradução Alexandre Vieira Werneck – Rio de Janeiro: Zahar

³¹ SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

de observação tomado. Cita-se aqui exemplo explanado por Amartya Sen acerca da versatilidade de uma mesma situação a que duas ou mais pessoas estejam sujeitas:

Primeiro, mesmo um rigoroso “empate” entre duas pessoas quanto aos funcionamentos realizados ainda pode ocultar diferenças significativas entre suas respectivas vantagens, que poderiam nos fazer compreender que uma pessoa pode estar realmente “em desvantagem” muito maior do que outra. Por exemplo, com relação a passar fome e estar desnutrida, uma pessoa que jejua voluntariamente por motivos políticos ou religiosos pode estar tão privada de alimentos e desnutrida quanto uma vítima da fome. Sua manifesta desnutrição — o funcionamento realizado por ambas — pode ser a mesma coisa e, ainda assim, a capacidade da pessoa próspera que decide jejuar pode ser muito maior do que a da pessoa que morre de fome involuntariamente por causa da pobreza e indigência. A ideia da capacidade pode acomodar essa importante distinção, uma vez que é orientada para a liberdade e as oportunidades, ou seja, a aptidão real das pessoas para escolher viver diferentes tipos de vida a seu alcance, em vez de confinar a atenção apenas ao que pode ser descrito como a culminação — ou consequências — da escolha.³²

No exemplo verifica-se que há uma aglutinação de diversos conceitos, os quais podem ser de ordem política, cultural, religiosa ou pessoal, e serão dispostos para que dentro de um contexto se entenda a decisão do sujeito e esta possa ser ou não vinculada à liberdade, de acordo com a balança moral de quem faz a análise. O autor distingue, portanto, fazer algo efetivamente e ser livre para fazê-lo³³. Não se pode destacar a situação do todo para analisá-la isoladamente, pois corre-se o risco de interpretá-la de maneira errada, ao despir a individualidade de quem pratica o ato e a pluralidade de conceitos contida dentro do observador.

Desta feita, infere-se que estão presentes em um mesmo indivíduo inúmeros conceitos de moral os quais tendem a ser adaptados de acordo com a situação que os exige, conceitos fluidos e dinâmicos que podem ser

³² SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

³³ SEN, Amartya Kumar. A ideia de justiça / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

utilizados unicamente ou em conjunto de maneira a delimitar o que será adequado, em consenso com os conceitos de “bom” e “mal” do agente em questão, norteadores do seu pensamento³⁴.

Esses conceitos não são imutáveis, pelo contrário, estão em constante fragmentação para nova aglutinação, alterando-se de acordo com a percepção de mundo dos seres humanos. Amartya Sen defende que as pessoas são movidas por seus sentimentos de justiça e injustiça, os quais não estão vinculados a fatos ou situações em si, pois estes carecem de contextualização, decorrendo de uma escolha (ou de sua ausência), e sujeitos a uma pluralidade de argumentos³⁵.

O conceito de empatia deve ser trabalhado nesse sentido para que se facilite o entendimento entre as pessoas. Deve-se manter em mente que “*não se deve julgar o que não se conhece*”³⁶, sendo a tolerância portanto item essencial para a empatia, definida como a “*Compreensão dos sentimentos, desejos, ideias e ações de outrem.*”³⁷, bem como “*Qualquer ato de envolvimento emocional em relação a uma pessoa, a um grupo e a uma cultura.*”³⁸.

Deve-se destacar que a tecnologia e a globalização, conforme anteriormente mencionado, são fatores essenciais para que ocorra essa maior difusão dos conceitos, que, apesar de anteriormente já serem considerados plurais, assumem agora traços ainda mais difusos e fluidos.

Por derradeiro, chega-se à conclusão que a era pós-moderna acentua a pluralidade de significações da moral para o ser, na medida em que torna suas delimitações mais difusas e sujeitas a uma quantidade maior de informações que trazem dinamismo para a interpretação.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Modernidade Líquida* / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³⁵ SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça* / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

³⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade Reexaminada* / Amartya Sen; Tradução e apresentação de Ricardo Dominelli Mendes – Rio de Janeiro: Record, 2001.

³⁷ Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/empatia/> - Último acesso em 19 de fevereiro de 2019

³⁸ Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/empatia/> - Último acesso em 19 de fevereiro de 2019

5. Considerações finais

Por meio do presente estudo verificou-se que o período pós-moderno trouxe consigo alterações na percepção do conceito de moral pelos indivíduos, bem como na sua formação, devido ao advento da tecnologia e ressignificação das barreiras físicas e territoriais (bem como a menor importância dada a estas) e do tempo.

Além da pluralidade de conceitos intrínseca aos seres humanos, tem-se que estes são difusos, não podendo ser analisados isoladamente, pois dependem de uma infinidade de fatores, os quais variam de acordo com a situação, os agentes envolvidos, e até mesmo o período em que esta acontece, já que a fluidez é característica essencial do pós-moderno.

O advento e popularização da tecnologia, evento que não pode ser dissociado do pós-moderno, bem como a globalização, exerceram papel de importância nesse acontecimento, já que, com o esmorecimento das barreiras físicas, criaram-se padrões de conduta aos quais a maior parte dos seres humanos está sujeito, moldando seu caráter e suas concepções de “bom”, “ruim”, “bem” e “mal”, e difundindo essas ideias de maneira facilitada.

