

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. João Lima Sant’Anna Neto

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Vice-Diretora

Prof^ª. Dr^ª. Nanci Soares

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof^ª. Dr^ª. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^º. Dr^ª. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof^ª. Dr^ª. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof^ª. Dr^ª. Jete Jane Fiorati

Mestrando José Arthur Gentile

Mestranda Ana Clara Tristão

UNESP – Universidade Estadual Paulista
UNESP – São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos <i>UNESP</i> .	Franca.	a. 22, n.36.	488 p.	2018.
---	---------	--------------	--------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--|--|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | Jete Jane Fiorati (Unesp) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | João Paulo Capelotti (ISHS) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | José Duarte Neto (Unesp) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul) | Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG) |
| César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG) | Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Eduardo Pordeus (UFCG) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Renato de A. O. Muçouçah (UFU) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Ricardo Prestes Pazello (UFPR) |
| Esteban Juan Pérez Alonso (Univ. Granada) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesc) |
| Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Fabrizio Bertini Pasquot Polido (UFMG) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda) | Vânia B. Rey Paz (UFMS) |
| Gilberto Bercovici (USP) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV) | Victor Hugo de Almeida (Unesp) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | Yvete Flávio da Costa (Unesp) |

Equipe Editorial

- Adriano Roque Pires (Unesp)
Ana Clara Tristão (Unesp)
Ana Cristina Gomes, Universidad de Salamanca
Ana Lelis Oliveira Garbim, (Unesp)
Gabriel Moura Aguiar (Unesp)
Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (Unesp)
Maiara Motta (Unesp)
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp)
Carlos Alberto Bernardes (Unesp)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2018, 22-36
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Estudos Jurídicos Unesp** (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Unesp, publica em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos, resenhas e traduções, na linha editorial “Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania”, consoante sua área de concentração, com destaque para uma de suas linhas de pesquisa: **1) Cidadania civil e política e Sistemas normativos; 2) Cidadania social e econômica; e 3) Tutela e Efetividade dos direitos da cidadania.**

A Revista é fruto da preocupação do PPGDireito/Unesp/Franca com a pesquisa jurídica de excelência, em uma realidade caracterizada pela necessidade de se concretizar o compartilhamento do conhecimento e habilidades direcionadas ao fortalecimento e ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Os critérios utilizados nas últimas edições se referem a estratos elevados, com artigos internacionais e o firme compromisso de altos índices de exogenia, distribuída pelos diferentes Estados brasileiros e com contribuições de autores de elevado grau acadêmico, vinculados a conceituados programas de pós-graduação do Sistema Nacional de Pós-graduação, tendo alcançado o estrato Qualis-Periódico B1, na última classificação da Área do Direito.

Neste número 36, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do PPGDireito/Unesp/Franca. Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 8 (oito) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA; e 5 (cinco) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA.

Conjuntamente, foi incluída uma Resenha do livro de Giann Lucca Interdonato e Marisse Costa de Queiroz, intitulado “‘Trans-identidade’: a transexualidade e o ordenamento jurídico”, elaborada por Douglas Santos Mezacasa e Dirceu Pereira Pereira Siqueira e aprovada para publicação nos mesmos critérios dos artigos descritos acima.

Vale destacar a pertinência temática dos trabalhos à Área de Concentração do PPGDIREITO/UNESP/FRANCA, “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, contribuindo para o debate

jurídico e para o aprofundamento das pesquisas realizados no âmbito nacional e internacional.

Agradecemos a participação de todos/as que contribuíram para a manutenção da alta qualidade da Revista, desejando que pesquisadores/as apreciem o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos Unesp.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Presidente do Conselho Editorial e da Comissão Permanente de
Pesquisa da Unesp Câmpus de Franca.

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL NO EXTERIOR: EMPRESAS BRASILEIRAS EM RISCO?

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves

Pedro Hilst13

PLURALIZAÇÃO ORDENATIVA E CONFLITOS CONSTITUCIONAIS: NOVOS PARADIGMAS DE ESTABILIZAÇÃO NORMATIVA NOS SISTEMAS TRANSNACIONAIS

Rafael Freitas

Luis Cláudio Martins de Araújo.....29

O DIREITO À EXISTÊNCIA E SUA INTERLOCUÇÃO DO ELO ENTRE CIDADÃO E O ESTADO: UMA LEITURA DA APATRIDIA

Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa

Valquiria Almeida55

O BEM DA VIDA E A VIDA BOA NA TEORIA DE JOHN FINNIS: UMA INTRODUÇÃO

Elden Borges Souza

Caroline Figueiredo Lima.....77

HISTÓRIA DO DIREITO E A EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA NO BRASIL

Vanessa Santos do Canto99

INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DECISÕES

Glauzienne Mendes Santos

Loiane Prado Verbicaro..... 123

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE TRAZIDA PELA LEI 13.467/2017

Dirlene Mendes Guimarães

Jorge Luís Mialhe..... 169

EMERGÊNCIA DO DIREITO AMBIENTAL DURANTE A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO PÓS-MODERNO

Edson Damas Silveira

Rômulo Souza Barbosa..... 195

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

DISCURSO JURÍDICO IDEOLÓGICO: A DESUMANIZAÇÃO DA SOCIEDADE VOLTADA AO SISTEMA EDUCACIONAL

Marli Marlene Moraes da Costa

Betina Galves Rui 217

INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O CONTRIBUTO DAS EMPRESAS FRENTE ÀS POLÍTICAS ESTATAIS DE CONCRETIZAÇÃO DESSES DIREITOS POR MEIO DO ACESSO AO EMPREGO E RENDA

Gina Marcilio Pompeu

Andreia Maria Santiago 241

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO E SUA AFIRMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO (SOCIAL) DA REPÚBLICA BRASILEIRA DE 1988

Luciani Coimbra de Carvalho

Geraldo Furtado de Araújo Neto..... 259

**DIRETRIZES NÃO DISCRIMINATÓRIAS DA NOVA LEI DE
MIGRAÇÃO E O IMPLEMENTO DE SEVERAS PENALIDADES
ADMINISTRATIVAS DE CUNHO ECONÔMICO**

Jéssica Duque Cambuy

Deilton Ribeiro Brasil283

**COOKIES DE NAVEGADOR E HISTÓRIA DA INTERNET:
DESAFIOS À LEI BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS**

Jordan Vinícius de Oliveira

Lorena Abbas da Silva307

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

**USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM NOVO INCREMENTO NA
FUNÇÃO SOCIAL DOS CARTÓRIOS**

Afonso Soares Oliveira Sobrinho

Clarindo Ferreira Araújo Filho341

**OS PLANOS ECONÔMICOS CRUZADO, BRESSER, VERÃO,
COLLOR I E II E OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 591.797 E
626.307: IMPACTOS NAS FINANÇAS DO ESTADO BRASILEIRO
EM FACE DAS VINDOURAS DECISÕES DO STF**

Cristiane dos Santos Brito

Simone Coêlho Aguiar363

**A CARTA SUICIDA COMO MODALIDADE DE TESTAMENTO
PARTICULAR**

Danilo Porfírio de Castro Vieira

Karine Jordana Barros Belém385

**TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ASPECTOS A PARTIR DE
DECISÕES JUDICIAIS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Valmôr Scott Júnior

Raquel Faria Pimentel409

**CANDIDATURA AVULSA E A DIFICULDADE
CONTRAMAJORITÁRIA**

Parcelli Dionizio Moreira451

**RESENHA DO LIVRO “TRANS-IDENTIDADE”: A
TRANSEXUALIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO**

Douglas Santos Mezacasa

Dirceu Pereira Siqueira483

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

REFLEXÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL NO EXTERIOR: EMPRESAS BRASILEIRAS EM RISCO?

REFLECTIONS ON NORTH AMERICAN LEGISLATION ANTI-CORRUPTION IN BUSINESS ABROAD: BRAZILIAN COMPANIES AT RISK?

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves *

Pedro Hilst **

SUMÁRIO: Introdução; 1. Origem do Foreign Corrupt Practices Act; 2. Destinatários da norma; 3. Condutas vedadas e sanções; 4. Concurso com outras leis dos EUA e efeitos em outras jurisdições; 5. Divulgação voluntária, colaboração com as autoridades e delação; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trará reflexões sobre a legislação estadunidense anticorrupção no exterior, com enfoque no Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), cujas determinações e pesadas sanções podem alcançar, a depender da situação, empresas brasileiras ou empresas no Brasil. Neste intuito, primeiramente é traçado breve histórico do FCPA para então adentrar em suas prescrições de forma a explicitar a quem se destina a norma, quais as condutas vedadas e eventuais sanções a que estão submetidos aqueles que violarem seus dispositivos, bem como o concurso com outras leis dos Estados Unidos da América e com consequências em outras jurisdições. Também são abordados os efeitos da divulgação voluntária de violações, da colaboração com as autoridades e da delação.

Palavras-chave: Anticorrupção. FCPA. Compliance. Direito Comparado. Violações.

ABSTRACT: *This essay will present reflections about the American anticorruption legislation, with emphasis on the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), whose determinations and heavy sanctions can reach, under some circumstances, Brazilian companies or foreign companies in Brazil. In order to achieve this objective, firstly it is presented the FCPA's background and then the analysis of to whom concern its prescriptions and the forbidden practices and sanctions that may be applied to perpetrators. Other laws of the United States of America that applies and consequences in other jurisdictions are shown. Also the voluntary disclosure of violations, collaboration with the authorities and whistleblowing are objects of study.*

Keywords: *Anticorruption. FCPA. Compliance. Comparative Law. Violations.*

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

** Graduação em Engenharia Industrial Mecânica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná e Université de Technologie de Troyes (França). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Artigo recebido em 08/08/2018 e aceito em 18/10/2018.

Como citar: ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; HILST, Pedro. Reflexões sobre a legislação norte-americana anticorrupção empresarial no exterior: empresas brasileiras em risco? **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p. 13, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Mais do que um estudo de direito comparado, o conhecimento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), a lei anticorrupção dos Estados Unidos da América (EUA) é essencial no Brasil contemporâneo, pois, como se demonstrará, empresas brasileiras e subsidiárias de empresas estrangeiras instaladas no país podem estar expostas à referida lei e suas consequências penais, civis e administrativas.

Neste panorama, é mister o estudo para além das normativas nacionais, principalmente encontradas nos dispositivos do Capítulo II-A do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que tipificam os crimes de tráfico de influência e a corrupção ativa em transação comercial internacional (respectivamente os artigos 337-C e 337-B, ambos do Código Penal), e na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que institui a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O presente artigo se propõe a apresentar a legislação estadunidense anticorrupção no exterior, sobretudo o *Foreign Corrupt Practices Act*, pretendendo uma introdutória análise da referida lei. Neste intuito, primeiramente é traçado um esboço histórico do FCPA para a compreensão de sua motivação. Ato seguinte, são analisadas as prescrições legais de forma a explicitar a quem se destina a norma, quais as condutas vedadas e eventuais sanções a que estão submetidos aqueles que violarem seus dispositivos. Para que a compreensão do tema seja adequada, também é feita a apresentação conjunta de outras leis dos EUA e com consequências mesmo em outras jurisdições, vez que sem a análise global, impossível a correta mensuração sobre o alcance da sistemática norte-americana. Finalmente, são abordados os efeitos da divulgação voluntária de violações, da colaboração com as autoridades e da delação.

Em um contexto histórico em que a globalização é uma força inconteste e em que a internacionalização das empresas é frequente, torna-se imperioso conhecer a fundo não somente as regras que ditam o bom comportamento no plano interno, mas também no estrangeiro, sob pena de programas de *compliance* se tornarem inefetivos.

1 ORIGEM DO *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*

O grande escândalo político conhecido como *Watergate* não só causou o *impeachment* do presidente Richard Nixon por causa de contribuições ilegais para a campanha de 1972, como também expôs a multimilionária cadeia de corrupção empresarial nos EUA.

Muitas empresas, entre elas gigantes do setor de petróleo e gás tais como Exxon (anteriormente Standard Oil), Mobil, Gulf Oil, Ashland Oil e Phillips Petroleum, subornavam agentes públicos estrangeiros para obter negócios (BIEGELMAN, 2010, p.8). Já nos anos 70, Eduardo GALEANO, em seu emblemático *As Veias Abertas da América Latina*, denunciava o poderio das grandes empresas do setor sobre os rumos dos países:

Não há empresários cujo poder político se compare com o que exercem as grandes corporações petrolíferas. A Standard Oil e a Shell entronizam e destronam reis e presidentes, financiam conspirações palacianas e golpes de Estado, têm a seu serviço um sem-número de generais, ministros e James Bonds, e em todas as comarcas e todos os idiomas decidem o curso da guerra e da paz. (GALEANO, 2010, p.222)

Investigações da SEC (*Securities and Exchange Commission*), a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos, concluíram que centenas de empresas estadunidenses pagavam propinas a agentes públicos estrangeiros de todos os escalões em quase todo o mundo. A arraigada prática não era ilegal, sendo comum o não registro de tais pagamentos nos livros contábeis. Em países europeus como Alemanha e Reino Unido, mesmo os valores pagos em suborno no exterior eram dedutíveis dos impostos como gasto empresarial legítimo (BIEGELMAN, 2010, p.9).

Nos EUA, a SEC promoveu em 1976 um programa de divulgação voluntária, no qual foi admitido o pagamento de mais de 300 milhões de dólares a funcionários estrangeiros por mais de 500 empresas (BIEGELMAN, 2010, p.10).

O Senado dos Estados Unidos também conduziu investigações e audiências públicas, apesar da resistência do então secretário de estado Henry Kissinger, preocupado com as potenciais consequências do que chamou de “O *Watergate* Empresarial” (“*The Watergate of Private Industry*”) em correspondência de 1975. Intensificadas as investigações, Kissinger tentou manter desconhecidas do público as informações sobre as práticas de suborno da Lockheed Aircraft Corporation, empresa que detinha

a maior parte dos contratos militares nos EUA. Entretanto, a Lockheed foi forçada a admitir perante o Congresso estadunidense o pagamento de 24 milhões de dólares em suborno a autoridades de ao menos 15 países, incluindo para o marido da rainha dos Países Baixos, para o líder do partido da situação no Japão, para o Ministro do Interior italiano e para generais da Força Aérea da Colômbia (BIEGELMAN, 2010, p.11-12).

No âmbito do Poder Executivo, foi formada em março de 1976 uma Força Tarefa sobre Pagamentos Empresariais Questionáveis (*Task Force on Questionable Corporate Payments*). A SEC formulou um relatório sobre Pagamentos e Práticas Empresariais Questionáveis e Ilegais (*Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*) em maio do mesmo ano (BIEGELMAN, 2010, p.13). Willian Proxmire, Frank Church e outros senadores fizeram passar uma lei com dispositivos anticorrupção, a qual também obrigava a que fossem mantidos livros e registros de todas as transações efetuadas pelas empresas e a existência de controles internos. O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) tornou-se lei pela assinatura do presidente Jimmy Carter em 19 de Dezembro de 1977 (BIEGELMAN, 2010, p.15), de modo que os EUA foi o primeiro país a tornar ilegal o suborno de funcionários estrangeiros (BIEGELMAN, 2010, p.8).

Quando foi sancionado, o FCPA foi criticado, sendo apelidado de forma desdenhosa de “Lei do Pleno Emprego dos Contadores de 1977” (“*Accountants’ Full Employment Act of 1977*”), por conta de suas disposições obrigatórias sobre *compliance* (BIEGELMAN, 2010, p.17). Entretanto, hoje, com a globalização acentuada dos negócios, “mais do que nunca, todas as organizações necessitam de um programa robusto de *compliance* para assegurar uma cultura perene de *compliance*”¹ (BIEGELMAN, 2010, p.19).

Houve, assim, a partir da década de 1970 uma priorização político criminal nos Estados Unidos da América visando a coibir as práticas danosas praticadas por empresas e que, em última análise, desvirtuavam o próprio ambiente concorrencial em que estavam inseridas.

Neste sentido, preocupados com a desvantagem competitiva das empresas americanas em relação às empresas oriundas de países nos quais não se criminalizavam a corrupção transnacional, o Congresso estadunidense solicitou, em 1988, ao Poder Executivo, que iniciasse

¹ Tradução livre para: “More then ever before, all organizations need a robust compliance program to ensure an enduring culture of compliance”. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. p. 19.

negociações no âmbito da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para obtenção de um acordo com seus maiores parceiros comerciais (BIEGELMAN, 2010, p.25).

O resultado foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, adotada em Paris, França, em 1997. Sobre a Convenção, observa Thiago Godinho que o “texto é largamente inspirado na lei americana sobre corrupção internacional, o *Foreign Corrupt Practices Act*” e destaca a vasta amplitude, rara em Direito Penal Internacional, de aplicação da Convenção, conferida pela aplicação extraterritorial do direito, tornando a penalização da corrupção mundial (GODINHO, 2011).

Apesar de não ser membro da OCDE, o Brasil participou das discussões e a Convenção foi promulgada no país pelo Decreto 3.678/2000 (RAMINA, 2001, p. 81). Sobrevieram assim a inclusão do Capítulo II-A no Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), acrescentando-se, pela Lei 10.467 de 2002, os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira e a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

2 DESTINATÁRIOS DA NORMA

O FCPA é composto por duas partes principais: uma sobre contabilidade, estando as violações sob responsabilidade da SEC; e outra sobre anticorrupção, sob responsabilidade do DOJ (BIEGELMAN, 2010, p.24). A investigação de crimes geralmente é feita pelo *Federal Bureau of Investigation* – FBI, a Polícia Federal norte-americana (TARUN, 2012, p.213).

As determinações sobre contabilidade alcançam as empresas de capital aberto (*publicly traded*) que emitem valores mobiliários nos Estados Unidos ou emissores que estejam obrigados a reportes periódicos à SEC (15 U.S.C. §78m(b)(2))². Por recorrerem à poupança pública para a captação de recursos, tutela-se os interesses dos investidores do mercado, tanto titulares de valores mobiliários quanto potenciais adquirentes, na esteira da mesma lógica aplicada, no Brasil, na Lei das Sociedades Anônimas – Lei 6.404/76 (BERTOLDI/RIBEIRO, 2011, p.222).

² Para aumentar a ciência e entendimento do FCPA, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (*Department of Justice* - DOJ) disponibiliza traduções não oficiais da lei em várias línguas. A tradução para o português disponibilizada foi empregada, em paralelo com o texto original, como referência no desenvolvimento do presente artigo. A referida tradução pode ser acessada no *link* <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>>.

Essas emissoras (*issuers*) devem, conforme dispõe 15 U.S.C. §78m(b)(2):

(A) preparar e manter livros contábeis, registros e contas que, com um nível razoável de detalhe, reflitam de forma completa e precisa as transações e as disposições dos ativos do emissor; e

(B) criar e manter um sistema interno de controles contábeis, suficiente para fornecer garantias razoáveis de que

(i) as transações sejam executadas de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa;

(ii) as transações sejam registradas conforme necessário para (I) permitir o preparo de demonstrações financeiras em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos ou quaisquer outros critérios aplicáveis a tais demonstrações e (II) manter uma prestação de contas dos ativos;

(iii) o acesso aos ativos seja permitido somente de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa e;

(iv) o registro de prestação de contas dos ativos seja comparado com os ativos existentes a intervalos razoáveis e que as medidas apropriadas sejam tomadas com respeito a quaisquer diferenças.

Note-se que não há necessidade de se provar o suborno, bastando um pagamento realizado não contabilizado adequadamente pela companhia para caracterizar uma infração à FCPA (BIEGELMAN, 2010, p.24). Segundo Martin e Daniel Biegelman:

O propósito dos dispositivos sobre os livros e registros é o de dar efetividade à lei. A lógica nos diz que as empresas provavelmente não vão registrar com precisão suborno pago a oficiais de governos estrangeiros, mas se o fizerem, a evidencia lá está para ser obtida pelo governo. Se as empresas omitirem ou falsificarem transações para esconder pagamentos de suborno, elas também enfrentam risco legal. A força do FCPA dá grande impulso ao governo na investigação e persecução de esquemas de suborno e corrupção. Os violadores estão condenados se o fizerem e

estão condenados se não o fizerem. A melhor forma de evitar punição é não cometer o crime³. (BIEGELMAN, 2010, p.35)

O conhecimento da falsificação dos registros da empresa também é proibido, pois, conforme 15 U.S.C. §78m(b)(5), “nenhuma pessoa poderá sabidamente burlar ou deixar de implementar um sistema de controles internos de contabilidade ou sabidamente falsificar qualquer livro, conta ou registro contábil”. Esta infração é de natureza penal, estando, portando, sob a jurisdição do DOJ (TARUN, 2012, p.13).

As determinações anticorrupção da lei são, atualmente⁴, aplicáveis a três categorias de pessoas: emissoras de valores mobiliários (*issuers*); empreendimentos nacionais (*domestic concerns*); e outras pessoas, que não emissoras ou empreendimentos nacionais, se agirem, em território estadunidense, para promover um pagamento ilícito (TARUN, 2012, p.1). A lei também se aplica aos agentes das pessoas às quais são aplicáveis os dispositivos anticorrupção (aí compreendidos qualquer dirigente, diretor, agente, funcionário ou acionista que haja em seu nome).

Por emissora (*issuer*), entende-se qualquer empresa, estadunidense ou não, que tenha valores mobiliários registrados nos EUA ou das quais se exige relatórios periódicos à SEC (15 U.S.C. §78dd-1(a)), sobre as quais, como já apresentado, também se aplicam as determinações sobre contabilidade da FCPA. São empresas de capital aberto (*publicly traded*) que, por exemplo, negociam *American Depositary Receipts* (ADRs) em bolsas de valores estadunidenses, como é o caso de muitas companhias brasileiras que têm ADRs negociados na Bolsa de Valores de Nova York, dentre elas Ambev, Bradesco, Brasken, BRF, Cemig, Copel, Embraer, Gerdal, Gol, Itaú Unibanco, Net, Oi, Pão de Açúcar, Petrobrás, Sabesp e Vale.