Nessa toada, promoveu-se a análise da diversidade dos conceitos de moral e a maneira como estes surgem dentro do indivíduo no período pós-moderno, analisando-se as diversas concepções atribuídas por autores conceituados, destacando-se como marco teórico deste Zygmunt Bauman e Amartya Sen.

Isto posto, resta confirmado que a tecnologia como fator de influência na construção dos novos relacionamentos entre os seres humanos facilitou o dinamismo de conceitos, bem como sua expansão e aceitação, praticada pela empatia, gerando uma pluralidade de conceitos morais a serem adaptadas pelo agente de acordo com a situação que os exija.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-Moderna** / Zygmunt Bauman; Tradução João Rezende Costa – São Paulo: Paulus, 1997.
- _____. **Modernidade e Ambivalência** / Zygmunt Bauman; Tradução Marcos Peochel, - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. - 1999
- _____. **Modernidade Líquida** / Zygmunt Bauman; Tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **O mal-estar da Pós-Modernidade** / Zygmunt Bauman; Tradução Mauro Gama. Cláudia Martinelli Gama; Revisão técnica Luis Carlos Fridman – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998
- _____. **Vida em Fragmentos – Sobre a ética pós moderna** / Zygmunt Bauman; Tradução Alexandre Vieira Werneck – Rio de Janeiro: Zahar
- COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen: a ideia de Justiça. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 8, p. 305-316, Aug. 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-33522012000200011&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Feb. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So103-33522012000200011>.
- FELDHHAUS, Charles. Kant e a ética de virtudes contemporânea. **Dissertatio Revista de Filosofia**, V. 42, pgs. 221-230. Disponível em <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8473/5427> - Último acesso em 19 de fevereiro de 2019. <HTTP://DX.DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V42I0>
- GARGARELLA, Roberto, **As teorias da justiça depois de Rawls : Um breve manual de filosofia política** / Roberto Gargarella; Tradução Alonso Reis Freire; Revisão da Tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Eduardo Appio. – São Paulo: WMF Martins Fontes. 2008 – (Justiça e Direito)
- GIDDENS, Anthony. **Conceitos Essenciais da Sociologia** / Anthony Giddens, Philip W. Sutton; Tradução Claudia Freire. – 1. Ed – São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017

HARVEY, David. **Condição Pós Moderna** / David Harvey; Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. – 16ª Edição, maio de 2007. – Edições Loyola, São Paulo.

LYOTARD, Jean-François. **O Pós Moderno Explicado às Crianças** (Le postmoderne explique aux enfants) – Tradução de Pedro Henrique Ciucci da Silva. Revista Pandora Brasil – Traduções. Disponível em: http://revistapandorabrasil.com/revista_pandora/traducoes/lyotard.pdf - Último acesso em 19 de fevereiro de 2019

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral : Uma polêmica** / Friedrich Nietzsche. Tradução Paulo César de Souza – São Paulo: Editora Schwarcz.

SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça** / Amartya Sen; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Editora Schwarcz.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução por Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

_____. **Comportamento econômico e sentimentos morais**. Lua Nova, São Paulo, n. 25, p. 103-130, Apr. 1992. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-64451992000100005&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Feb. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So102-64451992000100005>.

_____. **Desigualdade Reexaminada** / Amartya Sen; Tradução e apresentação de Ricardo Dominelli Mendes – Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **Sobre Ética e Economia** / Amartya Sen; Tradução Laura Teixeira Motta. – São Paulo: Companhia das Letras

Pressupostos da participação popular no processo democrático: uma justificativa com fundamento em Amartya Sen

Tatiane Wegrnen

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo identificar a importância da participação popular no processo democrático, e, quais os pressupostos para a efetiva cooperação entre cidadãos e Estado no exercício do poder, tendo como marco teórico as concepções de Amartya Sen no tocante a conciliação que estabelece entre liberdades políticas e direitos civis e a satisfação de necessidades sociais para o desenvolvimento em seu sentido mais amplo, não apenas econômico.

Segundo Amartya Sen a garantia de liberdades políticas e direitos civis é um pressuposto instrumental e também construtivo da democracia, sendo que, enquanto instrumento se caracteriza pela possibilidade de participação política, e, no aspecto construtivo, pela efetiva participação.

Para a abordagem, o tema foi dividido em dois capítulos, tratando o primeiro da relação entre democracia e participação popular e das condições para o processo democrático, enquanto no segundo capítulo é analisada a importância da participação popular na tomada de decisões políticas, com destaque às justificativas desenvolvidas por Amartya Sen e a relação de sua teoria com o "Índice de Democracia 2018", elaborado pela

consultoria *Economist Intelligence Unit*, ligada à revista britânica *The Economist*.

A pesquisa mencionada analisa o índice democrático em diversos países, todos os anos, na última década, e, no último resultado relativo a 2018, classificou o Brasil como uma “democracia imperfeita”. Pela análise dos indicadores eleitos na metodologia adotada na pesquisa, o país precisa melhorar nos aspectos de participação popular e cultura política para acessar à categoria de democracia plena, corroborando e aplicando a concepção elaborada por Amartya Sen.

2 Soberania popular e participação do povo no processo democrático

É certo que a criação de um Estado Democrático de Direito pelo poder constituinte não instaura automaticamente a democracia. A Constituição estabelece, com a força normativa que lhe é inerente, as condições jurídicas e políticas para o seu exercício, mas, para ser instaurada a democracia, os parceiros da nova ordem jurídica, seus operadores e estudiosos, precisam extrair da Constituição o maior significado possível, em um constante processo que pressupõe a constitucionalização de todos os ramos do direito e esferas do poder. (MAIA, 2014).

Nesse sentido, deve prevalecer o princípio constitucional da soberania popular, o qual pressupõe a participação ativa e operante do povo em tudo que é da coisa pública, ou seja, a democracia depende da existência de um espaço público que propicie diálogo livre e construtivo entre governantes e governados. (MAIA, 2014).

Para Bobbio (1986), a democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é caracterizada por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

No entanto, Bobbio (1986, p. 20), destaca ser indispensável a seguinte condição: “é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e

postos em condição de poder escolher entre uma e outra.” Segundo o autor, para que se realize tal condição “é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc”. Destaca que, “seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático.” Considerando tal condição trazida por Bobbio, certo que uma escolha popular que não seja tomada calcada em tais direitos, não pode ser considerada democrática.

Segundo Teixeira (1999, p. 23) a democracia comporta uma constante tensão entre quem governa e quem é governado.

A democracia, antes de uma forma de governo, deve ser vista como uma forma de vida social, de participação e organização política e poderes (sempre conflitivos) entre pessoas, grupos ou classes, onde dois desejos opostos inconciliáveis polarizam de alto a baixo: o desejo de dominar ou governar o outrem, e o desejo de não ser nem dominado nem governado por outrem. Quanto mais este poder for delegado a terceiros (para agir, falar ou pensar em nome dos cidadãos sobre os assuntos de seu interesse ou do interesse da coletividade), menos democracia. Quanto mais o poder é exercido diretamente com a participação de todos, mais democracia.

Bobbio (1986, p. 25),

Como a participação ocorre numa sociedade dividida entre governantes e governados (ou entre quem planeja e quem executa), esta participação acaba gerando dois tipos de ação cidadã: uma cidadania ativa, integrada nos assuntos da coletividade, e outra, passiva, que se limita a eleger representantes para agirem e falar em seu nome ou lugar. Estabelece-se, portanto, no seio da própria cidadania, uma nova divisão entre cidadãos-políticos (isto é, plenamente politizadas e participativos) e cidadãos-a-políticos (despolitizados e diferentes, reduzidos a condição de eleitores, contribuintes ou consumidores).

É preciso encontrar uma forma de fazer política de fato compatível com a democracia. Para Teixeira (1999, p. 73), a política pode ser totalitária, midiática ou democrática.

Enquanto na política totalitária predomina o controle absoluto do Ditador-Partido-Estado sobre a sociedade, instituindo-se um regime de terror e medo (tal como na tirania, nas sociedades totalitárias o indivíduo no poder se confunde com o próprio poder); enquanto na política midiática prevalece a relação mídia-público, onde só se vê "as estrelas", só se fala delas e delas se espera "milagres" ou soluções para todos os males, a política democrática organiza-se com base na comunicação da comunidade consigo mesma e na troca de saberes e corresponsabilidades, nos valores imanescentes e no conhecimento de si e do coletivo, contrapondo-se, deste modo, tanto a visão de um poder sobre a sociedade e as pessoas (totalitarismo) como a política do espetáculo (regime midiático).

Sugere referido autor que um projeto de democracia futura deve ser pensado a partir de seus objetivos, protagonistas e destinatários: os indivíduos-cidadãos e coletividades humanas. (TEIXEIRA, 1996, p. 76).

A autonomia – não mais o poder - torna-se sujeito-conteúdo-objetivo da Democracia. Trata-se, portanto, de um projeto que implica uma radical mudança conceitual e de valores, um projeto de transformação, seja no plano individual ou sócio-cultural.

Etimologicamente, sabemos, democracia significa "poder do povo", embora na política vulgar seja ensinada como "governo do povo". Em tese, portanto, o povo (constituído por cidadãos portadores de direitos e responsabilidades) é o sujeito da democracia. O regime democrático se caracteriza justamente por mobilizar e defender a cidadania como capazes de decidir sobre o governo e os destinos da cidade. Para Aristóteles, a cidade democrática não se define pela igualdade (isso deve definir todas as cidades justas no partilhável), mas pela liberdade, Isto é, os homens da cidade democrática são tidos como iguais (para participar do poder) porque são livres. Da mesma forma, Espinosa não está preocupado em saber se uma forma política "é mais justa que a outra", mas se "é mais livre que a outra". Fazendo da liberdade a pedra de toque das diferenças políticas, Espinosa faz da Democracia a pedra de toque de interpretação dos regimes políticos... Uma cidade é tanto mais livre quanto mais se tornar

impossível que um cidadão, grupo ou classe possa identificar-se como a soberania (Espinosa citado por Chauí, 1989).