³ Tradução livre para: “The purpose of the books and records provision is to put teeth into the statute. Logic tell us that companies probably will not accurately record bribe payments to foreign government officials but if they do, the evidence is there for the government to obtain. If companies omit or falsify transactions to hide the bribe payments, they also face legal peril. The strength of the FCPA gives great leverage to the government in investigating and prosecuting bribery and corruption schemes. Violators are damned if they do and damned if they don’t. The best way to avoid punishment is not to do the crime in the first place”. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. p. 35.

⁴ Antes de emendas ao FCPA ocorridas 1998, que adequaram a lei à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997 (Convenção da OCDE), a lei alcançava apenas as emissoras (*issuers*) e os empreendimentos nacionais (*domestic concerns*), e somente se usassem, de forma corrupta, os correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual (*instrumentalities of interstate commerce*), como bancos, sistemas de comunicação e transportes. TARUN. Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: ABA, 2012. p.2.

O termo empreendimento nacional (*domestic concerns*) significa, conforme 15 U.S.C. §78dd-2(h), qualquer indivíduo que é cidadão, nativo ou residente nos Estados Unidos; e qualquer sociedade anônima, sociedade, associação, empresa de capital comum, truste comercial, organização não constituída comercialmente ou empresas de um só proprietário que tenham sua sede nos Estados Unidos, ou que tenha sido organizada segundo as leis de um estado dos Estados Unidos, ou de um território, possessão, ou membro da comunidade dos Estados Unidos da América.

As pessoas que não se enquadram nas duas primeiras classificações, ou seja, as pessoas estrangeiras, naturais ou morais, são alcançadas pelo FCPA se cometerem algum ato no território estadunidense para o pagamento ilícito (15 U.S.C. §78dd-3(a)). Entretanto, as autoridades dos Estados Unidos entendem que ligações telefônicas, correios eletrônicos (e-mails) e mesmo transferências bancárias que passam brevemente pelo país permitem ao DOJ e à SEC declararem haver jurisdição sobre a pessoa estrangeira.

No histórico legislativo das emendas de 1998 ao FCPA, encontra-se orientação de que o critério jurisdicional da territorialidade deve ser interpretado de maneira ampla, de forma que uma profunda conexão física ao ato de suborno não é requerida (BIEGELMAN, 2010, p.24).

Portanto, empresas brasileiras, mesmo as não emissoras de valores mobiliários nos EUA, as quais preencherem ao requisito podem ser alvo de investigações e eventualmente sofrerem as sanções previstas na lei. É certo que problemas relativos à aplicação extraterritorial e análise acerca de eventual concurso de leis demandaria estudo específico de caso a caso e não é isento de crítica, inclusive quanto a um “imperialismo moral norte-americano” (COELHO, 2017, p.180). Nada obstante, o preceito geral é de que as empresas brasileiras ficam, sim, sujeitas a tais investigações e sanções.

Com base nos princípios de agência (*agency principles*), a matriz de uma empresa é responsável por ações de suas subsidiárias (*subsidiaries*) ou de terceiros (*third-party*) (BIEGELMAN, 2010, p.39), tais como consultores, distribuidores, revendedores ou subcontratantes (TARUN, 2012, p. 101). No caso de *joint venture*, a companhia compartilha da responsabilidade pelas ações dos demais componentes no que tange ao empreendimento conjunto (BIEGELMAN, 2010, p.39). Por fim, também há a responsabilidade do sucessor (*successor liability*) nos casos de

incorporação ou fusão, sendo o sucessor responsabilizado por violações à FCPA anteriores ao movimento societário.

3 CONDUITAS VEDADAS E SANÇÕES

A violação se caracteriza pelo oferecimento, pagamento, promessa ou autorização de pagamento em dinheiro; ou, pelo oferecimento, doação, promessa ou autorização de dar qualquer item de valor⁵, diretamente ou por terceiro, a qualquer dirigente estrangeiro. Dirigente estrangeiro (*foreign official*), de acordo com 15 U.S.C. §78dd-1(f), -2(h), -3(f), significa qualquer dirigente ou funcionário de um governo estrangeiro ou qualquer departamento, órgão ou organismo governamental ou de uma organização pública internacional ou qualquer pessoa que atuar em qualidade oficial para tal governo ou departamento, órgão ou organismo, ou que atuar para tal organização pública internacional ou em nome deles.

Há proibição também em relação ao suborno de partidos políticos estrangeiros, seus dirigentes e candidatos a cargos políticos no exterior (15 U.S.C. §78dd-1(a)(2), -2(a)(2), -3(a)(2)). O propósito do suborno é influenciar ato ou decisão do dirigente estrangeiro, induzi-lo a realizar ou deixar de realizar ato em descumprimento de seu dever legal, garantir a obtenção de vantagem indevida ou induzi-lo ao uso de sua influência perante governo estrangeiro ou organismo internacional. A finalidade do subornador é obter, manter ou direcionar negócios para qualquer pessoa.

Há pagamentos que, desde as emendas de 1988 ao FCPA, são expressamente ressalvados do alcance da proibição, constituindo a chamada exceção para ação governamental de rotina (*exception for routine governmental action*). Assim, não implica violação dos dispositivos anticorrupção os pagamentos com o fim de agilizar ou garantir a realização de uma ação governamental de rotina, como permissões, licenças, documentos, vistos, serviços de correspondência, telefonia e frete, fornecimento de água e eletricidade, proteção de cargas perecíveis (DOJ/SEC, 2012, p. 25).

Ainda são previstas duas *affirmative defenses* (conceito semelhante ao que chamamos no Brasil de excludentes de culpabilidade), as quais, desde que provadas, afastam a aplicação das sanções. Desta forma, se o

⁵ Apesar de a tradução para “item de valor“ poder levar a conclusão de que é necessário ser algo material, o original em inglês, “*anything of value*”, abrange qualquer coisa de valor, podendo ser o suborno pago, por exemplo, em viagens, joias, aluguéis, joias de clubes de campo, carros, entretenimento e a contratação de parentes, conforme anota TARUN. Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: ABA, 2012. p.4.

pagamento, doação, oferta ou promessa de qualquer item de valor que não for ilegal de acordo com o Direito positivo do país do dirigente estrangeiro ou se feito no intuito de, de boa-fé, ressarcir dirigentes estrangeiros de despesas razoáveis e legítimas, tais como refeições, deslocamento, acomodação, quando a empresa estiver promovendo ou demonstrando um produto ou executando um contrato, tampouco se aplicam sanções.

As sanções por violação do FCPA, as quais podem ser severas, foram reunidas na forma da tabela abaixo para uma melhor visualização:

QUADRO 01 – Sanções por violações do FCPA

	Por violação dos dispositivos sobre Contabilidade	Por violação dos dispositivos Anticorrupção
Pessoa natural	Multa*: ≥ US\$5mi Prisão: ≥ 20 anos Penalidade civil: ≥ US\$100.000	Multa*: ≥ US\$100.000,00 Prisão: ≥ 5 anos Penalidade civil: ≥ US\$10.000,00
Pessoa jurídica	Multa*: ≥ US\$25mi Penalidade civil: ≥ US\$500.000,00	Multa*: ≥ US\$2mi Penalidade civil: ≥ US\$10.000,00
* Sob o <i>Alternative Fines Act</i> (18 U.S.C §3571(d)), podem as penas pecuniárias ser muito mais elevadas, podendo atingir o dobro do valor perdido pela vítima ou do benefício auferido pelo autor do crime, pessoa física ou empresa.		

A empresa, por violação dos dispositivos referentes à contabilidade, ainda é passível de outras punições tais como a proibição de contratação com o Poder Público (*debarment*), a perda de benefícios de exportação (*loss of export privileges*), a proibição de participar de certos negócios e práticas por uma injunção (*injunctive relief*) e a nomeação de um supervisor independente para acompanhar a empresa (*appointment of a Monitor*) (BIEGELMAN, 2010, p.37).

4 CONCURSO COM OUTRAS LEIS DOS EUA E EFEITOS EM OUTRAS JURISDIÇÕES

Ainda, pode haver outras potenciais implicações criminais e de responsabilidade civil atribuídas por outras leis dos Estados Unidos. Uma lei que merece destaque é a Lei Sarbanes-Oxley (SOX), a qual requer de

empresas de capital aberto a observância de vários requisitos (envolvendo conflito de interesses, demonstrações financeiras, auditoria, certificação) e a implementação de um *compliance* mais rígido (BIEGELMAN, 2010, p.36). A SOX foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 2002, depois dos grandes escândalos financeiros da Enrol e da WorldCom, alcançando todas as empresas estadunidenses e as estrangeiras emissoras de valores mobiliários (*issuers*) no país (o que inclui as empresas brasileiras que negociam *ADRs* na Bolsa de Valores de Nova York). De acordo com Ricardo Franceschini, a SOX

é extensa e detalhada, impondo uma série de boas práticas e requisitos técnicos e operacionais, com a finalidade de proteger os investidores e punir severamente os administradores que manipulam as demonstrações financeiras da empresa a qual se incorporam, e penalizar, ainda, os auditores que indevidamente certificarem números «maquiados», buscando, com isso, estabelecer a ética nas operações financeiras do mercado de capitais.

É dessa forma que, ante o evidente desequilíbrio, a SOX exhibe como principal objetivo a recuperação da credibilidade do mercado de capitais norte-americano, evitando a incidência de novos erros e impedindo, de forma rigorosa, que as empresas realizem operações consideradas lesivas aos interesses dos investidores. (FRANCESCHINI, 2008)

Uma condenação por pagamento de suborno pode, ainda, gerar efeitos em outras jurisdições. Na Europa, a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços instituiu em seu art. 45, 1, a, determina que fica excluído de participar num procedimento de contratação pública o candidato ou proponente que tenha sido condenado por corrupção por decisão final transitada em julgado de que a entidade adjudicante tenha conhecimento. Segundo Robert W. Tarun, acredita-se que o acordo recorde de 1,6 bilhões de dólares que a Siemens firmou com os governos dos EUA e Alemanha cuidadosamente evitou que uma condenação por suborno acarretasse a pena de não contratação com o poder público na Europa por força do art. 45 da Diretiva da União Europeia (TARUN, 2012, p.20).

5 DIVULGAÇÃO VOLUNTÁRIA, COLABORAÇÃO COM AS AUTORIDADES E DELAÇÃO

A divulgação voluntária (*voluntary disclosure*) de violações ao DOJ é uma opção feita por muitas empresas para evitar sanções pesadas (BIEGELMAN, 2010, p.58), mas não há até o momento uma política clara de quais os fatores e circunstâncias dessa divulgação e cooperação que levam a acordo de não persecução (*non-prosecution agreement – NPA*), acordo de persecução diferida (*deferred prosecution agreement – DPA*) ou outro tratamento favorável (TARUN, 2012, p. 190). Mike KOEHLER explica que

Uma NPA não é feita judicialmente, sendo um acordo privado negociado entre o DOJ e a empresa no qual o DOJ concorda em não processar a empresa se esta admitir a responsabilidade pela conduta em questão e concordar em albergar esforços de *compliance*. Uma DPA é tecnicamente realizada judicialmente e, portanto, tem a mesma aparência de um indiciamento criminal. Entretanto, como negociado entre o DOJ e a empresa, o DOJ consente em diferir a persecução da companhia (usualmente por um período de dois a quatro anos) se a companhia admitir a responsabilidade pela conduta em questão e concordar em albergar esforços de *compliance*. Após o referido período, o DOJ dispensa as denúncias feitas, mas jamais processadas. (...) Dada a prevalência de NPAs e DPAs no contexto da FCPA, uma companhia que realiza um acordo dessa natureza com o DOJ não será demandada a declarar-se culpada das acusações, não sendo considerada violadora dos dispositivos anticorrupção do FCPA⁶. (KOEHLER, 2012).

⁶ Tradução livre para: “An NPA is not filed with a court, but instead is a privately negotiated agreement between the DOJ and the company whereby the DOJ agrees not to prosecute the company if it acknowledges responsibility for the conduct at issue and agrees to a host of compliance undertakings. A DPA is technically filed with a court and thus has the same appearance as a criminal indictment or information. However, as negotiated between the DOJ and the company, the DOJ agrees to defer prosecution of the company (usually for a two to four year period) if the company acknowledges responsibility for the conduct at issue and agrees to a host of compliance undertakings. After the relevant time period, the DOJ dismisses the criminal charges filed, but never prosecuted. (...) Given the prevalence of NPAs and DPAs in the FCPA context, a company entering into such an agreement with the DOJ is never required to plead guilty to any charges and is never found to be in violation of the FCPA’s anti-bribery provisions”. KOEHLER, M. *FCPA professor 2012*. Disponível em <<http://www.fcprofessor.com/fcpa-101#q16>>. Acesso em 12 de fev. 2013.

Se um NPA ou DPA, possibilidade mesmo quando não há divulgação voluntária, mas cooperação efetiva, não for oferecido pelo DOJ à empresa, resta a possibilidade de um *plea agreement*, também conhecido por *plea bargain*, uma forma de transação penal com admissão de culpa. Em troca de sanções menores, a empresa faz um acordo com a promotoria (Estado) e se declara culpada (*plea guilty*) antes do julgamento. A maior parte das empresas celebra esse tipo de acordo, enquanto as pessoas naturais indiciadas, passíveis de pena de prisão, muitas vezes preferem ir à julgamento, pois incumbe ao DOJ o pesado ônus da prova (*burden of proof*) da conduta delitiva (KOEHLER, 2012). Vale lembrar que no processo penal estadunidense, como anota João Gualberto Garcez Ramos:

No caso de julgamento pelo júri, o juiz tem o dever de instruir convenientemente os jurados do princípio da presunção da inocência (*presumption of innocence*), isto é, de que, para emitir um juízo condenatório, devem estar convencidos além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Segundo a Suprema Corte, a falta de uma instrução conveniente a respeito dos jurados é, de *per se*, causa de nulidade do julgamento: *Sullivan v. Louisiana*, 508 US 275 (1993). (RAMOS, 2006, p. 192)

Outra forma de possíveis violações chegarem ao conhecimento das autoridades é a delação. O *Dodd-Frank Act* de 2010, uma lei estadunidense com dispositivos de proteção ao delator (*whistleblower*), fez com que a SEC editasse regras complementares para incentivar financeiramente as delações de transgressões a leis federais envolvendo valores mobiliários (entre elas o FCPA) e aumentar a proteção dos delatores contra retaliações. O delator de violações punidas, em uma corte federal ou ação administrativa, com sanções monetárias pode receber de 10 a 30% do valor arrecadado se prover voluntariamente informações originais à SEC que levarem a sanções (*enforcement actions*) obtidas pela Comissão superiores a um milhão de dólares. Embora o foco das empresas claramente esteja em potenciais delações por empregados, o delator pode ser qualquer pessoa (parceiros comerciais, clientes, fornecedores, adversários em litígios, jornalistas, acadêmicos) (TARUN, 2012, p. 23).

CONCLUSÃO

Consoante desenvolvido no artigo, empresas brasileiras ou empresas no Brasil podem vir a ser responsabilizadas nos Estados

Unidos da América por atos de corrupção no exterior, estando sujeitas às consequências de natureza civil, penal e administrativa, conforme as hipóteses previstas no *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

A violação se caracteriza pelo oferecimento, pagamento, promessa ou autorização de pagamento em dinheiro; ou, pelo oferecimento, doação, promessa ou autorização de dar qualquer item de valor, diretamente ou por terceiro, a qualquer dirigente estrangeiro.

Nada obstante, é desnecessário provar o suborno propriamente dito, sendo suficiente a realização de pagamento não contabilizado de maneira adequada para que seja configurada infração à FCPA.

Companhias de capital aberto brasileiras que negociem, por exemplo, American Depositary Receipts (ADRs) em bolsa de valores estadunidenses são sujeitas à incidência da legislação norte-americana anticorrupção empresarial no exterior. Destarte, o simples fato da sociedade ser brasileira não retira a competência da autoridade administrativa dos EUA.

Ademais, mesmo companhias brasileiras que não sejam emissoras de valores mobiliários nos Estados Unidos da América podem ser alvo de investigações e sanções pelas autoridades norte-americanas, vez que o FCPA tem sido aplicado a partir da simples verificação de que ligações telefônicas, correios eletrônicos (e-mails) ou transferências bancárias tenham relação com mínima atuação nos EUA.

Destarte, é bastante grande o número de sociedades que possam, ainda que potencialmente, estar sujeitas à jurisdição norte-americana, razão pela qual precisam organizar o compliance de maneira a observar a legislação estadunidense, sob o risco de serem submetidas às pesadas penas previstas.

Tal organização empresarial não só previne eventuais consequências jurídicas nos EUA, como também pode contribuir para atrair investidores e parcerias com empresas estrangeiras, já que as políticas de transparência, adequação à lei e a intolerância a atos de corrupção tendem a agregar valor para a própria atividade empresarial desenvolvida.

REFERÊNCIAS

- AMCHAM BRASIL. *INDICADORES BRASIL*: Investimento estrangeiro direto tem leve recuo, mas ganha qualidade. Disponível em <<http://www.amcham.com.br/estudos-e-pesquisas/indicadores-brasil/investimento-estrangeiro-direto-tem-leve-recuo-mas-ganha-qualidade-7571.html>>. Acesso em: 26 de dez. 2017.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla P. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign corrupt practices act compliance guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.
- DOJ. SEC. *FCPA*: A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. p. 25. Disponível em <<http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. 2018.
- COELHO, Nuno M. M. S. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. *Revista Jurídica*, vol. 1, n. 46, Curitiba, p. 164-187.
- FRANCESCHINI, Ricardo. *Breves reflexões sobre a lei Sarbanes Oxley*. 2008. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI58808,11049-Breves+reflexoes+sobre+a+Lei+Sarbanes+Oxley>>. Acesso em: 12 de dez. 2017.
- GALEANO, Eduardo. *As Veias abertas da América Latina*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&MPM, 2010.
- GODINHO, Thiago José Z. Contribuição do Direito Internacional no combate à corrupção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011.
- HIRST, Monica. *Understanding Brazil-United States Relations*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.
- KOEHLER, Mike. *FCPA professor 2012*. Disponível em <<http://www.fcpaprofessor.com/fcpa-101#q16>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.
- MDIC. *Balança comercial brasileira: Dezembro/2014*. 2014. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1420551849.pdf>. Acesso em: 22 de fev. 2018.

RAMINA, Larissa. *Ação Internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2001.

RAMOS, João Gualberto G. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: ABA, 2012.

PLURALIZAÇÃO ORDENATIVA E CONFLITOS CONSTITUCIONAIS: NOVOS PARADIGMAS DE ESTABILIZAÇÃO NORMATIVA NOS SISTEMAS TRANSNACIONAIS

ORDINAL PLURALIZATION AND CONSTITUTIONAL CONFLICTS: NEW PARADIGMS OF NORMATIVE STABILIZATION IN TRANSNATIONAL SYSTEMS

Rafael Freitas *

Luis Cláudio Martins de Araújo **

SUMÁRIO: Introdução. 1. Desfragmentação sistêmica e pluralização ordenativa: Do constitucionalismo antigo ao transconstitucionalismo; 2. A estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias; Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo se estrutura, a partir da apresentação do problema ocasionado pela insuficiência dos modelos tradicionais para a solução dos conflitos constitucionais, diante da atual fragmentação do sistema global e crescente pluralização de ordens jurídicas, propondo a formulação de um modelo de análise, no qual se permita gerar uma contribuição para a justificação de um novo paradigma de estabilização transnacional do sistema constitucional global, sob a égide de parâmetros recursivos e circulares, dada a necessidade de se construir parâmetros e diretrizes de uma agenda cooperativa nas sociedades multifacetárias, a partir da integração relativamente estável dos sistemas constitucionais globais. A metodologia do trabalho se orientará através de análise bibliográfica, por meio de referências teóricas fundamentais sobre o tema transconstitucionalismo, a fim de se estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar o exercício de mecanismos de entrelaçamento constitucional, com a estabilização transnacional do sistema constitucional global nas sociedades multifacetárias. Da mesma forma, será necessário tomar como referencial, a necessidade de criação de uma rede de reciprocidade arquitetada a partir de um consenso sobreposto por meio de um procedimento democrático compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade complexa. Assim, irá se procurar contextualizar esse fenômeno, a partir da intensificação de um diálogo pluralista e participativo, para determinar a legitimação do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, dada a idealização de um modelo de direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*) construído a partir da fragmentação sistêmica.

Palavras-chave: Constitucionalismo global; Teoria dos Sistemas; Desfragmentação sistêmica.