O que ocorre nas sociedades atuais? Quem detém o poder na cidade? Os donos da Cidade. Aqueles que se elevam ou se destacam do "resto" da sociedade. Neste sentido, podemos dizer que a cidade é ou será "tanto mais potente e tanto mais livre quanto mais o poder, sendo de todos, não possa ser de ninguém" (Espinosa). Donde a distribuição do poder no interior da sociedade tornar-se a medida para diferenciar os regimes políticos e, sobretudo, discernir os inimigos da cidade: o particular ou grupo de particulares que pretendem-se identificar com a soberania (Chauí, 1989).

Nesse sentido, segundo Teixeira (1996), uma sociedade democrática pressupõe indivíduos autônomos, e um indivíduo só é autônomo quando age com conhecimento de causa, após a reflexão e deliberação. O desafio do processo democrático, nesse contexto, é a criação de espaços, capacidades e oportunidades para tal diálogo e reflexão.

A participação popular no processo democrático não pode ficar limitada ao voto para a escolha de representantes, tampouco em pontuais participações diretas como em plebiscitos, referendos ou iniciativas populares de lei, mas no dia-a-dia, de forma organizada, articulada e atuante, em cooperação constante com os representantes eleitos, seja na administração pública ou no processo legislativo, bem como em relação ao Poder Judiciário, desde a elaboração de normas, desenvolvimento e execução de políticas públicas, até o controle, fiscalização e avaliação das decisões.

Nesse sentido, Sen (1999, *on line*):

O que exatamente é democracia? Não devemos identificar democracia com governo da maioria. A democracia tem demandas complexas, o que certamente inclui o voto e o respeito pelos resultados eleitorais, mas também requer a proteção das liberdades e direitos, respeito aos títulos legais e a garantia da livre discussão e distribuição sem censura de notícias e comentários justos. Mesmo as eleições podem ser grandemente danosas se ocorrerem sem que os diferentes lados tenham oportunidade adequada de apresentar seus respectivos casos, ou sem que o eleitorado goze de liberdade para obter notícias e considerar os pontos de vista dos competidores. A democracia é um

sistema exigente e não apenas uma condição mecânica (como o governo da maioria) tomada isoladamente.

Importante destacar que, para que a participação popular aconteça, de forma efetiva, deve existir um espaço organizado de diálogo. A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas apresenta proposta para o projeto democrático, mediante a transformação dos destinatários das normas jurídicas em seus autores. (MAIA, 2014).

Para tanto, necessária uma reestruturação da posição da sociedade civil perante o Estado, de modo que deixe de lado o seu papel de cliente, para assumir o papel de ator de um direito legítimo, emergente da opinião e da formação de vontades discursivas de cidadãos, como titulares do poder. (MAIA, 2014).

Imperioso destacar que a participação não se resume na simples criação de entidades representativas, devendo haver a presença marcada do sujeito social popular nas decisões que refletem a vontade do Estado, ou seja, a voz do povo deve ser ouvida, considerada, acatada, deve ser, pois, vinculante, cabendo ao agente público ou político a devida fundamentação quando preciso decidir de forma diversa, de modo que, o real titular do poder possa fiscalizar e compreender as razões que solaporam a sua vontade expressa.

A participação popular pressupõe a capacidade de criação de grupos que possuam um senso compartilhado de realidade com coesão, em torno de entendimentos comuns, que determinam seu crescimento. Contudo, esse interesse comum não pode significar a supressão da diversidade, visto que os problemas sociais emergem da interação do sujeito com o mundo, cada qual com percepções únicas, a depender dos valores do ator social, sendo certo que as soluções para os problemas sociais não serão únicas. (MAIA, 2014).

Assim, possível entender que o interesse comum que mobiliza os grupos será, tanto em torno de um objetivo comum, pelo compartilhamento de ideais, ou ainda, simplesmente pela vontade de se fazer ouvir, e, quanto mais numerosos e variados esses grupos, mais efetivas as soluções.

Nesse cenário despontam várias formas de organizações sociais dispostas à mobilização em prol de melhores condições de vida, notadamente organizações sem fins lucrativos, representativas do terceiro setor, além das diversas composições comunitárias na forma de conselhos, incentivadas ou não pelo Estado, além das formas de participação direta, como plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei, ou ainda, consultas e audiências públicas, orçamento participativo, sistemas de ouvidoria, entre outros instrumentos de participação popular.

Sobre os meios que podem ser utilizados na busca da argumentação pública, Sen (2015, apud ZAMBAM, *on line*):

Debater e dialogar envolvem apresentar o próprio ponto de vista e prestar séria atenção nos argumentos do outro. Isso pode ser feito através da mídia ou de reuniões públicas, além de debates sobre temas relevantes, mas, quando é difícil obter boa audiência, formas mais assertivas de comunicação podem também ser necessárias.

A observação é importante, pois, na medida em que a realidade social das novas mídias impõe novas formas de comunicação e interação entre indivíduos, as formas tradicionais de reunião popular podem não mais atingir amplamente os cidadãos. Assim, a participação popular efetiva deve ser também inclusiva, ressalvado o bom uso das tecnologias.