* Mestrando em Direito pela PUC/SP. Graduado em Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

** Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Artigo recebido em 20/08/2018 e aceito em 13/03/2019.

Como citar: FREITAS, Rafael; ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Pluralização ordenativa e conflitos constitucionais: novos paradigmas de estabilização normativa nos sistemas transnacionais. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, p. 29, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

ABSTRACT: *The present article is structured from the presentation of the problem caused by the insufficiency of the traditional models for the solution of the constitutional conflicts, due to the current fragmentation of the global and increasing system of the pluralization of legal orders, proposing a formulation of a model of global jurisdiction analysis, in which it's possible to generate a contribution to the justification of a new paradigm of transnational stabilization of the global constitutional system, under the aegis of recursive and circular parameters, given the need to build parameters and guidelines of a cooperative agenda in multifaceted societies, from the relatively stable integration of constitutional systems. The methodology of the work will be guided by specialized bibliographical analysis, by means of fundamental theoretical references on the theme "transconstitutionalism", in order to establish a theory that includes mechanisms and instruments capable of perfecting the exercise of mechanisms of constitutional interweaving, with the transnational stabilization of the global constitutional system in multifaceted societies. Likewise, it will be necessary to take as a reference the need to create a network of reciprocity based on an overlapping consensus through a democratic procedure compatible with the different conceptions of justice of a complex society. Thus, we will seek to contextualize this phenomenon, starting with the intensification of a pluralist and participatory dialogue, to determine the legitimacy of the constitutional system in multifaceted societies, given the idealization of a model of constitutional global law of collisions (verfassungskollisionsrecht) built from the systemic fragmentation.*

Keywords: *Global constitutionalism; Systems Theory; Systemic defragmentation.*

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, em muito discute-se a respeito da legitimidade da atuação entre os poderes de Estado e das instâncias supranacionais, sobretudo na consolidação de conflitos heterárquicos constitucionais. A partir do problema de pesquisa de conflitos entre instâncias supranacionais, devem ser buscados esforços teóricos aptos a ensinar o esboço de novos modelos para a refiguração do paradigma atual da interpretação, decisão, atuação e cooperação, lastreada nos fundamentos da razão pública¹ e, mais concretamente no exercício dessas atividades, por meio de procedimento legitimamente concebido pela comunidade. Tal problemática legitimatória agrava-se, ainda, com a globalização e o crescimento da chamada sociedade internacional, interdependente e interpenetrante, que interage cada dia de forma mais profunda. Assim, questões constitucionais limitadas a sistemas jurídicos autônomos, tem se expandido em todo o mundo, consolidando a ideia de que - mais do que nunca - a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade deve ser desenvolvida de forma coerente em um sistema de entrelaçamento constitucional. *A partir destes problemas, o presente artigo estrutura-se a partir da apresentação de problemas ocasionado pela insuficiência dos modelos tradicionais do*

¹ RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. Democracia deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, p. 77-101, 2007.

constitucionalismo para a solução dos conflitos globais, propondo-se a formulação de um modelo de análise, no qual se permita gerar critérios e argumentos, construídos sob a égide de parâmetros *recursivos*, dada a necessidade de se construir diretrizes de uma agenda *para a estabilização de questões constitucionais* em sociedades complexas.

Nesse sentido, este trabalho terá como metodologia a análise bibliográfica, por meio de referências teóricas fundamentais sobre o tema do “transconstitucionalismo”, a fim de se estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar o exercício de mecanismos de entrelaçamento constitucional, com a estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, diretamente relacionada à ideia de razão pública², enquanto cultura de instrumentalização racional da comunicação e interação³. Da mesma forma, há a necessidade de contraposição de conceitos fundamentais sobre o tema⁴, a partir da intensificação de um diálogo pluralista e participativo, para determinar a estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, especialmente diante da fragmentação sistêmica⁵.

O trabalho terá como hipótese, a possibilidade da concretização do transnacionalismo enquanto instância de conversações e entrelaçamentos constitucionais e de razões transversais para a construção de um modelo de pós-soberania, que possa ser compreendido como uma complementariedade entre identidade e alteridade, em uma relação circular, para lidar com problemas hidraconstitucionais, com a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas da sociedade, bem como a idealização e estabilização de um modelo de direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*), tendo em vista a concretização da ideia

² O conceito de razão pública, em termos rawlsianos, estrutura-se por: “(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (funcionários do governo e candidatos a cargo público); (3) seu conteúdo como dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas a serem decretadas na forma de lei legítima para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das suas concepções de justiça satisfaçam o critério de reciprocidade”. RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

⁴ WALDRON, Jeremy. *Teaching cosmopolitan right*. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) *Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

⁵ PETERS, Anne. *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

de uma constituição mundial, através da interligação das constituições próprias dos fragmentos globais, das nações, dos regimes transnacionais e das culturas regionais.

1 DESFRAGMENTAÇÃO SISTÊMICA E PLURALIZAÇÃO ORDENATIVA: DO CONSTITUCIONALISMO ANTIGO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Os homens de ação gostam de evocar a sua boa estrela, como se fossem joguetes da Providência, de um gênio místico ou da força, anônima e misteriosa, chamado acaso. Eles sentem que a ação racional se contenta em calcular as oportunidades. O Ópio dos Intelectuais, Raymond Aron.

Quando se discute o conceito de constitucionalismo, deve-se ter em mente o momento histórico em que se fez uso do termo, pois, apenas a partir desta delimitação, podemos compreender o sentido - conectado ao resgate histórico e à contextualização, do fecundo debate teórico que envolve as origens do sentido moderno de Constituição - e o desdobramento deste conceito nas sociedades contemporâneas⁶.

Ademais, diante da dubiedade e polissemia do próprio vocábulo⁷, é oportuno trazer a discussão sobre as distintas orientações teóricas em torno do tema, não apenas para compreender o real sentido de cada um dos termos ao qual esteve associado o constitucionalismo, mas, sobretudo, para possibilitar a construção de uma concepção jurídica que corresponda aos reclames políticos e sociológicos da sociedade contemporânea⁸.

Nesse sentido, o chamado constitucionalismo antigo, ou seja, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários que alicerçavam a existência de direitos estamentais ou religiosos sedimentou-se, conformando a ordem jurídico-política das sociedades ancestrais/pré-modernas,

⁶ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁷ SGARBI, Adrian. Teoria do Direito: primeiras lições. Lumen Juris, 2007, p. 49.

⁸ É importante frisar que, ainda que a polissemia do termo Constituição tenha acarretado a confusão de seu sentido - com vocábulos que expressam ideias abstratas e conceitos distintos, como forma política de Estado, ato solene do poder constituinte, ação continuada, resultante da espontaneidade dos fatos, formas de domínio, ato de decisão - por outro lado, foi a ferramenta que consolidou a estrutura jurídica que forjou o direito constitucional das sociedades modernas. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

fundamentalmente como um símbolo da inspiração divina, em que o direito não escrito se encontrava dominado pelas práticas religiosas^{9,10}.

É bem verdade que, embora possa-se situar nos regimes constitucionais da Constituição pré-moderna a subordinação do Direito ao Poder, a partir da integração sistêmica, com os códigos de comunicação subordinados a um dado arcabouço supremo, a integração social no período de transição dá-se a através dessacralização do Direito e subordinação relativamente diferenciada e instrumental do direito à política, isto é, do direito mutável subordinado ao direito natural imutável¹¹.

De toda maneira, partindo da ideia de que a Constituição em sentido moderno se vincula, principalmente, ao constitucionalismo que resulta das revoluções liberais do fim do século XVIII na França e Estados Unidos - e, atipicamente, do desenvolvimento lento e gradual do constitucionalismo britânico - a palavra Constituição e o significado de constitucionalismo corresponderam às transformações estruturais da sociedade, com um sentido plenamente emancipatório¹².

Assim, tendo como elemento de ruptura os períodos revolutivos do século XVII e XVIII, o surgimento da Constituição em sentido moderno caracteriza-se pela emancipação das ordens normativas, com a pluralidade das autodescrições da sociedade como referência reflexiva a uma estrutura social determinada e diferenciação entre normativo e cognitivo, por meio da luta pela autonomia das esferas sociais com pretensão de validade universalista.

Neste sentido, a constituição firma-se pela compreensão dos direitos fundamentais como garantia dos espaços de liberdade dos indivíduos, tendo em vista que as constituições estatais objetivam a fundação constitutiva do poder político (*konstituierung*) e limitação do Estado de Direito, mediante autonomia política moderna, isto é, através

⁹ Como afirma Sanchís “*pueda hablarse de un constitucionalismo antiguo y medieval, el constitucionalismo moderno es aquel proceso histórico cultural en virtud del cual la relación entre los detentadores del poder y quienes están sujetos al mismo se configura como una relación jurídica, definida, regulada y sometida a reglas jurídicas conocidas cabe afirmar que el iusnaturalismo sostiene la limitación del poder a partir de unos principios no positivos de justicia, cuya observancia es la condición de la obediencia al Derecho. Así, la historia constitucional se alimenta de la herencia del iusnaturalismo*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 87-124.

¹¹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 41.

¹² NEVES, Marcelo. Op cit, p. 1-62.

da formação de poder e geração de consenso para a produção de decisões coletivas, garantida a estabilização de sua autonomia através do Direito¹³.

Assim, o Estado nacional e naturalmente, a Constituição, evoluiu como um sistema de inclusão através de direitos, no qual os Estados foram gradualmente forçados a integrar o povo nacional soberano, do qual pretendiam obter legitimidade, como um agregado de detentores de direitos.

Contudo, é bem verdade que, com o aumento da integração da sociedade mundial e da expansão das ordens jurídicas sistematicamente fragmentadas, tais problemas tornaram-se insuficientes de serem resolvidos por uma única instância normativa estatal, limitado ao seu específico território, levando-se a problemas de conflitos entre instâncias normativas - estatais ou não - que, apesar das diferenças entre si, detêm uma relação transversal permanente de problemas de comum unidade entre ordens normativas¹⁴.

Assim, um problema transconstitucional pode envolver questões de tribunais estatais, internacionais, transnacionais, locais ou supranacionais, a partir de racionalidades transversais parciais e pontes de transição entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais parciais, isto é, razões transversais, partindo do pressuposto da superação do

¹³ Segundo Teubner: “Autofundação constitutiva *Konstituierung*) não significa apenas postular normas organizacionais para as operações políticas, mas também que o poder político se torna independente frente às fontes sociais do poder. Ele não é mais diretamente baseado em poderio militar, riqueza econômica ou autoridade religiosa; antes, ele cria as próprias fontes autônomas de poder”. TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press, 2012, p. 106.

¹⁴ Tal percepção ocasiona o que Teubner situa como “crise do constitucionalismo moderno”, através do constitucionalismo além do Estado Nacional, isto é: “os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores “privados” da sociedade mundial. TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, 2012, p. 110.

conceito de acoplamento estrutural dos sistemas funcionais¹⁵, através da razão transversal como aprendizado recíproco entre esferas sociais, acaba por proporcionar uma conexão unitária e desfragmentária de uma pluralidade, potencializada pelo fenômeno globacional, o qual acomoda uma intensificação da sociedade mundial, desvinculando-se dos elementos estatais internos.

Neste sentido, tais ordens sistêmicas diferenciadas entrelaçam-se, enquanto pontes de transição, desfragmentando-se em um sistema transconstitucional mundial de níveis múltiplos dotado de pluralidade, através dos acoplamentos operativos, em uma unidade estruturante entre ordens autônomas, pela pluralidade comunicativa.

Desta feita, a Constituição em sentido moderno, enquanto pressão estrutural pela diferenciação entre política e Direito¹⁶, por meio de revoluções políticas, proporcionaram transformações radicais na estrutura social enquanto elemento ambivalente de autofundamentação intrasistêmica e de diferenciação entre sistemas parciais autônomos e acoplamento estrutural entre os mesmos, a partir de relações de

¹⁵ Segundo Neves, os acoplamentos estruturais são: “filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa”. Segundo Neves, são interpenetrações duradouras e concentradas entre sistemas sociais, possibilitando a autoconstrução de complexidade inapreensível e desordenada entre os sistemas sociais parciais. Tais mecanismos possibilitam o “intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”, sob pena de gerar a destruição da multiplicidade das esferas discursivas e “bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas, mediante corrupção dos sistemas”. Tais acoplamentos estruturais, enquanto fórmula de contingência, proporcionam a estabilização das expectativas normativas. NEVES, Marcelo. Op. cit, p.66.

Sobre o conceito de corrupção sistêmica, explica Neves: “Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente”, ocasionando uma sobreposição negativa de um sistema parcial autônomo sobre o outro, bem como um possível autismo e ausência de reconhecimento do outro. Além disso, ocasiona um possível risco excesso de especialização e autosuficiência (atomização), de expansão imperialista, de uma “desdiferenciação sistêmica” e na falta de fechamento autopoietico. Tais efeitos, se contínuos, ocasionam uma “patologia da normalidade”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 67.

¹⁶ Tal diferenciação interna do sistema jurídica resulta, segundo Neves, de “uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 70.

circularidade e contracircularidade¹⁷, estruturantes de sistemas sociais parciais autônomos.

Assim, pressupondo-se um modelo de Constituição em sentido moderno, a discussão a partir da conceituação e contextualização do fenômeno da judicialização¹⁸ encontra-se esvaziada, uma vez que pode-se relacionar tais fenômenos com a inafastável pluralidade ordenativa, concretizada a partir de teses equivocadas de confluência de sistemas funcionais parciais autônomos da sociedade¹⁹, dentro do sistema parcial autônomo do Direito.

Também, tal fenômeno pressupõe a existência do fenômeno de Constituição transversal moderna enquanto razão entre Direito e outros sistemas sociais, inclusive além do Estado, que passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes.

¹⁷ Tal relação de circularidade e contracircularidade é dimensionada pela Constituição como autofundamentação do Direito, fechando o sistema jurídico e pelo fechamento operativo do sistema político através do povo constitucional – e fechamento cognitivo relaciona-se com sua própria abertura cognitiva. O reingresso da política no Direito dá-se mediante procedimentos constitucionais. TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 74.

¹⁸ Como bem formulado por Clarissa Tassinari em: TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação de Mestrado a apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito da Unisinos em, v. 26, n. 03, 2012.

¹⁹ Ao passo que a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito pode contribuir ou não para a construção de uma racionalidade transversal e ambos os sistemas, destacando-se a segunda hipótese nos casos de tendências à judicialização da política e à politização do direito. TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 76.

Neste sentido, a existência de uma ponte transicional entre sistemas operativos, a ausência de consenso sobreposto²⁰ nas relações intersistêmicas e a presença de dissenso estrutural entre as ordens normativas parciais, são condições de possibilidade da própria existência de tais sistemas, na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas, do contrário, estariam fadadas à autodestruição e irracionalidade.

Assim, tal relação intersistêmica proporciona a confluência entre os sistemas sociais, isto é, ocasiona a solução e absorção de conflitos sociais democraticamente deliberados do ponto de vista jurídico, ao mesmo tempo que as relações políticas sofrem influência pelo sistema jurídico, em relação paradoxal de complementação, aprendizado mediante transversalidade reflexiva e tensões recíprocas entre Direito e política, gerando uma dupla legitimação: democrático-política e jurídica.

Dito de outra forma: a legitimação democrático-política sem a legitimação jurídica ocasiona uma ditadura da maioria - próximo ao conceito de “vontade geral” de Jean Jacques Rousseau, no qual cada

²⁰ “Now, that an overlapping consensus is quite different from a *modus vivendi* is clear from our model case. In that example, note two aspects: first, the object of consensus, the political conception of justice, is itself a moral conception. And second, it is affirmed on moral grounds, that is, it includes conceptions of society and of citizens as persons, as well as principles of justice, and an account of the cooperative virtues through which those principles are embodied in human character and expressed in public life. An overlapping consensus, therefore, is not merely a consensus on accepting certain authorities, or on complying with certain institutional arrangements, founded on a convergence of self- or group-interests. All three views in the example affirm the political conception: as I have said, each recognizes its concepts, principles and virtues as the shared content at which their several views coincide. The fact that those who affirm the political conception start from within their own comprehensive view, and hence begin from different premises and grounds, does not make their affirmation any less religious, philosophical or moral, as the case may be.

The preceding two aspects (moral object and moral grounds) of an overlapping consensus connect with a third aspect, that of stability: that is, those who affirm the various views supporting the political conception will not withdraw their support of it should the relative strength of their view in society increase and eventually become dominant. So long as the three views are affirmed and not revised, the political conception will still be supported regardless of shifts in the distribution of political power. We might say: each view supports the political conception for its own sake, or on its own merits; and the test for this is whether the consensus is stable with respect to changes in the distribution of power among views. This feature of stability highlights a basic contrast between an overlapping consensus and a *modus vivendi*, the stability of which does depend on happenstance and a balance of relative forces”. RAWLS, John. *Political liberalism*. Columbia University Press, 2005, p. 64.

Em termos rawlsianos, a estabilidade social é garantida por meio do consenso sobreposto, no qual os cidadãos adotam um conjunto de leis por diferentes razões, apoiando uma concepção política de justiça por motivações próprias, provocando-se um consenso mínimo razoável, o qual afasta orientações irracionais. Tal consenso, em um projeto democrático, deve orientar-se maneira independente de percepções religiosas, filosóficas ou morais.

indivíduo renúncia a determinado grau de seus interesses e direitos em favor da coletividade - ao passo que um sistema jurídico sem legitimidade democrático-política²¹ gera um regime de autocracia, isto é, de um poder absoluto²², de um dogmatismo acerca das ideias do mundo e de imposição da maioria em prol de um modelo de “terror organizado” a serviço dos dogmas que fundamentam o sistema - como nos casos de regimes totalitaristas²³.

2 A ESTABILIZAÇÃO TRANSNACIONAL DO SISTEMA CONSTITUCIONAL NAS SOCIEDADES MULTIFACETÁRIAS

Partindo-se do pressuposto dos Estados perdendo o seu papel de únicos sujeitos de Direito Internacional, com a multiplicação de fontes na sociedade internacional e, da mesma forma, com o espaço do território soberano sofrendo influxos de desterritorialização e transnacionalização, em

²¹ Tal legitimidade em relações de circularidade intersistêmica entre Direito e Política realiza-se tanto no plano da consistência política (autorreferência/input), quanto no plano da adequação social (heterorreferência/output). Contudo, cabe observar que o excesso de legitimidade político-democrática pode ser, inclusive, prejudicial ao Estado do Direito, bem como o desrespeito reitera de suas regras poderão tornar os procedimentos meros “rituais”, ocasionando fenômenos de Constitucionalização Simbólica, conforme observado por Marcelo Neves. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2014, p. 85.

²² Assim, explica Neves que: “O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode elevar a graves problemas de inadequação social do Direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo inconsistente. Na falta de valores, de morais e de interesses partilhados congruentemente na sociedade moderna supercomplexa, a ênfase excessiva na adequação social tende a levar a subordinação do Direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta. Nesse sentido, embora sempre defeituoso, pois nunca é alcançado plenamente e depende da experiência de cada caso, o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico do direito. Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente”.

Contudo, o limite de tais diferenças assimétrica são limitadas pelas desigualdades abismais no plano dinâmico e estático, desigualdades estas que implicam em privilégios e discriminações juridicamente ilegítimos. NEVES, Marcelo. Op. cit., 90.

²³ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência política e teoria geral do estado. Livr. do Advogado, 2004.

uma clara tendência de fragmentação espacial²⁴, observa-se a insuficiência do modelo constitucional clássico, orientando-se as expectativas normativas de forma a conceber novos arranjos institucionais necessários à inserção global e a adequação à dinâmica dos novos atores não estatais, com a reformulação da visão da soberania e da autonomia absoluta²⁵.

Nesse sentido, há a necessidade de se observar o papel desempenhado pelas práticas transnacionais que ultrapassam fronteiras geográficas históricas e culturais e, seu âmbito de eficácia com a maior integração da sociedade mundial uma vez que, com a progressiva ausência de limites territoriais, os problemas jurídicos se tornam insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica, tornando-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para o problema²⁶.

Assim, a constituição transconstitucional acaba por se estender para o campo da compreensão dos pressupostos da soberania interna e externa e das relações institucionais de poder permitindo, dentre outros fatores, uma reconfiguração no modelo clássico de soberania, como um elemento de reconhecimento nacional²⁷ o que, diante da fragmentação sistêmica e da desterritorialização da jurisdição, leva à resolução simultânea de problemas jurídicos por diversas ordens jurídicas.²⁸

Portanto, a constituição, em função do surgimento de estruturas fragmentadas, passa a ser vista como sistema de processos múltiplos, simultâneos e iterativos, envolvendo diferentes atores e fluxos em diversas direções²⁹ e, por outro lado, a crescente especialização do direito em diferentes ramos, bem como a maior institucionalização de cortes e tribunais específicos caracteriza, em princípio, um movimento de ruptura e

²⁴ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

²⁵ RAWLS, John. The law of people. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 15-77.

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

²⁷ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. Virginia Law Review, v. 83, 1997, p. 771-797.

²⁸ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006, p. 15.

²⁹ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series Paper, n. 2 096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

fragmentação³⁰ o que, naturalmente, acaba por afetar o papel dos sistemas nacionais uma vez que, a exigência de intercâmbio com outras ordens jurídicas, passa a ter a necessidade de determinar a extensão e os limites do impacto transnacional nas ordens domésticas³¹.

Assim, a fragmentação estrutural da decidibilidade dos conflitos normativos, paradoxalmente, é condição de possibilidade para a desfragmentação da sociedade mundial em múltiplos níveis em relações de heterarquias entrelaçadas³² e, deste modo, nesta sociedade multicêntrica e heterárquica, são necessários mecanismos de interpenetrações concentrados e duradouros, com a exclusão da ideia de uma complexidade preordenada, o que permite a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial.

Nesse sentido, esta racionalidade deve atuar como ponte de transição³³, com a auto-observação recíproca sobre temas globalmente enfrentados, em que o conceito de constituição acaba por ser desenvolvido em paralelo com o de sistema transnacional, que compreende as decisões judiciais que se aplicam para além das fronteiras de partes situadas em mais de um Estado soberano - não se enquadrando, dessa forma, na concepção tradicional de jurisdição - e podendo ser construída por instituições multilaterais ou por redes transnacionais, globalmente difundidas³⁴.

Todavia, a constituição, neste quadro de desterritorialização e fragmentação, reflexo da intensificação da interação transfronteiriça caracterizada pela globalização econômica e cultural, realiza-se diferencialmente nas ordens jurídicas por meio de processos de articulação permanente e rearticulação de sua aplicação envolvendo instituições para além da ordem jurídica estatal, e, neste sentido, deve ser a constituição orientada como um processo multidirecional, na medida em que a dimensão

³⁰ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

³¹ KOH, Harold Hongiu. Op cit.

³² Ao mesmo tempo, o processo de globalização, ao passo que tende a uniformizar as formas de vida das diferentes sociedades, também acaba por criar regimes de especialização e atomização, o que pode gerar certo desequilíbrio normativo e incompatibilidades sistêmicas, na medida em que os ramos específicos do direito, produzam práticas institucionais próprias, o que leva à ideia de que o direito e as práticas judiciais, estão se desenvolvendo de forma fragmentada. Ver em: NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 46 e PETERS, Anne. Op cit.

³³ NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 55.

³⁴ NEVES, Marcelo. Op cit. 70.

transnacional procura influenciar práticas locais, ao passo que as ordens normativas internas fornecem modelos de reentrada transnacional³⁵.

Assim, a partir do conceito de processos recursivos³⁶ e dinâmicos, que interagem simultânea e ciclicamente, em uma relação que se reforça mutuamente³⁷ e tais processos, por sua vez, proporcionam ciclos recursivos entre ordens normativas nacionais e transnacionais, que se reconstróem e prosseguem em permanente autodescrição e auto-observação, fornecendo modelos que reconfigurem os respectivos papéis do Estado e do ordenamento local, deslocando a fronteira e as formas de Estado ou, em outras palavras, promovendo novas arquiteturas estatais³⁸.

Desta forma, em que pese a fragmentação sistêmica trazer, como consequência, a tendência ao aumento de conflitos normativos e do grau de indecidibilidade das pretensões normativas, diante das mudanças globalizantes ocorridas na sociedade internacional, a

³⁵ WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter (eds.). Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23-55.

³⁶ A recursividade se aproxima, em alguma medida, da tese proposta por Niklas Luhmann. Luhmann sustenta que os sistemas estabelecem um processo de troca entre sistema e meio, bem como que este intercâmbio pressupõe que os sistemas devam ser abertos. A tais ideias, Luhmann agrega o acontecimento comunicativo proveniente da diversidade. Os sistemas abertos respondem a essa referência teórica, na medida em que os estímulos do meio podem modificar a estrutura do sistema. Além do que, para Luhmann, o sistema do direito é um sistema parcial da sociedade. A sociedade é o entorno do sistema do direito, e o direito efetua operações na sociedade. Logo, as operações do direito são operações sociais e trata-se de uma estrutura circular (autopoietico), em que o sistema se produz por meio do sistema em si mesmo, e não por meio de fatores situados no seu meio. Assim, as operações sociais devem ter a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes, descartando as operações que não lhe pertencem, e, dessa forma, um sistema se produz por meio da comunicação informada. Portanto, o sistema opera de forma comunicativa, protegendo os limites que a própria sociedade traz, e essa comunicação constitui um processo contínuo, produzindo comunicação pela comunicação, independente do consenso - acordo total. Nesse sentido, a unidade de um sistema se produz por operações de sistema - ou cláusulas operativas do sistema - que se forma por meio da comunicação informada, e, assim, o sistema do direito traz e remarca aquilo que deve ser visto no sistema como comunicação jurídica. Logo, por meio da auto-observação do sistema, deve-se observar aquilo que se ajusta ou não a ele, e, portanto, a comunicação possui uma espécie de recursividade, com a qual se pode tanto reconstruir como retroceder, delimitando o que deverá prosseguir. E esta comunicação permanece, sempre, como uma comunicação interior ao sistema, construída pela autodescrição e auto-observação. Logo, deve haver um permanente influxo comunicativo, dada a acelerada evolução social, sob pena de um fechamento cognitivo, que torne o próprio sistema incapaz de realizar a operação autopoietica - isto é, construir suas próprias estruturas - e suas estruturas obsoletas. LUHMANN, Niklas. Das recht der gesellschaft. Frankfurt am Main, v. 115, 1993, p. 120.

³⁷ NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 60-75.

³⁸ NEVES, Marcelo. Op cit, p. 78.

própria configuração das ordens operativas autônomas pressupõem a harmonização ordenativa através de estabilização das expectativas normativas próprias, em típicos conflitos intersistêmicos, em uma relação paradoxal de desintegração para integração³⁹.

Neste sentido, tal tendência de conversação constitucional por meio de heterarquias entrelaçadas mitiga resultados conflitantes, provenientes da análise de um mesmo assunto por cortes distintas, o que impacta substancialmente no processo de fragmentação, de forma a tornar o sistema mais coerente, pela interação, principalmente entre cortes, buscando a interconexão dos sistemas jurídicos, que produzem racionalidades distintas, mas representativas de valores que procuram se afirmar globalmente⁴⁰.

Portanto, a partir da divergência como condição de possibilidade da convergência do de um modelo de constitucionalismo global em múltiplos níveis⁴¹, o estabelecimento de heterarquias entrelaçadas tem o potencial de preservar a unidade do sistema jurídico transnacional em face da fragmentação, com um efeito integrador⁴², em que a diferenciação e autonomização sistêmica demonstram que na atual arquitetura global⁴³, a discussão estabelecida pelo direito interno apresenta-se insuficiente, emergindo-se novas perspectivas de relações entre sujeitos transnacionais e ordens normativas estatais.

Assim, a ausência de um órgão centralizador controlador, de onde a sociedade poderia ser regulada, poderia sugerir a ausência de decibilidade dos conflitos político-jurídicos, em que a diferenciação imanente inerente à própria sociedade e o seu caráter reflexivo, comporta uma fragmentação interna do próprio Direito⁴⁴, proporcionando sua mutabilidade e adaptabilidade frente à realidade social.

³⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Op. cit, p. 45.

⁴⁰ PETERS, Anne. Op cit.

⁴¹ Tal como propõe Anne Peters. The merits of global constitutionalism. Indiana Journal of Global Legal Studies, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

⁴² Este efeito integrador funcionaria mesmo se os tribunais não necessariamente citassem uns aos outros com o propósito de comunicação (dialógico), mas sim por razões muito diferentes (tais como ganhar aceitação pelos colegas), e mesmo que as citações sejam seletivas. PETERS, Anne. Op. cit.

⁴³ PETERS, Anne. Op cit.

⁴⁴ Chegando Teubner a afirmar a fragmentação da própria Modernidade, em uma visão tipicamente Pós-Moderna, chamado por Teubner de Modernidade Tardia (*spatmoderne*), a partir do pressuposto da crise do Constitucionalismo Moderno. TEUBNER, Gunther. Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization. Oxford University Press, 2012, p. 204.

Contudo, tal internalidade afigura-se além da realidade do fenômeno jurídico, alcançando os demais sistemas sociais e jurídicos, através do caráter transindividual e dos efeitos extraterritoriais dos Estados Nacionais, estabelecendo-se constituições setoriais parciais (*transnationale teilbereichsverfassungen*)⁴⁵, sob pena de formar-se “ilhas constitucionais”⁴⁶, de maneira operativamente autônoma — com os efeitos opostos do modelo tradicional de soberania⁴⁷, em relações de heterarquias entrelaçadas perante ordens jurídicas estatais, com funcionalização paradoxal da jurisdição desintegrada do modelo de decidibilidade interno, mas integrado por um modelo de “sistema mundial de níveis múltiplos”.

Assim, a crise do constitucionalismo moderno, seja pela privatização do político -entendida como a existência de problemas constitucionais fora do setor político institucionalizado, dado pela desconstitucionalização do Estado Nacional⁴⁸ - seja pelo problema da transnacionalização e pela dificuldade de legitimação democrática - entendido como a existência de problemas constitucionais fora das fronteiras do Estado Nacional em processos políticos transnacionais - modifica a agenda do constitucionalismo, que passa a contar com a necessidade de reformar os fundamentos da ordem constitucional existente, particularmente pela limitação de externalidades negativas das dinâmicas sociais liberadas por regras constitucionais político-jurídicas transnacionais e não-estatais.

Portanto, tais elementos, que reagem à busca de um padrão de desequilíbrio dinâmico entre desenvolvimentos contraditórios, não poderia resultar em uma sobrecarga recíproca que perpassse os limites da capacidade adaptativa estrutural dos sistemas funcionais chegando

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. Op cit, p. 18.

⁴⁶ NEVES, Marcelo. Op cit, p. 88.

⁴⁷ Entendendo a soberania no sentido de Miguel Reale, isto é, como poder que tem uma nação de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência, pode-se ter, a partir da observação de Celso Fernandes Campilongo, que a “sobrecarga” da regra da maioria sobre as instituições dos sistemas sociais parciais pode acarretar no esvaziamento dos efeitos pretendidos pelo seu ideal democrático inicial. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Saraiva Educação SA, 2007. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política. 1992.

⁴⁸ Tal processo de “desconstitucionalização do Estado nacional” não afastaria a eficácia potencial das Constituições em suas dimensões internas, mas apontaria tão somente para a insuficiência da dimensão constitucional interna para a resolução de problemas relacionados ao modelo de Constitucionalismo Global, tal como proposto por Anne Peters, exigindo-se contínua adaptatividade dos processos constitucionais internos perante ao processo jurídico de integração entre os sistemas jurídicos parciais e globais.

até em sua própria diferenciação (*die Gesellschaft*), ou seja, a ausência de percepção das externalidades negativas dos sistemas sociais pode gerar potenciais autodestrutivos e potencializar um processo evolutivo cego, a partir de uma autoglobalização, com a ausência de percepção das tendências expansivas dos sistemas parciais globais autonomizados, o que pode limitar o potencial de aprendizado coletivo em nível global.

Desta feita, apesar da pretensão ilusória de uma constituição mundial cosmopolita, a ideia de um direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*) se mostra plenamente viável, tendo em vista a concretização da fragmentação, ou seja, a ideia de uma “constituição mundial”, pode ser buscada pela interligação das constituições próprias dos fragmentos globais — das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais — formando um direito constitucional de colisões⁴⁹.

Logo, não é apenas decisivo que os setores da sociedade mundial dotados de atuação autônoma insistam, com persistência, em Constituições próprias que concorram com as Constituições dos Estados nacionais, mas também que se identifique, a partir da observação de diferentes culturas regionais assentadas sobre diretrizes de organização social fundamentalmente diferentes, padrões e similitudes nos processos integrativos das constituições setoriais parciais, a fim de proporcionarem influência recíproca, em processos de complementação e suplementação.

A partir de tal constatação, a possibilidade do fenômeno de autoconstitucionalização (*selbkstitutionalisierung*) de ordens globais sem Estado— ordens estas que se emancipam do consenso de seus fundadores, sejam estas organizações públicas ou privadas - permitem o fenômeno de constituições transnacionais, como ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras, quanto de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais.⁵⁰

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 88.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 88.

Portanto, pode-se estabelecer a partir do conceito de dupla contingência⁵¹, a garantia de legitimidade/reconhecimento autocatalisadora dos sistemas sociais, como condicionante de si mesmo em um círculo autorreferencial, implica uma certa capacidade de encontrar, dentro da ordem do outro, os elementos que possam servir para a sua autotransformação, no sentido de um primeiro passo para o diálogo transconstitucional.

Assim, a partir da dupla contingência, legitima-se a tese do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, como modelo superativo das relações clássicas de soberania e de solução de controvérsias a partir e somente através da ordem normativa interna, em que a diferenciação interna dos sistemas jurídicos, resulta de uma pluralidade de ordens parciais, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações⁵².

Ao mesmo tempo, o transconstitucionalismo⁵³ pressupõe uma diferenciação externa entre ordens jurídicas transnacionais, de forma independente de sua diferenciação interna, a partir da dupla diferenciação, em um processo de relativa independência uma vez que, apesar da

⁵¹ A partir da interpretação de Raf Vanderstraeten, pode-se conceituar a dupla contingência como estímulo para a reestruturação e recondicionamento dos próprios processos dos sistemas sociais autônomos. A dupla contingência é consequência da dependência mútua entre *alter* e *ego*, por meio da confrontação entre dois sistemas sociais autônomos que fazem suas próprias seleções em relações de influência recíproca, por meio de processos recursivos de auto-observação de um sistema ao outro – e vice versa. Sobre a influência do conceito de dupla contingência na formação dos sistemas sociais em Luhmann, pode-se ter que a dupla contingência inicia o processo de comunicação, a qual invariavelmente forma e formata os sistemas sociais como sistemas de seletividade recíproca.

“The condition of double contingency initiates communication, and this communication inevitably constitutes a social system as a network of meaningful reciprocal selections – which reproduces the very problem of double contingency [...]”

The double contingent character of social interaction is, mutatis mutandis, a consequence not of the mutual dependency of ego and alter, but of the confrontation of at least two autonomous systems that make their own selections in relation to one another [...]

This point of view implies that social interaction constantly reproduces its own double contingent character. Following Luhmann, social systems use double contingency as stimulus for the restructuring or reconditioning of their own processes”. VANDERSTRAETEN, Raf. *Parsons, Luhmann and the theorem of double contingency. Journal of Classical Sociology*, v. 2, n. 1, p. 77-92, 2002.

⁵² NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 99.

⁵³ “O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico hierárquico da sociedade mundial”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 90.

autonomia decorrente da ordem normativa, há o relacionamento com as demais ordens, através de comunicações transversais interfronteiriças⁵⁴.

Há portanto, uma relação circular entre ordem receptora e ordem transmissora a partir de uma fertilização constitucional cruzada⁵⁵, com a incorporação recíproca de conteúdos e a reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução de conteúdos de sentido do “outro”, que são desarticulados e rearticulados internamente, a partir de um sistema mundial de níveis múltiplos.⁵⁶

Assim, deve-se afastar qualquer espécie de suficiência de construções Hércules⁵⁷ ou de monismos metodológicos - construtivismos extremistas/autistas - uma vez que definida a escolha política-jurídica, a respectiva ordem ficaria “cega” à concorrência de outras ordens, o que afastaria a possibilidade de acoplamentos entre sistemas normativos.

Ademais, a tendência de transteriorialização dos problemas jurídicos - a mais de uma ordem normativa e a ultrapassagem do âmbito de validade específico da ordem normativa interna⁵⁸ - tendenciam ao surgimento de colisões e as limitações do transconstitucionalismo na sociedade mundial assimétrica.

⁵⁴ Com base nesta tese, Neves refuta a nomenclatura “Direito Constitucional Internacional: “A nosso ver não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e método próprio. O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos da Ciência Jurídica”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 58.

⁵⁵ Termo designado também para definir aquilo que Marcelo Neves chama de “cross-constitucionalismo”, isto é, um modelo de constitucionalismo adaptado às necessidades contemporâneas, concretizado pelo diálogo de sistemas jurídico-constitucionais objetivando-se o aprendizado, validação e auto-observação do processo de funcionalização dos sistemas jurídicos setoriais relativamente autônomos. Importa observar que este fenômeno não se realiza somente no âmbito público, mas também sofre influência direta das relações de entes privados. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 55

⁵⁶ NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 54.

⁵⁷ “Também inversamente, quando ‘as cortes partem de uma presunção de identidade, pois elas se examinam reciprocamente de acordo com os mesmos critérios que elas aplicariam para outros tribunais domésticos nas mesmas circunstâncias’, há uma desconsideração da dupla contingência, tendo em vista a crença ilusória em uma comunidade de perspectivas de interpretação normativa e compreensão de casos, a encobrir a diversidade de posturas de observação dos conflitos a partir das diferentes ordens jurídicas e respectivas cortes”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 85.

⁵⁸ “São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 105.

Além disso, ao lidar com temas essenciais, a exigência de respeito aos termos equitativos de cooperação social, selecionados como resultado de um processo de deliberação racional, permitiriam a estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, como fator de integração sistêmica da sociedade hipercomplexa da atualidade, tendo na assimetria de formas sua condição negativa de possibilidade.

Portanto, o transnacionalismo, enquanto espaço privilegiado de solução de controvérsias, a partir de conversações e entrelaçamentos constitucionais e de razões transversais para a construção de um modelo de pós-soberania, pode ser compreendido como complementariedade entre identidade e alteridade, em uma relação circular, para lidar com problemas hidraconstitucionais, dada a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas da sociedade.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, o trabalho tratou da evolução do constitucionalismo antigo ao transconstitucionalismo, estando este último em compatibilidade com a dinâmica sociedade contemporânea, a partir da jurisdição como diálogo aprofundado, estruturado a partir da

projeção nas cortes constitucionais⁵⁹, como resultado, do pluralismo e do consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento cosmopolita e da relação intersistêmica apta a gerar confluência entre os sistemas sociais, isto é, apta a ocasionar a solução e absorção de conflitos sociais democraticamente deliberados do ponto de vista jurídico e, ao mesmo tempo, do ponto de vista político, em relação paradoxal de complementação, através de aprendizado, transversalidade reflexiva e tensões recíprocas entre Direito e política, gerando uma dupla legitimação: democrático-política e jurídica.

Ademais, neste diálogo global, o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões locais, permite a incorporação de novos pontos de vista aos intérpretes jurisdicionais, a partir de mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que a referência à cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o Poder Judiciário tenha que lidar com questões complexas semelhantes, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, em que, ao termo, esta concepção ajude a corte constitucional doméstica a analisar a questão

⁵⁹ A atuação das cortes no exercício do controle de constitucionalidade, na tipologia proposta por Katherine Young, pode seguir alguns modelos, como o deferencial, em que o tribunal assume maior autoridade no processo de tomada de decisão dos ramos eleitos e na interpretação dos direitos socioeconômicos. Em tal modelo a Corte Constitucional apenas interfere em casos de evidente erro legislativo (*Soobramoney v. Minister of Health*), observando-se, contudo, o risco de abdicação judicial provocado por tal modelo (*danger of judicial abdication*) no tocante às obrigações mínimas (*minimum core*) na garantia de direitos socioeconômicos – o que poderia provocar um problema, por exemplo, no caso do apartheid. Já no modelo conversacional, há a dependência da capacidade de interdisciplinaridade entre órgãos institucionais para, através do diálogo, resolver a determinação dos direitos, mediante negociação entre a Corte Constitucional e os ramos eleitos da República, possibilitando a discordância pelos ramos eleitos das decisões proferidas pela Corte Constitucional (*Treatment Action Campaign case*). Por sua vez, o modelo experimentalista, trata de um modelo dinâmico e sistemático de adjudicação de direitos socioeconômicos no qual o tribunal pretende envolver as partes participantes na resolução provisória do conflito e garantia do direito, acentuando-se o grau de pressão para a resolução do conflito, mediante um assentamento de uma política razoável de formar a pressionar as instituições na adjudicação dos direitos socioeconômicos, podendo-se, inclusive, chegar a meios alternativos de resolução de conflitos. (*Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*). O modelo gerencial: ocorre quando o tribunal assume responsabilidade direta pela interpretação dos contornos substanciais dos direitos previstos (*policy-making judges*), exercendo a Corte Constitucional um papel de supervisão e coordenação de uma política pública até então ineficaz, de forma a proteger um direito fundamental constitucionalmente previsto (*Residents of Joe Slovo Community Western Cape v. Thubelisha Homes*). Por fim, no modelo peremptório, o tribunal registra sua superioridade na interpretação do direito, bem como pelo comando e controle de uma resposta imediata, podendo-se a Corte Constitucional estabelecer uma nova legislação, independente de consulta prévia. YOUNG, Katharine G. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 3, p. 385-420, 2010.

sob uma perspectiva diferente, em um interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas pelas cortes do sistema jurídico transnacional. Por conseguinte, o diálogo transnacional entre cortes constitucionais, contribui para uma justiça em escala global e para o respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que os empréstimos transnacionais e a construção de uma autoconsciência global judicial, acaba por gerar certo consenso internacional sobre determinadas questões na jurisdição constitucional.

Em um segundo momento, buscou-se contrastar o modelo clássico de jurisdição e o constitucionalismo clássico com a emergência de um novo modelo de jurisdição compatível com as novas demandas globais e do constitucionalismo moderno, bem como da crise do constitucionalismo moderno, seja pela privatização do político - entendida como a existência de problemas constitucionais fora do setor político institucionalizado, dado pela desconstitucionalização do Estado Nacional - seja pelo problema da transnacionalização - entendido como a existência de problemas constitucionais fora das fronteiras do Estado Nacional em processos políticos transnacionais - que modifica a agenda do constitucionalismo, o qual passa a contar com a necessidade de reformar os fundamentos da ordem constitucional existente, particularmente pela limitação de externalidades negativas das dinâmicas sociais liberadas por regras constitucionais político-jurídicas transnacionais e não-estatais. Assim, a partir de tais mudanças proporcionadas pela própria reconfiguração da sociedade global, pode-se propor a ideia de um direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*), tendo em vista a concretização da fragmentação, ou seja, a ideia de uma “constituição mundial”, buscada pela interligação das constituições próprias dos fragmentos globais - das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais. Assim, esta troca profícua entre cortes constitucionais, permite a oxigenação de ideias e paradigmas, ampliando o leque de referenciais e fundamentos utilizados pela jurisprudência local o que, ao cabo, exerce um papel nodal na unidade, legitimidade e racionalidade das decisões domésticas, por meio deste diálogo transnacional.