Esse processo democrático tem certos pressupostos, notadamente, na concepção de Amartya Sen (*on line*), as liberdades políticas e direitos civis, como instrumentos do processo democrático, e, a participação popular como elemento construtivo na conceituação e compreensão das necessidades econômicas em um contexto social.

3 Importância na participação popular na tomada de decisões conforme Amartya Sen

A intensificação da participação popular nas diversas esferas do poder sempre despertará, naqueles mais céticos, o receio de que decisões inadequadas possam ser tomadas pelo povo, reservando aos

representantes, gestores profissionais ou técnicos a condução dos temas relevantes, na contramão do processo de democratização. Essa preocupação foi retratada por Platão, que advertia quanto ao perigo de se deixar o governo do Estado nas mãos da população inapta, incapaz de antever ideais superiores e de lutar por fins mais elevados do que o prazer momentâneo. (MAIA, 2014).

Amartya Sen (2000) se opõe a tal argumento e a máxima de que nos países pobres, onde as necessidades econômicas são urgentes, as liberdades políticas representam um luxo dispensável, e, ante o questionamento do que deve vir primeiro, se eliminar a pobreza e a miséria ou garantir liberdade política e direitos, estabelece uma conciliação entre tais objetivos, pois, partindo do pressuposto que o maior interessado em resolver o problema da miséria é o próprio miserável, as liberdades políticas representam o instrumento de emancipação que garantirá a mais eficaz resolução do problema da miséria, com a ativa cooperação do cidadão que com ela sofre.

Não se trata de duvidar do altruísmo dos bem intencionados governantes que se compadecem e se engajam no combate à miséria, mas de reconhecer que quando a motivação parte daquele que realmente a sofre, e, a essa pessoa são garantidas as liberdades políticas necessárias para desenvolver a capacidade de participar e transformar sua realidade, a probabilidade de sucesso pela adequação das medidas se amplia.

Nesse sentido, Amartya Sen (1999, *on line*):

No decorrer do século XIX, teóricos da democracia achavam bastante natural discutir se um ou outro país estava "pronto para a democracia". Este pensamento mudou somente no século XX, com o reconhecimento de que a própria questão estava errada: um país não precisa ser visto como pronto para a democracia; ao invés disso, deve se tornar pronto por meio da democracia. Essa é uma mudança importante, que estende o alcance potencial da democracia para bilhões de pessoas, com suas variáveis histórias e culturas e distintos níveis de afluência.

O autor destaca que dentre os importantes fatos que ocorreram no século XX, o mais proeminente é a ascensão da democracia, afirmando que “quando as pessoas olharem para o que aconteceu no século passado, acharão difícil não colocar primazia na emergência da democracia como a mais aceitável forma de governança.” (SEN, 1999, *on line*).

Segundo Amartya Sen (2015, apud ZAMBAM, *on line*), no tocante à relação entre liberdade e desenvolvimento, “a liberdade democrática pode ser utilizada para reforçar a justiça social e para que se consiga assegurar uma melhor prática política, e, portanto, uma vida política que também há de ser mais equitativa.”

Portanto, para Sen (*on line*), as liberdades políticas e os direitos civis são tanto instrumentais do processo democrático - na medida em que garantem e ampliam o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas, por exemplo), sendo que a “resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo”, - quanto construtivas na conceituação das necessidades sociais, cuja compreensão de seu conteúdo requer discussão e diálogo, ou seja, participação popular.

A intensidade das liberdades econômicas, na visão de Amartya Sen (*on line*), aumenta, e não diminui, a urgência das liberdades políticas, destacando três considerações que conduzem na direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos:

- 1) sua importância direta para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política a social);
- 2) seu papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas);
- 3) seu papel construtivo na conceituação de “necessidades” (como a compreensão das “necessidades econômicas” em um contexto social).

Segundo Amartya Sen (2000), não há sustentação científica à afirmação de que existe um conflito entre liberdades políticas e desempenho

econômico, tampouco que um governo autoritário mediante a supressão de direitos civis e políticos seja benéfico para incentivar o desenvolvimento econômico, visto que não considera adequado julgar o crescimento econômico apenas pelos indicadores de expansão econômica, mas também o impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e as capacidades dos cidadãos, conforme segue (SEN, *on line*):

Os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar etc.) pode realmente fazer diferença. Essa é uma parte do papel instrumental da democracia e das liberdades políticas.

Quanto ao papel construtivo da liberdade política, defende Amartya Sen (*on line*) que a compreensão adequada de quais são as necessidades econômicas, seu conteúdo e sua força, requer discussão e diálogo.

Os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas. Esses processos são cruciais para a formação de valores e prioridades, e não podemos, em geral, tomar as preferências como dadas independentemente de discussão pública, ou seja, sem levar em conta se são ou não permitidos debates e diálogos.

Contudo, destaca Amartya Sen (*on line*), que “a democracia não serve como um remédio automático para doenças do mesmo modo que o quinino atua na cura da malária”, que, “muito depende do modo como elas são realmente exercidas”, ou seja, do modo como as oportunidades são usadas pelos cidadãos, pelas pessoas comuns, cuja força desse aproveitamento depende, por exemplo, do vigor da política multipartidária e do dinamismo dos argumentos morais e da formação de valores, com destaque especial ao papel da oposição na formação de agendas públicas.

Uma aplicação da teoria de Amartya Sen pode ser observada no “Índice de Democracia 2018” (Democracy Index 2018, *on line*), elaborado pela

consultoria *Economist Intelligence Unit*, ligada à revista britânica *The Economist*. Referido índice compreende 60 indicadores em cinco grandes categorias: "processo eleitoral e pluralismo" (9.58 – pontuação do Brasil, em uma escala de 0 a 10, sendo, quanto maior o resultado, mais presente e expressiva a característica democrática); "liberdades civis" (8.24); "participação política" (6.67); "funcionamento do governo" (5.36) e "cultura política" (5.00). Considerando a pontuação por média, o Brasil foi avaliação com resultado 6.97, o que, conforme a metodologia da pesquisa, enquadra o país como uma “democracia imperfeita”.

No tocante aos dois primeiros grupos, “processo eleitoral e pluralismo” e “liberdades civis”, possível identificar os pressupostos instrumentais da democracia em Amartya Sen, ou seja, liberdades políticas e direitos civis, cuja avaliação do Brasil, com notas acima de 8, o classifica como uma democracia plena.

Contudo, no aspecto construtivo das liberdades políticas e direitos civis, ou seja, na identificação e compreensão de necessidades sociais, cujos pressupostos podem ser identificados, nos termos da pesquisa, como “participação política”; “funcionamento do governo” e “cultura política”, o resultado observado no Brasil é indesejável. Notas entre 6 e 8 classificam o Estado como “democracia imperfeita”, no entanto, notas entre 4 e 6, indicam um regime democrático híbrido, ainda considerado democracia, mas como traços de regimes autoritários, estes, por sua vez, correspondem a notas abaixo de 4 pontos.

Numa tradução livre do relatório em análise, esta classificação seria a seguinte:

Democracias plenas: Países em que não apenas as liberdades políticas básicas e as liberdades civis são respeitados, mas que também tendem a ser sustentados por uma cultura política propícia ao florescimento de democracia. O funcionamento do governo é satisfatório. Mídia é independente e diversificada. Lá é um sistema eficaz de verificações e balanços. O judiciário é independente e as decisões judiciais são reforçadas. Existem apenas problemas limitados no funcionamento das democracias.

Democracias imperfeitas: Estes países também têm eleições livres e justas e, mesmo que existam problemas (como a violação da liberdade de imprensa), as liberdades civis básicas são respeitadas. Contudo, existem fraquezas significativas noutros aspectos da democracia, incluindo problemas de governo, cultura política subdesenvolvida e baixos níveis de participação política.

Regimes híbridos: As eleições têm irregularidades substanciais que muitas vezes impedem que sejam livres e justas. A pressão do governo sobre partidos da oposição e candidatos pode ser comum. Sérias fraquezas são mais prevalentes do que nas democracias imperfeitas - na cultura política, no funcionamento governo e participação política. A corrupção tende a ser generalizada e o estado de direito é fraco. A sociedade civil é fraca. Normalmente, há assédio e pressão sobre os jornalistas, e o judiciário é não independente.

Regimes autoritários: Nestes estados, o pluralismo político estatal está ausente ou fortemente circunscrito. Muitos países nesta categoria são ditaduras definitivas. Algumas instituições formais da democracia podem existir, mas estes têm pouca substância. As eleições, se ocorrerem, não são livres e justas. Há desrespeito por abusos e violações das liberdades civis. Os meios de comunicação são tipicamente estatais ou controlados por grupos ligados ao regime dominante. Há repressão de críticas ao governo e generalizada censura. Não há judiciário independente.

Analisando alguns indicadores, notadamente no aspecto da “participação popular” e “cultura política”, notamos os seguintes critérios de avaliação, por exemplo, “envolvimento dos cidadãos com a política”; “a preparação da população para participar de manifestações legais”; “a alfabetização de adultos”; “até que ponto a população adulta demonstra interesse e segue a política nas notícias”; “se as autoridades fazem um esforço sério para promover a participação política”; “qual a proporção da população que deseja um líder forte que ignora parlamento e eleições”; “proporção da população que preferiria o regime militar”, e, “proporção da população que preferiria governar por especialistas ou tecnocratas”, sendo que, quanto maior a proporção, nos três últimos indicadores, menos democrático o Estado.

Nesse sentido, o relatório indica que, embora o Brasil tenha demonstrado bons resultados no sentido instrumental da democracia, ainda

precisa ampliar e fortalecer os mecanismos de participação popular e cultura política entre os cidadãos.

No tocante ao aspecto da justiça, certo que no processo de democratização, deve ser o agente público e político um elo de ligação entre a sociedade civil e o Estado. Seu poder de iniciativa e mobilização é extremamente relevante para o sucesso da participação popular, sendo o oposto, a apatia e a paralisia do agente público, um dos principais entraves para o diálogo efetivo.

Essa vocação para o público que deve permear a atuação dos agentes públicos e políticos é essencial para os aspectos da justiça, visto que, não basta que as instituições sejam justas, com arranjos justos e regras justas. Para que a democracia funcione é também preciso que o comportamento dos envolvidos seja justo, comprometida com os ideais democráticos.