Conclusivamente, o trabalho teve como hipótese e teses conclusivas a possibilidade da concretização do transnacionalismo enquanto instância de conversações e entrelaçamentos constitucionais e de razões transversais para a construção de um modelo de pós-soberania, pode ser compreendido como complementariedade entre identidade e alteridade, em uma relação

circular, para lidar com problemas hidraconstitucionais, dada a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas da sociedade., bem como a idealização e estabilização de um modelo de direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*), tendo em vista a concretização da fragmentação, ou seja, a ideia de uma “constituição mundial buscada através da interligação das constituições próprias dos fragmentos globais - das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais, isto é, a partir de um modelo reconfigurativo de soberania adequada aos novos conflitos globalizantes, como um modelo geral de direito constitucional de colisões como condição essencial de confluência e autonomia relativa dos âmbitos supranacionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 133, p. 633, 2000.

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, p. 771-797, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política**. 1992.

CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions. **Duke Law Journal**, n. 53, 2003, p. 221.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 146.

KERSCH, Ken I. The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary and the Rule of Law. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 4, 2005, p. 345.

KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. **Faculty Scholarship Series Paper**, n. 2 096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006, p. 15.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. A jurisdição globalizada e a consistência argumentativa entre Cortes constitucionais no diálogo transnacional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, 2015, p. 961-998.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. O diálogo institucional entre Cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, 2014, p. 967-1006.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. O diálogo institucional entre Cortes locais e Cortes transnacionais. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 134, 2013, p. 1.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, 2014, p. 1-46.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. The Transnational Institutional Dialogue in Belo Monte Dam Case. **Veredas do Direito**, v. 9, 2012, p. 117.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)** Research Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 14, n. 3, jul.-set., 2015.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jesse (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 329-363.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Martins Fontes, 2014, p. 85.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. **Democracia deliberativa**. São Paulo: Esfera Pública, p. 77-101, 2007.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **The law of people**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Columbia University Press, 2005, p. 64.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Saraiva Educação SA, 2007.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 87-124.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Lumen Juris, 2007, p. 49.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Livraria do Advogado, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação de Mestrado a apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito da Unisinos.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York University, 1997, p. 13.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005.

VANDERSTRAETEN, Raf. Parsons, Luhmann and the theorem of double contingency. **Journal of Classical Sociology**, v. 2, n. 1, p. 77-92, 2002.

WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

WALDRON, Jeremy. Minority cultures and the cosmopolitan alternative. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 25, p.751-778, 1991-1992.

YOUNG, Katharine G. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. **International journal of constitutional law**, v. 8, n. 3, p. 385-420, 2010.

O DIREITO À EXISTÊNCIA E SUA INTERLOCUÇÃO DO ELO ENTRE CIDADÃO E O ESTADO: UMA LEITURA DA APATRIDIA

THE RIGHT TO EXISTENCE AND ITS INTERLOCUTION OF THE LINK BETWEEN THE CITIZEN AND THE STATE: A READING OF THE STATELESSNESS

Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa *

Valquiria Almeida **

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Reconhecimento da nacionalidade: o elo entre cidadão e o Estado. 2 A apatridia no mundo. 3 Práticas de combate à apatridia: limites e possibilidades. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo se propõe a avaliar o fenômeno da apatridia, suas principais causas, consequências e os mecanismos de Direito Internacional que tratam sobre a questão. Para tanto, será realizada uma introdução conceitual ao tema, para possibilitar a discussão posterior acerca do direito fundamental à nacionalidade. A fundamentabilidade da nacionalidade está no fato de ela ser o direito que garante ao indivíduo ter direitos, por vincular o Estado a ele. Sob esse aspecto, surge o conceito de cidadania, que presume nacionalidade, uma vez que correntemente, as garantias sociais proporcionadas pela cidadania se limitam aos nacionais, excluindo os estrangeiros. A partir desse pressuposto, se aborda o instituto da nacionalidade, suas possibilidades e limitações dentro da esfera dos Direitos Humanos, através da revisão da literatura pertinente, bem como da observância aos documentos oficiais da ONU e da legislação pertinente. Conclui-se acerca dessa problemática que, apesar das tentativas de universalização da proteção aos direitos humanos, sua implementação continua vinculada à autonomia estatal, o que gera déficits em sua plena aplicação.

Palavras-chave: Apatridia. Direitos Humanos. Nacionalidade. Cidadania. Direito Internacional.

ABSTRACT: *This article proposes to evaluate the phenomenon of statelessness, its main causes, consequences and the mechanisms of international law that deal with the issue. To do so, a conceptual introduction will be made to the subject, to enable a later discussion about the*

*Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Especialista em Elaboração, gestão e avaliação de projetos sociais em áreas urbanas pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora Substituta da Universidade Federal de Viçosa - Campus Viçosa. Membro do Observatório de Migração Internacional do Estado de Minas Gerais - OBMinas. Coordenadora de Projetos sobre Migração na Faculdade de Passos - UEMG. Advogada e Gestora de Projetos na Empresa Geoline Engenharia.

** Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Tecnóloga em Processos Gerenciais com ênfase em Gestão das Organizações do Terceiro Setor pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. Elaboradora de projetos sociais e captadora de Recursos na Associação FRED – Uma Alternativa à Reintegração.

Artigo recebido em 03/09/2018 e aceito em 15/01/2019.

Como citar: CORREA, Marina Aparecida Pimenta da Cruz; ALMEIDA, Valquiria. O direito à existência e sua interlocução do elo entre cidadão e o Estado: uma leitura da apatridia. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, p. 55, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

fundamental right to nationality. The reasonableness of nationality lies in the fact that it is the law that guarantees the individual to have rights, to bind the State to him. In this respect, the concept of citizenship arises, which presumes nationality, oince, frequently, the social guarantees provided by citizenship are limited to nationals, excluding foreigners. Based on this assumption, the institution of nationality, its possibilities and limitations within the sphere of Human Rights, is approached by reviewing the relevant literature, as well as compliance with official UN documents and relevant legislation. It is concluded that despite the attempts to universalize the protection of human rights, its implementation remains linked to state autonomy, which generates deficits in its full application.

Keywords: *Statelessness. Human Rights. Nationality. Citizenship. International Law.*

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, determina em seu artigo 15º que todo ser humano tem direito a uma nacionalidade e que “ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade” (AGNU, 1948, *online*). A designação da nacionalidade como Direito humano fundamenta-se nas implicações do vínculo jurídico que se cria entre um indivíduo e seu Estado a partir dessa institucionalização, uma vez que produz a responsabilidade estatal de proteção de seus nacionais e a garantia de direitos fundamentais como o direito à saúde, à educação ou à moradia.

Em adversidade a essa realidade, há indivíduos que por diversos fatores, não possuem esse laço jurídico da nacionalidade. Seja devido à fuga de um Estado por razão de perseguição ou risco de vida, por não querer regressar, ou ainda, por não ter adquirido ou perdido sua nacionalidade em razão dos requisitos da legislação de um Estado reivindicado como sendo o seu. Estes indivíduos são caracterizados como “apátridas” pelo Direito Internacional.

Segundo levantamento do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR, 2011), existem mais de 12 milhões de apátridas espalhados por todo o globo atualmente, apesar de o enfrentamento da questão já se dar a muitas décadas. A ONU tem criado mecanismos internacionais e prestado assistência a essas pessoas juridicamente vulneráveis buscando a garantia de direitos deste grupo, sua erradicação e pleiteando seu fim. Dentre estes esforços, destacam-se a Convenção de Genebra de 1951, a Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954, e a Convenção sobre os Mecanismos de Redução de Apatridia de 1961.

Com o objetivo de buscar o melhor entendimento acerca da situação dos apátridas, buscamos analisar as principais causas para

ocorrência desse fenômeno e os conceitos que o envolvem, demonstrando a importância de ter uma nacionalidade e os graves problemas que decorrem da sua falta. Para além do vínculo jurídico criado pela nacionalidade, observa-se a estreita relação desta com o conceito de cidadania, que possui características mais ligadas à participação social e política, como garantia do exercício dos direitos fundamentais.

Assume-se aqui o entendimento de que o direito à nacionalidade é um direito humano consagrado em instrumentos internacionais. Busca-se analisar, no entanto, quais as principais consequências geradas pela falta desse direito. Para tanto, abordaremos alguns conceitos introdutórios ao tema, como Estado, nação, soberania, território, povo, população e nacionalidade, a partir da revisão da literatura acadêmica pertinente. Posteriormente, utilizando-se primordialmente de documentos oficiais produzidos por órgãos da ONU, como o ACNUR e a AGNU, e legislação concernente ao tema, analisaremos as principais formas de aquisição de nacionalidade e os instrumentos internacionais de proteção aos apátridas mais relevantes, seus limites e possibilidades.

1 O RECONHECIMENTO DA NACIONALIDADE: O ELO ENTRE CIDADÃO E O ESTADO

Para se discutir nacionalidade, primeiramente se faz necessária a definição de *Estado*. Tal conceito varia do ponto de vista da doutrina, de autor e do panorama que se pretende fazer. No entanto, é consenso que o Estado é uma organização político-administrativa que deve ter no mínimo três elementos constitutivos: território demarcado, povo e governo soberano; sendo essa soberania, interna (conjunto de poderes internos sobre os quais se estabelecem os fundamentos e se realizam os objetivos do Estado dentro e fora de seu território, em consonância com as regras e princípios de direito internacional) e externa (direito do Estado de livremente determinar suas relações com outros Estados e outras entidades internacionais, independentemente de seu controle ou restrições com os demais) (MORE, 2012).

Nesse sentido, a soberania interna é territorial. Acerca deste critério, Zipellius (2017, p.112) afirma que,

A soberania territorial tem um lado positivo e um lado negativo. O aspecto positivo implica que cada indivíduo se encontra no território do Estado está sujeito ao poder deste Estado. O lado negativo significa que dentro do território do

Estado não deve ser exercido qualquer poder soberano que não decorra do poder de regulação do Estado. Isto não exclui que o Estado excepcione das suas intervenções soberanas, em virtude do seu próprio poder estatal, p. ex., diplomatas estrangeiros garantindo-lhes a sua extraterritorialidade [...] Além disso ele pode, p. ex., em virtude de servidões políticas positivas ou negativas, [...] conceder a um outro Estado determinadas faculdades soberanas no seu território ou renunciar ao exercício de certos direitos de soberania próprios no seu território.

O território, desta forma, é a ordenação espacial da autoridade jurisdicional do Estado (CARTAXO, 2010). Para além disso, o território também é parâmetro de atribuição da nacionalidade. Em alguns países, como no Brasil, todo aquele que nasce em seu território, adquire a nacionalidade deste, esse é o chamado critério do *jus soli*. Já em alguns outros Estados impera critério *jus sanguinis*, no qual a nacionalidade dos pais define a nacionalidade do descendente. Existem ainda aqueles países onde apenas o *jus soli* não é condição suficiente para obtenção da nacionalidade: este, deve sempre estar vinculado a algum outro critério, como *duplex jus soli* ou residência qualificada, como acontece na França (MICALI-DROSSOS, 2002).

Como já exposto, o povo é uma das unidades constitutivas do Estado. Sobre essa questão, Sidney Guerra Reginaldo (2006, p. 22-23) leciona:

[...] povo é a dimensão humana do Estado, e a dinâmica entre povo e Estado é tão íntima que é possível afirmar que o povo não existe sem a organização e o poder do Estado, de forma que inexistindo um ou outro, levaria ao desaparecimento do povo. Destarte, o Estado nasce desta comunidade que irá se transformar em povo, convertendo-se em razão de ser do Estado; o poder político se determina em relação ao povo e só então é possível se definir em relação a outros poderes; o poder insurge do povo e necessita ser validade por ele, uma vez que o poder se pratica por identificação ao povo.

É importante destacar que a definição de ‘povo’ aqui utilizada não é sinônimo de ‘população’. Entende-se que povo é o conjunto de nacionais de um Estado, enquanto a população é o quantitativo de habitantes dele, independente de nacionalidades. Da mesma forma, Estado não se confunde com Nação: em uma nação, é pressuposto um sentimento que vincula os indivíduos entre si, seja através de um idioma comum, cultura, religião ou etnia. Nesse sentido, Nação é uma entidade de direito natural e histórico.

Sahid Maluf (1995) leciona que a Nação pode ser considerada como a substância humana do Estado. Segundo esta lógica, a Nação é anterior ao Estado, pois os agrupamentos sociais de vínculos naturais precedem a instituição do Estado. A partir dessa lógica, pode-se concluir que uma nação se constitui por “fatores naturais -territórios, unidade étnica e idioma comum; fatores históricos - tradições, costumes, religião e leis; e fatores psicológicos - aspirações comuns, consciência nacional, etc.” (OLIVEIRA, 2017, *online*. Já o Estado não necessariamente precisa que seus nacionais tenham as mesmas características culturais ou étnicas. Como já exposto, o Estado é uma sociedade politicamente organizada por uma ordem coercitiva.

Segundo tais definições, nota-se que os estrangeiros fazem parte da sua população e não do povo, mas mesmo sendo excluídos do conceito de povo, não quer dizer que não estejam sujeitos a soberania do Estado (CARTAXO, 2010). Acerca dessa questão, Seyla Benhabib (2004, p.21. Tradução nossa) analisa que um dos maiores paradoxos da democracia é o fato de que “(...) aqueles cujos direitos de inclusão ou exclusão do demos estão sendo decididos, não serão os mesmos que decidirão sobre essas regras.”¹ Isso porque os Estados podem mudar sua autodefinição e alterar os critérios de admissão à cidadania.

A nacionalidade é uma consequência da organização estatal, pois se trata de um vínculo jurídico-político, uma vez que um indivíduo pode ser nacional de um país e estar sujeito à legislação de outro juridicamente, como nos casos de naturalização. Nesse sentido, a nacionalidade é uma questão de soberania do Estado, pois somente ele pode atribuí-la aos indivíduos.

Acerca do conceito de nacionalidade utilizado aqui:

A nacionalidade é o vínculo que prende um indivíduo a um Estado, fazendo desse indivíduo um componente do povo desse Estado, integrante, portanto, de sua dimensão pessoal. É o direito de cada Estado que diz quem é nacional e quem não o é, ou seja, quem é estrangeiro. Segundo direito internacional público, o nacional continua preso ao Estado, de cujo povo é membro, mesmo quando se acha fora do alcance de seu poder, estabelecido em território de outro Estado (FILHO, 1977, p.38).

Considerando que os nacionais são o elemento humano do Estado e, portanto, fator essencial à própria existência do Estado, a nacionalidade

¹ “(...) those whose rights to inclusion or exclusion from the demos are being decided upon will not themselves be the ones to decide upon these rules.”

é uma questão de regulamentada pelo Direito interno. Isto é, a definição e a concessão da nacionalidade pelo Estado é ato soberano, resguardado pela Convenção de Haia de 1930 (ACNUR, 2005, p.9):

Art. 1º. [...] cabe a cada Estado determinar por sua legislação quais são os seus nacionais. Esta legislação será aceita por todos os outros Estados, desde que esteja de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade.

[...]

Art. 2º. [...] Toda questão relativa ao ponto de saber se um indivíduo possui nacionalidade de um Estado será resolvida de acordo com a legislação desse Estado.

Existem, entretanto, diversos casos que sustentam a visão de que deixar a determinação da nacionalidade exclusivamente nas mãos do Estado pode acarretar em danos e desorientações, principalmente para indivíduos que podem, por exemplo, ficar sem nacionalidade ou com mais de uma nacionalidade. Além disso, existem Estados que ainda não adotaram qualquer lei de nacionalidade nos moldes atuais (CARTAXO, 2010).

A nacionalidade, por sua vez, pode ser de duas espécies: originária (primária ou atribuída) e adquirida (secundária, derivada). Os critérios de nacionalidade originária são majoritariamente o *jus soli(s)* e o *jus sanguinis*; a nacionalidade secundária, no entanto, se adquire mediante naturalização, que é sempre requisitada pelo próprio indivíduo. O Estado não impõe naturalização, apenas a concede de acordo com seu Direito interno. Wilba Lúcia Maia Bernardes (1996, p. 114) define a naturalização como “um acordo de vontades entre as partes, Estado e indivíduo, já que é o Estado soberano quem a concede em razão do pedido do interessado, que tem a faculdade de mudar de nacionalidade e escolher a que bem entender”.

Não obstante, historicamente é possível identificar nas práticas internacionais outros critérios de aquisição da nacionalidade secundária. Um exemplo é o vínculo funcional com o Estado, no qual este pode conceder nacionalidade aqueles que sejam seus colaboradores e servidores, como se vê no Vaticano. Outro critério muito comum antigamente era o casamento, pelo qual o indivíduo automaticamente obtinha a nacionalidade do cônjuge estrangeiro somente pelo fato de contrair matrimônio, independente de sua vontade. Esta prática, no entanto, não é mais utilizada atualmente devido aos inúmeros impasses advindos dela. Além disso, existe também o critério *jus domicilli*, que se refere à aquisição da nacionalidade por aqueles que

se encontram domiciliados em um país por um período mínimo de tempo determinado (CARTAXO, 2010).

Geralmente, quando um indivíduo requer naturalização em um determinado país, é exigido que este renuncie à sua nacionalidade anterior. Algumas legislações ainda admitem a renúncia tácita da nacionalidade, que ocorre quando o cidadão naturalizado volta a seu país de origem e lá permanece além de determinado período, considerando-se ter renunciado à nacionalidade que adquirira mediante a naturalização. Os questionamentos que se fazem acerca desses fatos são sobre o direito de não perder a nacionalidade anterior, sobre o direito de não mudar, e de não adquirir.

Com efeito, a mudança de nacionalidade é um direito segundo as premissas relativas à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada em Bogotá, em 1948, Dispõe seu artigo 19 que: “Toda pessoa tem direito à uma nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”. E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José de Costa Rica, de 1969, em seu artigo 20, dispõe que: “1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território tiver nascido, se não tiver direito à outra. 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.” (CARTAXO, 2010, p.70-71).

Além disso, a Convenção para a Redução da Apatridia, patrocinada pela ONU, no seu artigo 8º dispõe que “os Estados contratantes não destituirão uma pessoa de sua nacionalidade se isto causar sua apatridia” (CARTAXO, 2010, p.70). Nesse sentido, a nacionalidade é um Direito Humano, contudo, o Direito Internacional estabelece apenas regras gerais a respeito da nacionalidade para não contrariar a prerrogativa soberana do Estado em determinar quem são seus nacionais. Entretanto, existem muitos indivíduos sem nacionalidade ou com mais de uma nacionalidade, devido à complicações e falhas de Direito interno em alguns países.

Observa-se que a legislação acerca da nacionalidade ainda se faz a partir do conceito de Nação, que, como já exposto, pressupõe algum vínculo cultural ou étnico entre os cidadãos de um determinado local, e não sobre conceito de Estado. Especialmente a partir do último processo de globalização e do incremento dos meios de comunicação e transporte, os fluxos migratórios se intensificaram enormemente, trazendo consigo a

necessidade de mudança em legislações que podem gerar exclusão social, como é o caso da nacionalidade, uma vez que esta se relaciona diretamente com o conceito de cidadania, na maioria dos Estados.

Faz-se importante salientar também a diferença entre os conceitos de nacionalidade, aqui já exposto, e o conceito de cidadania. T. H. Marshall (1950) explicita o conceito de cidadania como a aquisição de direitos fundamentais de uma sociedade moderna. De acordo com o autor, esses direitos estariam divididos em três eixos principais: direitos civis, políticos e sociais. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, passa-se a conceituar como cidadãos todos os que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste auferem um conjunto de direitos (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais) e deveres variados (CARTAXO, 2010).

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito de seu Estado, alcançados, em igualdade de direitos e dignidade, pela convivência coletiva, com base num sentimento ético comum, capaz de torná-los partícipes do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público. São atos que comprovam o exercício da cidadania o desempenho de funções públicas, de atividades comerciais ou empresariais, o exercício do voto, a participação na vida da sociedade civil etc. (CARTAXO, 2010, p.54).

Nessa perspectiva, a nacionalidade é o conceito mais ligado as concepções conceituais do vínculo que liga o indivíduo a um Estado, enquanto que a cidadania tem características mais ligadas à participação social, esta última, como garantia do exercício dos direitos fundamentais. Sob esse aspecto, a cidadania presume nacionalidade, uma vez que correntemente, as garantias proporcionadas pela cidadania se limitam aos nacionais, excluindo os estrangeiros.

2 A APATRIDIA DO MUNDO

A nacionalidade é um direito humano que abre espaço ao exercício de todos os outros direitos, pois se liga diretamente à cidadania. Entretanto, existem pessoas que não possuem nacionalidade, sendo apátridas. Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR, 2012), existem cerca de 12 milhões de apátridas localizados em diversos continentes, principalmente África, América, Ásia e Europa, sendo que

metade desse número se refere a crianças. Contudo, é previsto que estes números sejam ainda mais alarmantes, visto que são poucos os países que monitoram a frequência de apátridas em seus territórios e, mesmo aqueles que monitoram, o fazem sem critérios claros de verificação.

Segundo definição exposta no Artigo 1º da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, apátrida é “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional” (AGNU, 1954, p.1). Nesse sentido, a definição se refere a um vínculo jurídico formal entre o indivíduo e o Estado. O ACNUR classifica a apatridia em duas categorias: a *de facto* e a *de jure*. A primeira compreende indivíduos que possuem nacionalidade formal, mas que não gozam de direitos normalmente desfrutados por todos os nacionais. Já os apátridas *de jure* são aqueles que não possuem nenhuma nacionalidade formal, isso é, não são considerados nacionais de acordo com as leis de nenhum país (CORREA; OLIVEIRA, 2012).