Nesse aspecto o diálogo entre John Rawls e Amartya Sen.

No sistema rawlsiano de justiça como equidade, concede-se atenção direta quase que exclusivamente às “instituições justas”, em vez de focalizar as “sociedades justas” que podem tentar contar com instituições eficazes e características comportamentais reais. (SEN, 2011)

Segundo Amartya Sen (2011), temos boas razões para reconhecer que a busca da justiça é em parte uma questão de formação gradual de padrões comportamentais – não há nenhum salto imediato da aceitação de alguns princípios de justiça e um redesenho total do comportamento real de todos os membros de uma sociedade em consonância com essa concepção política da justiça. Em geral, as instituições têm de ser escolhidas não apenas em consonância com a natureza da sociedade em questão, mas também em conformidade com os padrões reais de comportamento que se pode esperar, mesmo que uma concepção política de justiça seja aceita por todos, e até mesmo depois de ela ser aceita.

Em suma, a concepção de justiça em John Rawls é pelas instituições e comportamentos idealmente justos. Amartya Sen destaca a importância da natureza das sociedades para a formação das instituições, bem como o comportamento real dos agentes na consecução das políticas, sendo que a

escolha das instituições reais pode, portanto, levar em conta, tanto quanto for necessário, os parâmetros reais do comportamento social padrão. (SEN, 2011).

Em outras palavras, embora as instituições e comportamentos idealmente justos possam representar um objetivo a ser alcançado, o processo de busca da justiça dependente da escolha de instituições que levem em conta uma leitura realista das normas comportamentais. Nas palavras de Amartya Sen (*on line*) “exigir do comportamento hoje mais do que supostamente será cumprido não seria uma boa maneira de fazer avançar a causa da justiça.”

O autor destaca que, eventualmente, podem restar visões conflitantes sobre as prioridades sociais. Nesse sentido, a justiça está na concepção de instituições que promovam o diálogo e o debate, haja vista a pluralidade na sociedade, tendo a tolerância como marca no processo de formação e escolha de políticas públicas. (SEN, 2011).

Considerações finais

A relação de conciliação entre democracia e desenvolvimento defendida por Amartya Sen, estabelece que o Estado não precisa abdicar de liberdades políticas e direitos civis em atenção ao desenvolvimento, visto que este depende, em sua concepção ampla, no tocante a situação econômica e social, das liberdades políticas e direitos civis.

A justificativa primordial se refere a maior probabilidade de que o cidadão que sofre com a miséria e outras mazelas, seja o mais capaz de identificar e compreender suas necessidades, no entanto, apenas poderá desenvolver e exercer tal capacidade em um contexto democrático, em um espaço público de debate e diálogo qualificado.

A pesquisa trazida à baila indica que o Brasil, embora tenha instituições e instrumentos de democracia, sob o aspecto formal, ainda precisa avançar no aspecto da efetiva participação popular, pois, não basta que

sejam criados os mecanismos de participação, mas que o modo e o uso destes seja efetivo e adequado.

Com a democratização a partir da Constituição de 1988, o pressuposto da participação popular restou inexorável nesse processo, devendo o Estado criar mecanismos que garantam a participação, de maneira efetiva, ou seja, qualificada, visto que o cidadão deve ter conhecimento e acesso aos instrumentos participativos, mas também a capacidade de compreender seu conteúdo para que se manifeste de maneira autônoma.

A mera previsão dos instrumentos não caracteriza a democracia, tampouco a sua existência formal. Por exemplo, não basta que o administrador público convoque uma audiência pública e permita que a sociedade expresse sua vontade em relação a determinado tema. É preciso que, primeiro, a audiência seja acessível ao maior número de pessoas, e, não sendo de forma presente, devem ser usadas tecnologias que atraiam o interesse público. Também é preciso que as pessoas possam livremente expor suas concepções, em um espaço de confiança, diálogo, debate, e tolerância, seja diretamente, ou por meio de conselheiros que as represente. E, principalmente, a vontade popular deve vincular o agente público e político, sob pena de autoritarismo.

Essa vinculação se deve ao princípio da soberania popular, mas também ao pressuposto de que a tomada de decisões e a identificação de necessidades pode repousar em qualquer cidadão, conforme as concepções de Amartya Sen, e, ainda, que alguns instrumentos de participação popular não sejam exatamente vinculantes, devem condicionar o agente público e político a obrigação de motivar, fundamentadamente, qualquer escolha diversa da vontade popular, de modo a permitir a avaliação e controle do Estado, que também são aspectos da participação popular, instaurando a cultura de que nenhuma decisão é do agente, mas resultado do processo democrático, cuja participação popular é pressuposto.

Referências

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

Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy. Economist Intelligence Unit. The Economist. Disponível em: <https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy2018>. Acesso em 10 mai 2019.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. **A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014. Disponível em: < https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf>. Acesso em 02 mai 2019.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Democracia como um valor universal**. Disponível em: < <http://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2016/07/SEN-Amartya-1999>>. Acesso em 14 mai 2019.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Companhia de Bolso. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/>>. Acesso em 02 mai 2019.

_____. **Glória incerta: a Índia e suas contradições**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, apud ZAMBAM, Neuro. **A democracia brasileira e a qualidade de informação: pressupostos políticos e jurídicos para a justiça social**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xwai_thoTnAJ:www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/download/7254/5427+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 05 mai 2019.

TEIXEIRA, José Paulo. **Outros desvios. Ensaios de autonomia e democracia nas cidades do século XXI**. Florianópolis: Instituto Cidade Futura, 1999.

Breve currículos autores

1-André Luís Bortolini: Mestrando no Centro Universitário Autônomo do Brasil. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional do UniBrasil – NUPECONST. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6831405819271001>

2-Adriano Delfino Moreira: Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2005), Pós Graduação em Direito Processual, pela Universidade da Amazônia, UNAMA, Belém, Brasil e Especialização em Direito Administrativo pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP, Campo Grande/MS. Atualmente é professor titular de direito processual penal e direito penal na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus Videira/SC, Coordenador da Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da UNOESC/Videira e Delegado de Polícia no Estado de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Penal, Processo Penal, Constitucional e Tributário. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7964926992125256>

3-Aletya Dahana Rollwagen - Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia no Programa de Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU, Linha de Pesquisa: Constituição e condições materiais da democracia. Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única de Ipatinga (2020). Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu - UNIGUAÇU (2018). ORCID id: 0000-0002-5252-5576. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9585506135035157>

4-Camila Salvatti - Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, na categoria de Minter (UNIGUAÇU). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Vale do Iguaçu – Uniguauçu (2018-2020). Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu - Uniguauçu (2013-2017). Advogada. E-mail: camilasalvatti@hotmail.com. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5285371522138200>.

5-Élder Teodorovicz - Mestrando em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa:

Jurisdição e Democracia. Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná e Professor junto a Universidade do Contestado/UNC. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4968442857025363>

6-Elaine Kristina Krinski Silveira Gliese - ELAINE KRISTINA KRINSKI SILVEIRA GLIESE. Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia – MINTER – UNIBRASIL. Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Vale do Iguaçu (2010) e em Ciências Econômicas pelo Centro Universitário da Cidade de União da Vitória (2003). Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2442396100876864>

7-Elisangela Marli Zakszeski - Mestranda em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp(2010). Procuradora efetiva do Poder Legislativo do Município de Cruz Machado-Estado do Paraná e conselheira e relatora do Conselho Subseccional de Ética de União da Vitória-Estado do Paraná. ORCID id: 0000-0003-3247-3868 Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0224915605457037>

8-Elvis Jakson Melnisk. Mestrando em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Juiz de Direito (TJ/PR). Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa e Pós-Graduação em Direito Processual Civil, em Direito Constitucional e em Direito Administrativo. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8344921862707449>

9-Juliana Bianchini - Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UniBrasil (MINTER – Uniguauçu). Extensão Universitária junto à Universidad Pablo de Olavid, em Sevilla, Espanha. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Vale do Iguaçu (Uniguauçu). Professora no Centro Universitário Vale do Iguaçu (Uniguauçu). Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Paraná. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4030528935105847>.

10-Jonathan Santos: Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL, Pós-graduado em Direito Civil Pela Universidade Anhanguera, Pós-graduado em História e Sociedade pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras - FAFI, Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC, Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado - Campus Porto União, Graduado em História pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de União da Vitória - PR. Principais linhas de pesquisa: A Violência no Cotidiano da Prostituição, Protesto Extrajudicial de Sentenças Cíveis, Função Social do

Contrato, História das Religiões. ID Lattes: **6711232180894259**. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6711232180894259>

11-Nathan de Freitas Fernandes - Mestrando em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Procurador-chefe do Município de Mallet/PR e Professor no Centro Universitário Vale do Iguaçu - Uniguaçu. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5282340650290466>

12-Ricardo José Feiten - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER- UNIGUAÇU UNIBRASIL. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8725042740290943>

13-Rodrigo Barzotto Pereira de Souza - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER-UNIGUAÇU UNIBRASIL. Advogado e Professor universitário. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8287457669404220>

14-Sabrina Bittey Cavallari de Carvalho- Mestranda em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Pós graduada em Direito Civil e Empresarial pela PUC-PR, pós graduada em Processo Civil pelo Instituto Romeo Felipe Bacellar, coordenadora do grupo de Direitos Fundamentais e Tecnologia da OAB-PR, comissão Inovação e Gestão. Participante do Grupo de Estudos NUPECONST, pertencente ao UNIBRASIL. Advogada inscrita na OAB-PR sob n. 76.395. Fluente em Espanhol. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4808255905313508>

15-Tairini Passarini - Mestranda em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia MINTER- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Professora no Centro Universitário Vale do Iguaçu – Uniguaçu Fluente em inglês, iniciante em francês. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1300087884222630>

16-Tatiane Wegrnen - Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil –UNIBRASIL, programa interinstitucional de pós-graduação strictu sensu em Direitos Fundamentais e democracia – MINTER. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2017. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Vale do Iguaçu - UNIGUAÇU em 2013. Advogada inscrita na OAB/PR e professora do Curso de Direito da UNIGUAÇU. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8969476326569437>

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org