É importante observar que, atualmente, existe uma grande discussão acadêmica acerca da definição da apatridia *de facto*. Isso se dá devido ao argumento de alguns autores de que um apátrida *de facto*, sendo uma pessoa que se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode, ou por razões válidas, não quer valer-se da proteção de tal país, pode se enquadrar na definição de refugiado apresentada na Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (AGNU, 1951, Artigo 1º), em que refugiado é conceituado como toda pessoa que

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Destarte, a apatridia tem causas diferentes, algumas mais fáceis de se definir que outras. Dentre elas, estão as disputas entre os Estados sobre a condição jurídica dos indivíduos, a marginalização prolongada de populações durante processos de independência ou traçados de novas fronteiras nacionais, as mudanças nas relações internacionais, etc. Segundo o ACNUR (2011), na primeira metade dos anos 1990, mais da metade dos apátridas do mundo tinha perdido a nacionalidade devido à secessão de países. A partir do desmembramento da antiga União Soviética Iugoslávia

e Checoslováquia e com o surgimento de novos países, milhares de pessoas tanto no Leste Europeu como na Ásia Central, ficaram em situação de apatridia. O problema tomou maiores proporções com as migrações massivas que colocaram inúmeras pessoas na condição de refugiados ou deslocados. Ainda hoje, dezenas de milhares de pessoas na região permanecem apátridas ou em risco de apatridia. Existem alguns esforços em prol da questão e movimentos que visam restaurar a nacionalidade desses indivíduos através da expedição de documentos, no entanto, a situação ainda é preocupante.

O abandono após a formação pós-colonial de países é outra causa de apatridia. Grandes populações ficaram por décadas sem cidadania como resultado dessas construções de novos Estados na África e na Ásia. Destacam-se os casos do Quênia e da Costa do Marfim. Segundo pesquisas, no Himalaia existem cerca de 800 mil apátridas hoje que são impedidos de ter acesso a serviços e direitos básicos como direito à saúde, à educação, ao livre deslocamento, à propriedade, dentre muitos outros (ACNUR 2011).

O ACNUR aponta que dentre as principais razões da apatridia do mundo, se destacam as complexas leis de nacionalidade e cidadania adotada em alguns países. A título de exemplo, em alguns Estados, a cidadania é automaticamente perdida após a residência prolongada em outro país. Outro obstáculo muito comum especialmente em países em desenvolvimento apontado pelo Alto Comissariado é o não-registro de crianças ao nascer. A inexistência de certidão de nascimento não indica automaticamente a falta de cidadania, entretanto, em muitos países, não ter registro de nascimento, origens, ou identidade legal aumenta os riscos de apatridia por conta da burocracia local.

Os apátridas são comumente alvo de arbitrariedades, pois são vítimas em potencial, principalmente para o crime de tráfico de pessoas. “Com frequência, tais grupos se tornam tão marginalizados que mesmo com mudanças de legislação para dar acesso à cidadania eles enfrentam obstáculos e burocracias.” (ACNUR, 2011, p.3). Também existem também casos de apatridia relacionados a discriminação contra a mulher. Sobretudo no Oriente Médio e na África, apenas os homens podem passar sua nacionalidade para os filhos; Dessa forma, mulheres que se casam com estrangeiros não podem passar sua nacionalidade para descendentes.

O ACNUR (2011) ressalta ainda que um tema relevante a todas as discussões sobre apatridia é a discriminação racial e étnica que leva à exclusão e vulnerabilidade, e aponta que frequentemente falta vontade

política para tentar trabalhar sobre este problema. Considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que ‘todo ser humano tem direito a uma nacionalidade’, governos devem se esforçar para garantir que todos possuam uma nacionalidade para o gozo dos direitos humanos, reconhecendo assim sua importância jurídica. Sem o vínculo de nacionalidade com qualquer Estado, pessoas apátridas precisam de atenção e proteção especial para garantir seus direitos básicos.

Para além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, existem três tratados internacionais que versam sobre a apatridia efetivamente, são eles: a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, a Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, e a Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas de 1958. Dentre eles, o mais representativo atualmente é o primeiro.

A condição jurídica internacional de apátrida foi reconhecida pela Convenção de 1954, e os indivíduos que satisfazem a esta definição têm acesso a certos direitos e benefícios contidos na Convenção de 1954, que possui reconhecimento de lei costumeira internacional. Tal Convenção parte do princípio fundamental de que nenhum apátrida deve ser tratado de maneira inferior a qualquer indivíduo que possua uma nacionalidade. No entanto, admite que os apátridas são mais vulneráveis que outros estrangeiros e, por isso, prevê uma série de parâmetros especiais para os mesmos (ACNUR, 2011).

Faz-se importante ressaltar que a Convenção de 1954 não abarca os apátridas *de facto*, para os quais não existe uma definição universalmente aceita no Direito Internacional. Entretanto, estes têm direito à proteção de acordo com os princípios fundamentais internacionais de direitos humanos. Concomitantemente, os apátridas em situação de refúgio são amparados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e devem ser tratados em conformidade com o direito internacional dos refugiados (ACNUR, 2011).

Por sua vez, a Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 é aplicada em casos onde o indivíduo é privado de sua nacionalidade e se dispõe em quatro questões basilares: a prevenção da apatridia entre crianças; em virtude de perda ou renúncia de nacionalidade; por revogação de nacionalidade e por sucessão estatal. Os primeiros artigos da Convenção estabelecem a seus Estados contratantes a concessão de nacionalidade a toda criança apátrida nascida em seu território ou que tenha parentesco com um nacional. Crianças abandonadas no território

também devem automaticamente ser reconhecidas como nacionais, como prescreve o Artigo 2º (RIBEIRO et.al., 2013).

O Artigo 6º veda a revogação da nacionalidade a todos os Estados Contratantes, exceto em casos específicos dispostos no Artigo 8º, sendo proibida sua revogação arbitrária sob pretextos raciais, étnicos, religiosos ou políticos (Artigo 9º). O Artigo 7º especificamente proíbe a renúncia à nacionalidade sem que se haja adquirido uma segunda. Por sua vez, o Artigo 10º declara que os Estados devem observar em seus tratados a possibilidade de apatridia em casos de transferência de território de um Estado a outro (RIBEIRO et.al., 2013).

A Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas de 1958 reconhece os conflitos jurídicos sobre a perda e aquisição da nacionalidade da mulher como resultado do matrimônio, de sua dissolução ou da mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio. Nesse contexto, declara:

Art. 1º. Os Estados concordam em que nem a celebração ou dissolução do matrimônio entre nacionais ou estrangeiros, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio, poderão afetar automaticamente a nacionalidade da mulher.

Art. 2º. Os Estados contratantes concordam no fato de que se um de seus nacionais adquira voluntariamente a nacionalidade de outro Estado ou o de que renuncie a sua nacionalidade, não impedirá que a conjuge conserve a nacionalidade que possua.

Art. 3º. Os estados contratantes concordam em que uma mulher estrangeira casada com um de seus nacionais poderá adquirir, se o solicitar, a nacionalidade do marido, mediante um procedimento especial de naturalização privilegiada, com sujeição às limitações que possam ser impostas por razões de segurança ou de interesse público (AGNU, 1958, *online*).

Há outros dispositivos de Direitos Humanos que podem ser citados perante o regime de proteção aos apátridas, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 que exprime que toda criança, independente de “raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento” tem o direito à nacionalidade e deve ser registrada imediatamente após o nascimento (Artigo 24º); além disso, o Artigo 13º consagra que não-cidadãos só podem ser expulsos do país em que se encontram em observância à lei, tornando indispensável a prerrogativa de contestação da decisão junto a uma autoridade competente. Pode-se considerar também a Convenção Internacional sobre a Eliminação

de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966 que anuncia a inalienabilidade do direito à nacionalidade, independente de qualquer forma de discriminação; Como observa seu Artigo 5º, os Estados se comprometem “a proibir e a eliminar a discriminação racial sob todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica” (AGNU, 1966, *online*).

Em síntese, existem outros mecanismos que podem ser citados acerca da questão, entretanto, apenas as Convenções de 1954 e de 1961 e o regime de Direitos Humanos em conjunto já poderiam fornecer uma estrutura geral e relativamente satisfatória em prol da proteção dos direitos dos apátridas, contudo, observa-se que a maior adversidade nesse conteúdo está na aplicação dessas normas internacionais nas legislações internas e/ou na baixa contratação pelos Estados.

3 PRÁTICAS DE COMBATE À APATRIDIA: LIMITES E POSSIBILIDADES

Para além de um vínculo jurídico entre a pessoa e o Estado, a nacionalidade proporciona às pessoas um senso de identidade e, mais importante, o pleno exercício de um conjunto de direitos e da cidadania em si. Nesse sentido, a apatridia pode ser devastadora na vida das pessoas acometidas. Não obstante aos esforços internacionais já expostos aqui em resposta à essa questão, novos casos de apatridia continuam a surgir. Dessa forma, o combate à apatridia continua a representar um importante desafio no século XXI. Este capítulo trata dos principais dilemas enfrentados pelos apátridas, bem como os mecanismos de enfrentamento a apatridia atualmente.

A ausência de vínculo com algum país repercute no direito à existência do sujeito, visto que ele não é contabilizado por nenhum país, não pode acessar a rede de serviços, não exerce os direitos civis, políticos, dentre outros, requisitos esses essenciais para o status de cidadão e exercício de cidadania. O que significa dizer que o sujeito encontrará uma série de desafios e seguirá no “limbo jurídico” até que mudanças sejam instituídas.

Como uma forma de contribuir com o combate a apatridia no mundo, estabeleceu-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e o Amparo de Apátridas, sediado em Genebra, Suíça, criado em 1950 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, com o objetivo primário de amparar e auxiliar os refugiados precedentes de conflitos e

perseguições provenientes da Segunda Guerra Mundial. Com o passar do tempo, o Alto Comissariado também foi incumbido de acolher e dar assistência e proteção aos deslocados internos e apátridas, em especial, àqueles em condições vulneráveis, como crianças, mulheres, indígenas, e negros (CORREA; OLIVEIRA, 2012).

Concomitantemente, o ACNUR estimula que os Estados se engajem perante aos direitos dos refugiados e apátridas, assentindo suas legislações nacionais à essas questões e possibilitando a repatriação voluntária e proteção de grupos vulneráveis. Também busca estimular os Estados a adotarem as Convenções da Organização das Nações Unidas sobre apatridia e refúgio, orientando sobre as adequações necessárias a serem feitas em seu aparato jurídico nacional.

O trabalho do Alto Comissariado segue as diretrizes expostas na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954. A partir da mencionada Convenção, o ACNUR oferece assistência técnica em matéria de legislação e suporte operacional aos Estados para promover a implementação das medidas e direitos previstos aos apátridas e refugiados. Além disso, busca a disseminação ativa de informações acerca destas normas e instrui organizações governamentais sobre os mecanismos adequados para identificar, registrar e conceder estatuto aos apátridas (ACNUR, 2011).

Essa forma de organização se dá devido ao julgamento do próprio ACNUR de que o Estatuto dos Apátridas é o único instrumento legal que estabelece formalmente a condição jurídica internacional de apátrida, pois aborda muitos aspectos práticos relacionadas à proteção dessas pessoas, como o acesso a documentos de viagem, que não são abordadas em outros instrumentos do direito internacional. Ainda segundo o ACNUR (2011), este tratado complementa as disposições dos demais tratados de Direitos Humanos e objetiva regulamentar a condição dos apátridas e garantir o gozo de todos os aspectos dos seus direitos.

A Convenção de 1954 garante aos apátridas o direito à assistência administrativa (Artigo 25), o direito à carteira de identidade e aos documentos de viagem (Artigos 27 e 28) e os isenta da reciprocidade dos requisitos (Artigo 7). Estas disposições diferenciadas são implementadas para lidar com dificuldades específicas enfrentadas pelos apátridas devido à falta de qualquer nacionalidade, por exemplo, proporcionando a eles um documento de viagem mutuamente reconhecido que funcione no lugar do passaporte. Estas questões não estão regulamentadas por outros instrumentos

do direito internacional, e se encontram entre os principais benefícios legais dos apátridas contidos na Convenção de 1954 (ACNUR, 2011, p.4).

A Convenção estipula que os apátridas devem ser tratados da mesma forma que nacionais do Estado com relação a certos direitos, tais como a liberdade de praticar sua religião ou ao acesso à educação primária, entretanto, faz-se importante observar que o usufruto dos direitos previstos na Convenção de 1954 não constitui nacionalidade. Por esse motivo, a Convenção de 1954 solicita aos Estados contratantes, em seu artigo 32º, que facilitem a naturalização dos apátridas, já que ao adquirirem uma nacionalidade efetiva, não se configurariam mais como apátridas e essa condição chegaria ao fim. Nesse sentido, o ACNUR (2011, p.9) afirma que a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas “deve ser vista como uma resposta temporária enquanto medidas para a aquisição de nacionalidade são exploradas”. O fim da apatridia por meio da aquisição da nacionalidade ainda é o objetivo final.

Em novembro de 2014, 60 anos após o primeiro acordo da ONU para garantir a proteção de apátridas, o Alto Comissariado lançou ainda a campanha global intitulada “*I Belong*” (Eu Pertencço, em português), com o objetivo de acabar com a apatridia até 2024. A campanha foi lançada em carta aberta publicada no jornal *The Guardian*, com o apoio da Enviada Especial do ACNUR, a atriz Angelina Jolie, e com o apoio de diversas outras celebridades internacionais formadoras de opinião (ACNUR, 2017).

Segundo o ACNUR, o lançamento da campanha se baseia em aparentes sinais positivos de uma mudança de atitude internacional em relação à questão da apatridia, uma vez que o número de Estados signatários da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e da Convenção de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia aumentou consideravelmente. Contudo, o Alto Comissariado alerta para novos riscos de apatridia mediante a intensificação de diversos conflitos ao redor do mundo, como as guerras na República Centro-Africana e na Síria que obrigaram milhares de pessoas a se deslocar internamente ou a buscarem refúgio (ACNUR, 2017).

Face ao exposto, observam-se iniciativas na tentativa de sensibilização dos países para lidar com tal fenômeno social, além de contribuir com a produção de conhecimento sobre a questão e encontrar soluções jurídicas para a questão. Portanto, trata-se de iniciativas

fundamentais para contribuir com o reconhecimento de vínculo do sujeito com um Estado, bem como exercício da sua cidadania plena.

CONCLUSÃO

A partir das considerações do presente trabalho, observa-se que os entraves à plena execução do regime de proteção dos apátridas já se iniciaram com a baixa contratação das Convenções de 1954 e 1961 por parte dos Estados. Além disso, como já é costumeiro no regime de Direitos Humanos, grande parte das normas e diretrizes nestes documentos são expressas de forma bastante ampla, sendo exigido o amparo de uma série de documentos para se ter uma visão mais ou menos clara dos direitos que devem ser estendidos aos apátridas, e trazendo a necessidade de procurar por interpretações nos órgãos supervisores da aplicação dos tratados congruentes; o que traz a tona a limitação adicional de que as Convenções de 1954 e 1961 não dispõem de um corpo supervisor.

Nesse sentido, questiona-se a amplitude e faculdade operacional do ACNUR em sua incumbência universal sobre questões relativas à apatridia, uma vez que a instituição não possui uma metodologia formal de supervisão e aplicação plena da Convenção de 1954. O que se observa é que o percurso que o Alto Comissariado tem trilhado, não evidencia uma melhora efetiva sobre o regime de proteção dos apátridas, pois estes acabam sempre outorgando espaço à questão dos refugiados, que obtém maior atenção política e midiática. Um indício que sustenta esse argumento é o baixo financiamento dedicado à apatridia em comparação às outras atividades do órgão (LOESCHER, 2001).

Além disso, é importante admitir que o processo segundo o qual se define a validade do pedido de proteção de um suposto apátrida é inerentemente complexo. O ACNUR (2011) indica que os Estados compreendidos na questão específica de cada indivíduo que se declara apátrida, devem se consultar objetivando obter evidência documental de que o indivíduo em questão de fato não possui nacionalidade ou uma aspiração válida à nacionalidade, sob a legislação de algum dos países com que possuía vínculos anteriormente. Não sendo possível identificar nenhuma evidência nesse sentido, o órgão aconselha que a indisposição do Estado questionado em fornecer documentação seja vista como evidência de apatridia.

Concomitantemente a estes limites, perante o processo de solicitação de proteção por apatridia, os apátridas têm desvantagens

acerca da possibilidade de intervenção de uma terceira parte, prática costumeiramente empregue pelos Estados para auxiliar indiretamente nos litígios de seus cidadãos. Além disso, existem dificuldades com relação ao tempo e aos custos destes litígios, pois a maioria dos apátridas se encontra em condição socioeconômica desprivilegiada.

Portanto, a circunstância de apatridia é extremamente complexa e situa o indivíduo num estado de grande vulnerabilidade por não ter Estado que utilize a proteção diplomática ao seu favor. Um apátrida é essencialmente invisível. A nacionalidade representa muito mais do que um vínculo jurídico e político entre o indivíduo e o seu país. Significa um vínculo cultural, afetivo e social que assente que direitos e garantias, como a dignidade e a cidadania, sejam verdadeiramente efetivados. Nesse sentido, o apátrida é privado de direitos elementares na sociedade contemporânea. Todas essas privações impedem à condução de uma vida digna e, como já exposto aqui, a dignidade pressupõe largamente a cidadania, que pressupõe a nacionalidade.

Em suma, as Convenções de 1954 e 1961 são importantes instrumentos normativos de Direito internacional em prol do regime de proteção aos apátridas. Entretanto, no curto prazo, é imprescindível que cada país encontre maneiras de tratar deste problema em âmbito interno, não só ratificando estes documentos internacionais, como criando leis próprias de nacionalidade e aperfeiçoando seus mecanismos administrativos para que dêem atenção especial à questão. Em longo prazo, espera-se que a premissa dos direitos humanos de que todo ser humano, apenas por sê-lo, é digno de respeito, seja interpretada em sua plenitude, e nessa perspectiva, os Direitos Humanos sejam desnacionalizados, tendo em vista que se propõem a ser “universais”. Infere-se que os Direitos Humanos devem ser concedidos a todo o indivíduo, independente de este possuir ou não documentos que evidenciem seu nascimento em determinado Estado.

Face ao exposto, conclui-se que a apatridia representa uma grave violação de Direitos Humanos, demandando uma forte articulação da sociedade civil, dos organismos internacionais e dos Estados para que esse

fenômeno desapareça e tais indivíduos possam exercer verdadeiramente a sua cidadania e, conseqüentemente, a sua existência.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Apátridas: Em busca de uma nacionalidade**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas/>> Acesso em: 15 de ago. de 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Nacionalidade e Apatridia**: Manual para parlamentares. n° 11, 2005. Disponível em: <archive.ipu.org/PDF/publications/nationality_p.pdf> Acesso em: 13 de ago. de 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Doze milhões de apátridas vivem em limbo legal**. Unidade de Informação Pública, Genebra e Brasília: 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Apatridia_no_mundo.pdf?view=1> Acesso em: 13 de ago. de 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Protegendo os Direitos dos Apátridas** - Convenção da ONU de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas. 2011. Disponível em: <www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737eb2> Acesso em: 10 de ago. de 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **“This is Our Home”**: Stateless minorities and their search for citizenship. 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2014/11/04/acnur-lanca-hoje-campanha-global-pelo-fim-da-apatridia-ate-2024/>> Acesso em: 13 de ago. de 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 12 de dez. de 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). **Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas**, Nova Iorque, 1954. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf> Acesso em: 15 de ago. de 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Genebra, 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 15 de ago. de 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). **Convenção sobre a nacionalidade da Mulher casada**. Nova Iorque, 1958. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-a-nacionalidade-da-mulher-casada-1958.html> Acesso em: 21 de ago. de 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, 1966. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 21 de ago. de 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Nova Iorque, 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 21 de ago. de 2018.

BENHABIB, Seyla. **The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, Conference on “Migrants, Nations and Citizenship” CRASSH, 2004. Disponível em: <<http://www.urbanlab.org/articles/Benhabib,%20S%20The%20rights%20of%20Others.pdf>> Acesso em: 07 de jan. de 2019.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Da nacionalidade**: Brasileiros natos e naturalizados. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996.

BICHARA, Jahyr Philippe. **O Tratamento do Apátrida na Nova Lei de Migração**: Entre avanços e retrocessos. Revista de Direito Internacional, v. 14, n.2, p. 237-253, 2017.

CARTAXO, Marina Andrade. **A Nacionalidade Revisitada: o direito fundamental à nacionalidade e temas correlatos**. Dissertação (mestrado) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

CORREA, Maxilene Soares, OLIVEIRA, Raphael de Almeida Lobo. **Apontamentos sobre o fenômeno jurídico da apatridia no Brasil e no mundo contemporâneo**. 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23175/apontamentos-sobre-o-fenomeno-juridico-da-apatridia-no-brasil-e-no-mundo-contemporaneo>> Acesso em: 10 de ago. de 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1976**. 1977. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1986;000090507>> Acesso em: 10 de ago. de 2018.

LOESCHER, Gil. **The UNHCR and World Politics: State interests vs. Institutional autonomy**. *International Migration Review*, v. 35, n. 1, p. 33-56, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2676050?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 22 de ago. de 2018.

MALUF, S. **Teoria Geral do Estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and Social Class: and other essays**. Cambridge, 1950. Disponível em: <www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/davy/wustldata/1950_Marshall_Citizenship_and_Social_Class_OCR.pdf> Acesso em: 12 de dez. de 2018.

MICALI-DROSSOS, Isabella. **Cidadania e Nacionalidade no Ordenamento Jurídico da República Francesa**. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais*. Ijuí-RS: UNIJUI, 2002. Disponível em: <<http://www.worldcat.org/title/cidadania-e-nacionalidade-efeitos-e-perspectivas-nacionais-regionais-globais/oclc/52091283>> Acesso em: 10 de ago. de 2018.

MORE, Rodrigo Fernandes. **O Moderno Conceito de Soberania no âmbito do Direito Internacional**. 2012. Disponível em: <cursopiva.web781.kingghost.net/assets/img/content/artigos/soberania.pdf> Acesso em: 10 de ago. de 2018.

OLIVEIRA, João Daniel Correia de. **Os conceitos de nação, Estado e Administração Pública**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60854/os-conceitos-de-nacao-estado-e-administracao-publica/2>> Acesso em: 07 de jan. de 2019.

REGINALDO, S. G. **O Novo fundamento do Estado democrático de direito**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041658.pdf>> Acesso em: 10 de ago. de 2018.

RIBEIRO, D. C. R. et.al. **Apatridia e Cidadania**: Protegendo indivíduos legalmente invisíveis. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas, p. 415-444. 2013.

RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues; NASCIMENTO, Isabela Ottoni Penna do; VALLE JUNIOR, Luiz Artur Costa do; NEVES, Victor de Sá. **Apatridia e Cidadania**: Protegendo indivíduos legalmente invisíveis. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas, p. 415-444. 2013.

VAL, Eduardo Manoel; LIMA, Simone Alvarez. **Soberania e Nacionalidade**: As diferentes condutas dos Estados diante da apatridia na América Latina. Londrina: Scientia Iuris, v. 21, n. 3, p.43-69, Nov. 2017.

ZIPELLIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 1ª Ed. Editora Saraiva, 2017.

O BEM DA VIDA E A VIDA BOA NA TEORIA DE JOHN FINNIS: UMA INTRODUÇÃO

THE GOODNESS OF LIFE AND GOOD LIFE IN JOHN FINNIS'S THEORY: AN INTRODUCTION

Elden Borges Souza *

Caroline Figueiredo Lima **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Sobre o contexto da Teoria Neoclássica da Lei Natural. 2 O bem humano básico da vida e o florescimento humano 3 Economia, justiça e o valor da vida. 4 A dignidade da pessoa humana e as dimensões da vida boa. 5 O valor da vida e o direito de morrer. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo investiga a Teoria Neoclássica da Lei Natural, especificamente a tese apresentada por John Finnis sobre o bem humano básico da vida, como trabalhado pelo autor em “Lei Natural e Direitos Naturais”. A problemática proposta consiste em pesquisar quais são os parâmetros de alcance do direito à vida introduzido pelo autor, identificando as dimensões da vida boa na Nova Teoria da Lei Natural. A partir de uma pesquisa bibliográfica da Teoria Analítica do Direito e um diálogo entre os opositores a esta tese, tem-se por objetivo central introduzir a teoria finnisiana sobre o bem comum e o florescimento humano, expondo os aspectos da vida boa da pessoa humana. A hipótese consiste em trabalhar a vida como elemento intrínseco a todos os indivíduos e, conseqüentemente, como um bem humano básico independente de positivação pelo Estado.

Palavras-chave: *John Finnis*. Direito Natural. Teoria Neoclássica da Lei Natural. Bens humanos básicos. Vida.

ABSTRACT: *This article investigates the Neoclassical Theory of Natural Law, specifically the thesis presented by John Finnis regarding the basic human good of life, worked by the author in “Natural Law and Natural Rights”. The problematic focuses on investigating the scope of the right to life introduced by the author, as well as identifying the dimensions of good life in the theory analyzed. Based on a bibliographical research of the Analytical theory of Law and a dialogue among the opponents of this thesis, the central objective is to introduce the Finnisian Theory of the common good and human flourishing, as well as exposing aspects of the good life of human beings. The hypothesis consists in working life as an intrinsic element to all individuals and, consequently, as a basic good independent of positivation by the State.*

Keywords: *John Finnis. Natural La. Neoclassical Theory of Natural Law. Basic human goods. Life.*

* Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”.

** Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pós-graduada em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Artigo recebido em 15/11/2018 e aceito em 23/05/2019.

SOUZA, Elden Borges; LIMA, Caroline Figueiredo Lima. O bem da vida e a vida boa na teoria de John Finnis: uma introdução. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.77, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

Pensar a dignidade da pessoa humana exige trabalhar sua fundamentação no plano teórico e prático. Para tanto, faz-se necessário tecer um recorte histórico, metodológico e filosófico a fim de delimitar o plano de estudo que este artigo propõe, bem como as hipóteses que pretende investigar.

Nesse sentido, este trabalho é norteado pelo seguinte questionamento: com base na teoria apresentada por John Finnis, quais são os fundamentos para analisar o bem humano básico da vida, especialmente em confronto com seus críticos? Para tanto, é preciso concatenar as ideias apresentadas em sua principal obra, mas também analisar outros estudos esparsos publicados sobre o mesmo tema pelo autor.

Com o advento da modernidade, o Direito válido compreendido como exclusivamente aquele positivado pelo Estado, através das fontes sociais autorizadas, entrou em crise (DIAS, 2013, p. 138). Nesse sentido, uma das maiores críticas de John Finnis aduz o fato de que o positivismo se presta a uma tarefa incapaz de ser realizada. Além disso, repreende os julgamentos feitos de que a ética e a teoria política ou jurídica normativa buscam apenas a “genealogia”, a fonte do Direito (FINNIS, 2000). Em outras palavras, com as atrocidades cometidas antes deste período é possível identificar a busca por um “novo” paradigma que interligue a dogmática jurídica à fundamentação ética dos Direitos Humanos.

Tal afirmação é reforçada por autores como Barzotto (2010, p. 48), ao considerar que: “essa inadequação da dogmática jurídica deve-se, em primeiro lugar, ao fato de esta dedicar-se à sistematização de um ordenamento jurídico positivo (...) [e ao fato de que] não há direitos derivados da mera condição humana”.

Em suma, a ideia da insuficiência do positivismo enquanto instrumento para respaldar os direitos dos indivíduos perpassa por uma análise dos meios que demonstram tal deficiência, “para servir de contraponto ao pensamento formalista que está no cerne do positivismo jurídico” (DIAS, 2013, p. 137).

A fim de responder tal colapso do sistema positivista e buscar uma fundamentação ética dos direitos humanos, a Teoria Neoclássica do Direito Natural pretende uma releitura dos clássicos aristotélicos e tomistas (FINNIS, 2007, p. 43). Dito de outra forma, compreende os direitos naturais como inerentes a todos os seres humanos, oriundos da condição

humana e não dependentes exclusivamente da mera sistematização, que “é instável e insatisfatória” (FINNIS, 2007, p. 26).

Nesse contexto, ao longo do presente estudo são trabalhados os pontos sobre a dignidade da pessoa humana e o bem humano da vida. A hipótese aduzida é a de que a proteção dos indivíduos antecede à positivação do Estado enquanto detentor do poder de normatização. O Direito Positivo, nesse sentido, determina e especifica bens humanos básicos, não tendo a autonomia de deixar de proteger a pessoa humana.

1 SOBRE O CONTEXTO DA TEORIA NEOCLÁSSICA DA LEI NATURAL

A característica central da teoria finnissiana é o objetivo de estudar a possibilidade de a Teoria Moral e a Teoria do Direito serem convergentes enquanto formulações próprias. Em outras palavras, analisar a maneira (caso isto seja realmente possível) pela qual a moral pode estar relacionada ao Direito – usualmente compreendido enquanto dogmática jurídica moderna do Direito Positivo.

Considerando este recorte histórico, algumas teorias começam a se apresentar como uma possível solução ou resposta aos problemas de uma das maiores crises da humanidade. As leis injustas praticadas no decorrer do regime nazista, por exemplo, poderiam ser passíveis de descumprimento, caso a moral esteja relacionada ao Direito.

Dentre estas teorias, algumas correntes se prestam a uma releitura dos clássicos, outras pretendem sua própria reformulação a partir do paradigma apresentado, outras insistem no direito positivo excluído da moral como detentor de uma narrativa mais viável para a Teoria Analítica do Direito, ou seja, em um viés descritivo do que o Direito realmente é.

No entanto, “se for ilícita a inferência dos fatos às normas, como sustenta o próprio autor, devemos trabalhar na perspectiva teórica, descrevendo e prescrevendo a partir dos universais” (FLORES, 2017, p. 307). Assim, as correntes que possuem um olhar sobre a ética dos Direitos Humanos e sua fundamentação teórica, a partir da filosofia clássica, são chamadas Jusnaturalistas ou Teorias Clássicas. Para tanto, possuem como expoentes, os pensamentos de Aristóteles e Tomás de Aquino.

Seguindo esta linha, nos dias atuais alguns doutrinadores têm elaborado questões a partir dos teóricos supracitados. Neste sentido, é possível trazer à baila os estudos apresentados por John Finnis e Robert George, ambos da escola de Oxford e precursores da denominada Teoria

Neoclássica do Direito Natural (ou, Nova Teoria da Lei Natural).

Ao longo do presente estudo, é buscado um diálogo entre as teorias que a contrapõem. Dessa forma, será possível estabelecer um canal dialético entre a tradição neoclássica e as críticas a ela direcionadas. Aclamada por alguns e rejeitada por outros, cabe fazer algumas considerações sobre as críticas que as formulações dos filósofos têm recebido no que tange ao próprio estudo da lei natural e a incorporação da moral pelo ordenamento jurídico. Para tanto, nos parágrafos subsequentes, serão trabalhados alguns pontos avaliados por DUNCANSON (1989), GARET (1995) e WALLIN (2012), no tocante aos bens humanos básicos.

Apenas para contextualizar a crítica, é importante destacar alguns conceitos que serão desenvolvidos ao longo deste trabalho. Finnis parte de uma metodologia assentada no cognitivismo epistemológico, de forma que a racionalidade pode conhecer a verdade de forma universal (uma implicação de sua adesão a Aristóteles e Tomás de Aquino). A razão prática, então, seria capaz de conhecer os bens que “participam de qualquer consideração das boas razões para a ação e de qualquer descrição completa da conduta humana” (FINNIS, 2007, p. 67). Sendo estes bens autoevidentes e universais, como vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, razoabilidade prática e religião (FINNIS, 2007). A realização desses bens humanos segundo um plano racional de vida possibilita o florescimento humano, isto é, a realização das capacidades humanas.

A essas teses fundamentais se fazem constantes críticas. A partir da afirmação de que o projeto pensado por Finnis não funciona, o professor Ian Duncanson (1989, p.239) organiza suas críticas em três partes: quanto à natureza, quanto aos limites da teoria e sobre a conexão entre a obrigação legal e moral. Dessa forma, conclui que o estudo finnisiano é meramente uma crítica variante da política do *status quo*.

Dentre a avaliação feita, o autor critica a metodologia empregada por Finnis quando do início da obra “Lei Natural e Direitos Naturais” (doravante denominada “LNDN”) de 1980. Em linhas gerais, o método foi definido como “uma demonstração da Verdade por meio de uma racionalidade trabalhada para provar sua objetividade”¹ (DUNCANSON, 1989, p. 240). Assim, para o crítico, o fracasso da obra finnisiana começa com a tentativa de se estabelecer a teoria como uma peça de conhecimento objetivo e, por consequência, a sua aceitação geral implica uma “política democrática liberal”.

¹ Texto original: “a demonstration of the Truth by means of a rationality crafted to prove its objectivity”.

Quanto à tal julgamento, é possível verificar a própria incompreensão sobre as assertivas propedêuticas apresentadas em LNDN. Sob a ótica do pensamento de John Finnis (2007), como esclarecido nos termos iniciais de sua obra, o autor não parte de uma “verdade” metodológica ou uma abstração, mas sim de estudos que antecedem à própria teoria do direito. Considera como ingênua a análise por vezes realizada de tal instituto devido às pressuposições de neutralidade e imparcialidade nas avaliações e esforços empenhados na tentativa de dizer “o que é o direito”.

Em suas palavras, “o debate não precisa ser visto como tão polarizado” (FINNIS, 2007, p. 12). A partir deste ponto, é possível identificar sua preocupação não com a política do *status quo*, como afirmado por Duncanson, mas no que esse status efetivamente se fundamenta. Este juízo, portanto, pode ser considerado como a linha que irá costurar a teoria neoclássica finnisiana ao longo de LNDN e seus conceitos.

Alguns anos após a publicação das ponderações feitas por Ian Duncanson (em 1995), na obra intitulada “Deposing Finnis” Ronald Garet, então professor de Direito e Religião da Universidade de Direito do Sudeste da Califórnia, apresenta alguns pontos problemáticos na teoria finnisiana.

A partir da análise do caso *Evans vs. Romer*, os apontamentos de Garet são direcionados, em grande parte, para a institucionalização da moral, ou seja, de que forma ela poderia ser depreendida a partir dos ditames constitucionais. É nítida a ocorrência de uma incompreensão da teoria de John Finnis enquanto uma proposta de fundamentação ética dos Direitos Humanos.

A pretensão da tradição jusnaturalista não é pensar os Direitos Humanos a partir do Estado, e sim o ordenamento jurídico a partir da dignidade da pessoa humana (BARZOTTO, 2010, p. 50). Ou seja, primeiramente se faz imprescindível a cognição do fundamento de tais direitos e da moral enquanto detentora de sua própria teoria.

Em seguida, é possível verificar o apontamento de que a teoria moral trabalhada em LNDN, a “proteção da moralidade” (GARET, 1995, p. 648), não é um interesse imperioso do Estado, mas sim, substancial por proporcionar uma lente útil para a análise constitucional da Lei Natural.

Nestes termos, o crítico acrescenta que “é necessário não apenas abordar a posição de Finnis como um argumento na ética (seção IV, supra), mas também considerá-la como um padrão constitucional de razoabilidade”²

² Texto original: “So it is necessary not only to address Finnis’s position as an argument in ethics (section IV, supra), but also to hold it up to a constitutional standard of reasonableness”.

(GARET, 1995, p. 648). Assim, critica a ausência de parâmetros mais claros para uma conduta razoável e de que forma ela seria satisfeita.

Além disso, afirma acreditar “que o teórico da lei natural sempre corre o risco de tornar absolutas as classificações de atos que são no máximo tentativas de interpretação”³ (GARET, 1995, p. 650). Ao reduzir a teoria a *standards* de interpretação, ignora um dos principais marcos teóricos trabalhados por Finnis em LNDN, qual seja, o padrão aristotélico de universalização dos direitos em virtude da própria humanidade.

Por fim, o terceiro e último crítico ora estudado é Alex Wallin, *Juris Doctor* pela Norman Adrian Wiggins School of Law na Campbell University. Seu artigo foi publicado em 2012, ano de eleições presidenciais nos Estados Unidos, e, dessa forma, o autor ressalta a importância do estudo da Lei Natural neste contexto de campanha política.

Segundo o autor, a análise proposta faz-se necessária, *ipsi litteris*, “(...) em uma época em que estamos tentando decidir não apenas o que é moral, mas também até que ponto devemos permitir que o governo defina nossa moralidade coletiva e regule ou restrinja nossa capacidade de fazer escolhas”⁴ (WALLIN, 2012, p. 62). Acrescenta que tal discussão se aplica ao papel que o governo (dos Estados Unidos) deve desempenhar na supervisão e regulação das escolhas feitas pelos indivíduos.

Assim, Alex Wallin (2012) prossegue sua argumentação na direção de como a lei natural pode ser formalizada e como ela interage em si com as leis positivadas no ordenamento jurídico. Suas críticas apontam que trabalhar os bens humanos básicos como incomensuráveis é problemático do ponto de vista metodológico.

Isto se deve ao fato de que o indivíduo precisa adotar um plano de vida que seja moralmente correto, mas os critérios de valor, para tanto, não são fornecidos. Dessa forma, a vida se resumiria em uma incessante busca de realização humana que jamais seria completa ou satisfeita (WALLIN, 2012, p. 80).

Contudo, cabe ressaltar que ao discorrer sobre os bens humanos básicos que pertencem a uma vida moralmente correta, Finnis não pretende com isso trabalhar uma espécie de “livro de autoajuda” ou “receita” para uma vida melhor. O objetivo central não é apontar os

³ Texto original: “so I believe that the natural law theorist always runs the risk of absolutizing act-classifications that are at best tentative interpretations”.

⁴ Texto original: “(...) when we are trying to decide not only what is moral, but also the extent to which we should allow government to define our collective morality and regulate or restrict our ability to make choices”.

valores que precisam ser perseguidos por cada pessoa, mas demonstrar que a natureza humana possui uma moral que independe de positividade do Estado por ser intrínseca à própria humanidade. Admitido pelo próprio teórico, pesquisar sobre os aspectos básicos do bem-estar humano, não é tarefa fácil (FINNIS, 2007, p. 87).

Destarte, a doutrina finnisiana é de suma importância para a compreensão e fundamentação ética do Direito, e, tal como afirmado anteriormente, parte dos estudos clássicos aristotélicos e tomistas. Conforme dito, a moral é pertencente a uma teoria própria, um canal de estudos independentes que são identificados como um ramo da filosofia clássica.

Por fim, vale ressaltar que essa concepção sobre o Direito está necessariamente associada à noção de Direitos Humanos, pois, como afirma Barzotto (2010, p. 51), “os Direitos Humanos como aspectos da vida boa, são a articulação do conteúdo do bem comum”.

Portanto, após uma breve perspectiva do panorama crítico sob a teoria de John Finnis, cabe ressaltar um dos bens básicos apontados pelo autor, qual seja, o bem da vida, o que envolve introduzir o conceito de Direitos Humanos como trabalhado na teoria finnisiana. A partir deste ponto, é possível trabalhar a dimensão da vida boa (ou vida plena) para o autor, bem como a forma pela qual contribui para o bem comum.

Na busca desse objetivo, a teoria geral sobre os bens básicos de John Finnis é articulada, a fim de ser introduzida de forma específica o bem humano básico da vida. Tal análise se faz necessária para que o fundamento conceitual dos direitos humanos possua mais respaldo teórico e filosófico e para que possíveis complicações de vagueza, contradições e imprecisões do termo sejam evitadas.

2 O BEM HUMANO BÁSICO DA VIDA E O FLORESCIMENTO HUMANO

O esforço feito na teoria finnisiana passa pela elaboração da tese dos bens humanos básicos e do florescimento humano. Em outras palavras, os bens humanos básicos são “critérios de valoração de juízos morais” (DIAS, 2013, p. 142). Assim, por trabalhar questões morais, estabelece para tanto alguns parâmetros universais em que sejam possíveis vislumbrar a potencialização da realização humana.

Sob estas afirmações, é possível compreender que a vida tem para o autor um significado de alta relevância. Apesar de ressaltar a não existência de hierarquia entre os bens formulados, compreender o bem da vida tem implicações centrais na busca do alcance do florescimento humano. Assim, é de fundamental relevância para que, sob este alicerce, a sistematização dos direitos humanos seja analisada.

Neste sentido, afirma que essa reflexão consiste em tentar compreender o caráter dos indivíduos. No entanto, embora se aproxime dos estudos realizados por psicólogos e antropólogos, quando da análise sobre a natureza humana, é importante ressaltar que sua teoria não consiste diretamente em responder tais questões.

Ao começar a discorrer especificamente sobre o bem básico da vida, o filósofo utiliza o instinto de sobrevivência, já estudado por outras áreas, para tecer suas considerações. Assim, esse ponto começa a ser trabalhado como algo em comum entre todos os indivíduos e inerente ao que se pode compreender como humanidade.

Nas palavras do autor “(...) as pessoas buscam seus vários fins e sua lista de fins universalmente reconhecidos ou ‘incontestáveis’ contém apenas um item: sobrevivência” (FINNIS, 2007, p. 88). Ou seja, o valor do bem básico da vida, tem seu ponto inicial articulado a partir do instinto de evitar a morte e preservar a existência humana.

Algumas dificuldades são apresentadas pelo autor de LNDN, ao longo da obra. Uma delas se refere a algumas inferências sobre as inúmeras culturas e povos diferentes, que por suas diferenças tornariam algumas características da lei natural insustentáveis. Contudo, após indicar estudos antropológicos feitos e apontar sua racionalidade, tais dificuldades foram superadas.

De forma incisiva, os bens básicos elencados por Finnis foram identificados nas mais diferentes culturas e grupos de indivíduos. Assim, afirma com veemência que o bem da vida, por exemplo, é considerado como um valor universal e, tal como os demais bens básicos na teoria finnisiana, o bem da vida é autoevidente e pertence ao conjunto de outros bens humanos.

A universalidade e abrangência com que trata os estudos antropológicos poderia ser um ponto fraco ou problemático da teoria. No entanto, afirma que as observações feitas permitem dar mais segurança às suas próprias assertivas, fundadas na racionalidade desses bens. Ademais, deve-se ter em mente que o teórico não se propõe ao estudo específico das

culturas e sociedades não ocidentais em si, sendo possível identificar o esforço no sentido de apresentar uma teoria oriunda das raízes aristotélicas universalizantes. Desse modo, “(...) a universalidade dos juízos básicos de valor que se manifestam não apenas em vários requisitos e restrições morais, como também nas muitas formas de cultura, instituições e iniciativas humanas” (FINNIS, 2007, p. 89).

Ao resgatar o instinto de sobrevivência e autopreservação, trabalha ainda a noção da autodeterminação como elemento que constitui o próprio valor do bem da vida. Assim, relaciona a realização desse bem com a sua perpetuação na busca pelos outros dois valores humanos básicos: amizade e conhecimento (FINNIS, 2007, p. 92).

Conforme destacado, o instinto de autopreservação, sobrevivência e autodeterminação fazem parte do valor que a vitalidade possui. Por isso, o bem da vida inclui saúde corporal, cerebral e estar livre de dor. Uma proposição que abre margem para discussão de aspectos como o aborto e a eutanásia.

Contudo, associar estas noções à saúde do indivíduo pode soar como antagônica, uma vez que defende a sobrevivência e perpetuação da espécie, mas também aduz critérios que incluem a vitalidade do corpo e a ausência de dor por mal funcionamento. No entanto, tais características não são perceptíveis de primeira mão em casos como de paralisia cerebral, fetos anencefálicos, embriões, entre outros.

Ao tecer reflexões sobre a eutanásia, Finnis (2011, p. 211) recorda que a prática antes era realizada durante o período do regime nazista e enquadrada em critérios de segregação por eugenia racial. Dessa forma, era caracterizada como uma morte assistida por um médico ou profissionais da medicina, com a intenção de interromper a dor do paciente ou um modo de vida que não valesse a pena ser vivido.

Partindo dessa consideração, é importante perceber que o bem humano da vida pode sofrer impacto de decisões baseadas na economia ao invés de escolhas assentadas na justiça.

3 ECONOMIA, JUSTIÇA E O VALOR DA VIDA

Em 2011, Finnis publicou uma coletânea de vários artigos autorais, inéditos ou revisados, organizados por tema e reproduzidos pela Universidade de Oxford. Dentre eles, no tópico sobre “Autonomia, Eutanásia e Justiça” (FINNIS, 2011, p. 242), o teórico apresenta suas considerações acerca da vida e suas críticas sobre à Teoria da Análise Econômica do Direito (que tem como um de seus expoentes mais conhecidos Richard Posner).

Publicado originalmente em 1992, esse estudo é essencial para compreensão de algumas refutações feitas no que tange ao bem da vida, além das questões morais que envolvem tal bem. Importante ressaltar que a Análise Econômica do Direito tem ganhado grande espaço no meio acadêmico brasileiro, apesar de grande parte das obras desta matriz teórica ainda não estar traduzida para o português.

Ao discorrer brevemente sobre Posner, Finnis (2011, p. 242) reconhece a profundidade da teoria apresentada pelo magistrado. O ponto discutido a partir desta reflexão diz respeito à forma mediante à qual as escolhas feitas para determinar a vida ou morte de um indivíduo são trabalhadas no âmbito da Análise Econômica do Direito e qual a relação da moral no impacto destas predileções.

A teoria finnisiana direciona sua crítica no sentido da impossibilidade da adoção de um critério valorativo (aqui compreendido em seu sentido econômico-monetário) para a quantificação do valor de uma vida. Nesse sentido, afirma que a mensuração entre o maior ou o pior bem, em outras palavras, a “busca da maximização do valor”, é totalmente descabida enquanto um critério de escolha racional.

Dessa forma, o teórico analisa o poder de escolha dos profissionais em tirar ou não a vida de pacientes em coma ou em situações degradantes (FINNIS, 1992). A partir desta situação, quais critérios poderiam ser utilizados para definir a melhor escolha a ser tomada com relação a estes pacientes?

Neste diapasão, preocupa-se com os aspectos que Posner supostamente aduz sobre a investigação da melhor alternativa a ser aplicada na circunstância apresentada acima. Para Finnis, é impossível que os bens humanos sejam pesados ou medidos da mesma forma que a economia (FINNIS, 2011, p. 243). Além disso, mensurar economicamente o valor de uma vida humana implica em uma ignorância da escolha que seja moralmente significativa e racionalmente orientada.

Esse encontro da razão, invocada na teoria finnisiana, deve estar presente em todos os momentos de escolha dos indivíduos. Um profissional da saúde ao deparar-se com um quadro de optar pelo desligamento das máquinas que mantêm um ser vivo precisa ser guiado pelo que é moralmente razoável, não pelas vantagens econômicas auferidas por sua ação.

Essa opção entre a vida e a morte envolve bens incomensuráveis. Em outras palavras, não existem perspectivas que fujam da razão e, ainda assim, mantenham a dignidade do ser humano. Um dos exemplos utilizados nesse caso é a realização ou não de um determinado procedimento médico em um paciente.

Nesse caso, o especialista se valerá de medidas racionais de eficácia e critérios de benefício em prol do enfermo, como redução da infecção, alívio das dores, entre outros. Para aplicar a Análise Econômica do Direito, de acordo com Finnis, podem ser ponderados e utilizados tais critérios racionais de atenuação da dor e, também, o valor do investimento financeiro empreendido no tratamento.

Além dos pontos supracitados, uma importante questão é vislumbrada quando se tem o caso de debilidade irreversível e a dependência daquele que necessita de assistência contínua: ainda vale a pena manter a vida? A resposta apresentada por Finnis é sucinta: sim. De acordo com o filósofo, este é um contexto em que se deve fazer uma escolha dentre várias opções alternativas. Para tanto, é necessário que alguns critérios para adoção dessa escolha sejam respeitados e, por fim, respeitar a dignidade da pessoa humana (mesmo em casos de microcefalia, por exemplo).

Quanto a isto, é necessário fazer um breve adendo sobre o bem humano básico da vida. Em “Lei Natural e Direitos Naturais”, Finnis (2007, p. 91) defende que “a vida inclui a saúde corporal (inclusive a cerebral) e estar livre de dor que indica o mal funcionamento ou dano orgânico”. Neste ponto, poderia parecer contraditória a afirmação da plenitude da estrutura corpórea para a realização do propósito humano e consequente vida boa e a defesa de pessoas com restrições severas. Ao analisar-se posteriormente sua teoria em “Economia, Justiça e o Valor da Vida”, observa-se a alegação de existirem elementos morais que garantem a dignidade humana mesmo em condições de debilidades irreversíveis.

No entanto, não há contradição, pois os bens humanos básicos podem ser realizados em diferentes níveis. Dessa forma, não se trata de uma questão de estar ou não estar presente o bem da vida (em uma fórmula “tudo-ou-nada”), mas sim sobre os níveis de realização em que ele se

encontra. Portanto, mesmo havendo uma limitação à plenitude do bem da vida em pessoas com restrições severas, elas o realizam em outros níveis, como no nível da sobrevivência.

Ao discorrer sobre os parâmetros que precisam ser considerados para alimentar um ser humano que está em estado grave e dependente de aparelhos ou tratamentos para sobreviver, Finnis trabalha o conceito da “incomensurabilidade pré-moral das opções”. Tem-se neste ponto uma síntese da crítica apontada para os estudos dirigidos por Posner.

Trabalhar a questão de elementos pré-morais das opções que podem ser tomadas perante um quadro clínico precisa ser compreendida como tratar de questões impossíveis de mensuração. Portanto, Finnis afirma: “os benefícios e os custos envolvidos em opções alternativas, como este, são reais e notáveis, mas escapam a um cálculo econômico ou a qualquer outro processo de agregação de bens pré-morais”⁵ (FINNIS, 2011, p. 244).

Então, o que seriam estes elementos pré-morais? Estudos prévios de LNDN levam a crer que tais elementos seriam aqueles que antecedem a própria fundamentação dos bens humanos básicos. No entanto, escapa aos objetivos deste trabalho identificar com precisão o conceito e a origem da pré-moralidade, dizendo respeito a questões filosóficas sobre os princípios da razão prática.

Ato contínuo, questiona Dworkin por este considerar que a vida em coma não possui uma importância, apesar do próprio Dworkin articular noções sobre o valor intrínseco da vida humana. Para Finnis, o que ocorre no caso é uma “sinistra confusão sistemática” (FINNIS, 2011, p. 245). Apesar dos corpos não estarem em seu pleno estado de consciência, ainda assim estão dotados de dignidade, e, para exemplificar, invoca pontos sobre violações as pessoas em situação de coma, como abuso sexual, ofensas verbais e demais tratamentos cruéis ou degradantes.

Assim, não se pode confundir o “senso emocional de dignidade” com o “senso racional e essencial de dignidade humana”. Esse equívoco feito por Dworkin é tido como um desalinho que mistura dois pontos que não podem ser compreendidos como apenas um. Em outras palavras, “(...)

⁵ Texto original: “the benefits and costs involved in alternative options such as these are real and striking, but elude an economic calculus or any other process of aggregating pre-moral goods”.

esta é uma questão a ser decidida pela razão, não sentindo e agitando retoricamente a imaginação”⁶ (FINNIS, 2011, p. 246)

Compreender os seres humanos como indignos apenas por estarem em uma situação de cerceamento de suas liberdades e consciência é retirar o próprio elemento da humanidade deles. Ou seja, tratá-los como objeto que podem ser descartados por não atenderem a um propósito maior. Isso, na teoria finnisiana, é dar um sentido meramente sentimental à dignidade.

Expresso de outra forma, para esta linha de pensamento “(...) a vida corpórea deve ser meramente um bem instrumental, algo que as pessoas têm e usam para seus propósitos especificamente humanos ou pessoais, mas que permanecem realmente distintas daquilo que as pessoas humanas são”⁷ (FINNIS, 2011, p. 246).

Ou seja, Finnis afirma que, apesar das limitações que uma pessoa possa enfrentar ao buscar os outros bens humanos como o jogo ou a amizade, não há justificativa para desmerecer a vida de alguém, por ainda haver vitalidade.

Negar a humanidade de alguém em situação de coma é admitir uma espécie de “teoria dualista das pessoas humanas”. Isto é, admitir as pessoas como realidades desencarnadas que habitam um corpo, usam e depois vão embora (FINNIS, 2011, p. 247) – retornando para a discussão do paradigma da objetificação dos indivíduos na II Guerra Mundial.

Ao retomar as críticas específicas sobre a Análise Econômica do Direito, o filósofo chama atenção para um fato que aponta na direção da rejeição da adoção do viés econômico nesse caso. O alerta feito é o de que “pode ser razoável agir com base na aversão a custos e benefícios, desde que não se faça uma escolha contrária a qualquer dos requisitos racionais que chamamos de padrões morais”⁸ (FINNIS, 2011, p. 249). Tais preceitos sugerem o abandono da dogmática jurídica positivista e a retomada aos princípios éticos da fundamentação dos Direitos Humanos (BARZOTTO, 2010, p. 51).

Portanto, destarte a situação degradante na qual um determinado indivíduo se encontra, por meio do compromisso de solidariedade e

⁶ Texto original: “(...) this is an issue to be decided by reason, not feeling and rhetorically stirred imagination”.

⁷ Texto original: “(...) bodily life must be merely an instrumental good, something which persons have and use for their specifically human or personal purposes but which remains really distinct from what human persons are”.

⁸ Texto original: “It can be reasonable to act on one’s aversion to the costs and benefits, provided one is not making a choice contrary to any of the rational requirements which we call moral standards”.

fidelidade das demais pessoas responsáveis pelo bem da vida de outrem, é possível que o paciente tenha uma vida boa moralmente razoável. Ou melhor, “uma decência geral dos indivíduos tanto em suas capacidades individuais quanto ao tomar decisões em nome de uma comunidade (seja em nível hospitalar, autoridade local ou governo central)”⁹ (FINNIS, 2011, p. 249).

Um dos conceitos utilizados consiste no que seria o “minimamente necessário” nos casos relativos à vida corporal humana. Sem muitos detalhes sobre tal instituto, o autor afirma que este pode ser compreendido como a relação custo-benefício no esforço em manter uma vida. Este argumento tem alta relevância nos momentos em que o profissional da saúde precisa fazer uma escolha entre dois pacientes em situação degradante.

De acordo com Gormally (*apud* FINNIS, 2011, p. 250), “o cuidado inadequado dos pacientes cria a tentação de se livrar de pacientes que, obviamente, são pouco estimados”. Este fato pode ser considerado como irracional do ponto de vista ético por agregar tais escolhas sobre bens que são intrínsecos aos seres humanos, transformando-os bens meramente instrumentais. Tais indivíduos não podem ser desumanizados. Essa é a principal preocupação da teoria proposta por Finnis e das críticas feitas à análise econômica do Direito.

Esta inquietação possui extrema relevância para a compreensão de que a vida boa deve ser perseguida por todos os indivíduos e, quando da sua incapacidade ou debilidade, fazê-lo através do movimento de solidariedade razoável (FINNIS, 2011, p. 248) em que outras pessoas devem agir para possibilitar sua realização.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS DIMENSÕES DA VIDA BOA

Em primeiro lugar, é preciso firmar algumas considerações sobre o florescimento humano. Ao julgar a teoria finnisiana, Duncanson (1989, p. 252) conclui que “por mais confiante que Finnis possa ser sobre suas afirmações, onde ele não é impreciso, ele é simplesmente muito vago para qualquer conclusão a ser tirada sobre a natureza humana”¹⁰. No entanto, “Finnis afirma que a escolha do agir deve advir de princípios de

⁹ Texto original: “an all-round decency of individuals both in their individual capacities and as making decisions on behalf of a community (whether at the level of hospital, local authority, or central government)”.

¹⁰ Texto original: “Confident though Finnis may be about his assertions, where he is not inaccurate he is again simply too vague for any conclusions to be drawn about human nature”.

razoabilidade prática que não são derivados da natureza humana, mas sim do bem humano” (DIAS, 2013, p. 141).

Assim, ao contrário de algumas afirmações feitas por críticos à teoria jusnaturalista, a teoria apresentada não pretende discutir a natureza humana em si. Debruçar-se sobre esta questão seria problemático à Teoria do Direito por trazer pontos que passam para a linha de estudos metafísicos.

Dessa forma, como esclarecido em LNDN, desde Tomás de Aquino o fundamento dos direitos naturais não parte de investigações transcendentais, mas da razoabilidade prática (FINNIS, 2007, p. 44). Os indivíduos enquanto seres racionais, a partir de valores universais, possuem certos princípios que ressaltam o bem humano.

É negado, portanto, que tais bens sejam derivados de algo obscuro ou nebuloso. Nas palavras do autor, os direitos naturais “não são inferidos de proposições metafísicas sobre a natureza humana do bem e do mal, ou sobre a ‘função de um ser humano’, nem são inferidos de uma concepção teleológica da natureza ou de qualquer outra concepção da natureza” (FINNIS, 2007, p. 45).

A moral, portanto, assume um importante papel na tradição neoclássica. Tida, inclusive, como “incerta” por Finnis (2007, p. 28), requer um estudo focado na razão como elemento que precede o próprio conhecimento da Teoria do Direito¹¹. Dessa forma, o autor utiliza a “razoabilidade prática” para concatenar os fundamentos da ética dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, cabe tecer algumas considerações sobre a razoabilidade prática, bem como suas implicações nas dimensões da vida boa. Em outras palavras, para trabalhar as noções que permeiam o conceito dos “bens humanos básicos” é preciso anteriormente compreender o agir alicerçado na razão. A razoabilidade prática, considerada como um dos bens humanos básicos, tem dois aspectos, um interno e outro externo.

O aspecto interno é aquele em que as ações emocionais do indivíduo resultam numa paz interior e harmonia com as suas próprias decisões. Dito de outra forma, a escolha de lutar para manter-se vivo e saudável, por acreditar ser esta a alternativa mais racional a ser tomada ao longo de sua existência.

A seu turno, o aspecto externo consiste na eleição de atos que, com muita frequência, vão afetar a vida de outras pessoas. Assim, é

¹¹ O teórico expressa que seu interesse nestas questões partiu de uma desconfiança de que “pudesse haver mais nas teorias da lei natural do que superstição e escuridão” (FINNIS, 2007, p. 12).

conceituado como “[tentativas de tornar suas ações] genuínas realizações de suas próprias avaliações, esperanças, preferências e autodeterminação livremente ordenadas” (FINNIS, 2007, p. 94).

O florescimento humano, portanto, consiste na busca incessante de participar de todos os bens básicos, dentre eles, o bem da vida. A escolha de continuar uma vida, ainda que enferma, é considerada racional do ponto de vista finnisiano. Falar em “vida boa” implica, portanto, uma análise sobre a racionalidade humana.

Contudo, é preciso compreender que não se pode confundir a dignidade da pessoa humana com as dimensões da vida boa. Ao trabalhar uma situação de quadro clínico grave, por exemplo, o autor afirma que mesmo em tal situação o indivíduo não perde a sua dignidade.

Tal fato se deve às considerações feitas anteriormente, de que existem certos valores que são intrínsecos a todas as pessoas, pelo fato de sua humanidade e racionalidade. A dignidade não é negociável, não é uma escolha, mas deve ser encarada como um denominador comum que une indistintamente os indivíduos e os faz sujeitos de direitos.

As dimensões da vida boa, primeiramente discutidas pelos clássicos tomistas, precisam ser analisadas como uma caminhada que tem como pretensão fazer com que o ser humano atinja a plenitude de sua vida. Em outras palavras, é possível afirmar, por exemplo, que por mais que um indivíduo não tenha todas as condições físicas para uma vida plena (uma vida com saúde corpórea e mental), ainda assim será uma pessoa digna.

A busca pelo florescimento humano deve ser compreendida como uma jornada perseguida pelos indivíduos¹². De forma alguma Finnis admite que os valores humanos chegarão a um ponto de conclusão ou consumação. Dito de outra forma, “nenhum dos aspectos básicos do bem-estar da pessoa jamais é plenamente realizado ou finalmente completado. E um valor básico também não se encontra no final da escolha da atividade e da vida da pessoa do modo como a culminação de uma performance” (FINNIS, 2007, p. 101).

O que Finnis pretende com tais afirmações é trabalhar a questão de um plano de vida boa assentado na participação dos valores básicos. Assim, o prazer, por exemplo, não pode ser considerado como fim, mas como meio, ou seja, mais um dentre outros valores que o ser humano buscará para atingir sua realização (mas que não configura um bem humano).

¹² A própria utilização das palavras “busca” e “realização” são criticadas por Finnis, mas por questões didáticas à esta análise, tais terminologias são empregadas no curso da explanação.

Nesse sentido, os Direitos Humanos podem ser compreendidos como uma expressão dos aspectos da vida boa. Nas palavras de Barzotto (2010, p. 51): “toda concepção de vida boa que não incorporar os bens listados como direitos humanos é excluída como sendo indigna de qualquer ser humano, e, portanto, a vida boa deixa de estar ao arbítrio do indivíduo”.

Tal constatação, portanto, é o fundamento de diversas questões “pró-vida” em aferições sobre eutanásia, aborto de fetos microcefálicos, dentre outras. Traduzindo esta noção para os termos utilizados por Finnis, o caso central em trabalhar-se o direito à vida é a autopreservação e o instinto de sobrevivência. Por isso o autor considera que a saúde mental, corpórea e a ausência de dor são elementos do bem humano da vida.

Algumas variantes deste ponto, que destoam de uma vida que siga esse estandarte, são os casos periféricos ao caso central. Ou seja, versões que se afastam em alguma medida (e por algum motivo) do sentido focal de determinado bem. Ainda que com má formação cerebral, ou alguma situação vulnerável de saúde, se há vida, há dignidade.

5 O VALOR DA VIDA E O DIREITO DE MORRER

Considerando os pontos já apresentados, é importante considerar especificamente a vida boa e um alegado “direito de morrer”. Ao discorrer sobre o caso “Cruzan *Vs.* Missouri Department of Health” (1990), Finnis (1992, p. 559) apresenta algumas considerações valorativas acerca da vida humana e o direito à morte. Para tanto, critica o posicionamento de alguns juízes sobre o tema e o posicionamento de Ronald Dworkin.

O caso centra-se na escolha da família de Nancy Cruzan em encerrar o tratamento feito através da hidratação e nutrição da paciente que se encontrava em coma. Ao fazer esse pedido, o hospital negou qualquer possibilidade de interromper a alimentação da paciente, uma vez que estariam impossibilitados por questões éticas.

Insatisfeitos com a resposta da direção do Hospital, apresentaram a demanda perante o Tribunal do Missouri a fim de satisfazer o desejo de terminar a vida e o sofrimento da enferma. Importante ressaltar, contudo, que em momento algum esta manifestou-se expressamente favorável ao procedimento solicitado, uma vez que não se encontrava em plenas condições mentais de expressar sua vontade.

Em 1990, o Tribunal decidiu favoravelmente às pretensões da família, o que gerou muitas discussões à época e ainda repercute

atualmente. Em termos gerais, os votos consideraram o estado de difícil reversibilidade do coma, a previsão legal para que o pedido fosse realizado e a vontade pessoal da paciente.

Ocorre que, no momento da solicitação, Nancy Cruzan não se encontrava consciente de sua situação e este procedimento foi realizado através do requerimento de seus representantes legais. Além disso, a autonomia da vontade foi prejudicada nesse caso, já que não era possível nenhum tipo de manifestação positiva de Cruzan à demanda.

Uma das críticas de Finnis a Dworkin diz respeito ao fato de que este considera que uma vida em situação degradante não vale à pena (FINNIS, 1993, p. 560). Em outras palavras, não tem valor por “não irem bem”, então tal fato lhes confere o direito a morrer. Neste sentido, os familiares de Nancy Cruzan alegaram que o caso não tratava de suicídio assistido, mas de declinar da própria nutrição.

Contudo, não existia consciência da paciente no momento de tomada da decisão. Assim, Finnis (1993, p. 560) afirma que se trata de uma situação de assassinato por fome e de um ato irracional, uma vez que a própria ausência de racionalidade subtrai do indivíduo uma capacidade de formular um plano de vida que seja bom e propenso ao seu florescimento.

Assim, Finnis (1993, p. 565) afirma que “Dworkin não consegue entender que o que importa não é o padrão de comportamento físico, mas a escolha que molda esse comportamento em uma ação humana (no sentido estrito de ‘ação’) ou deliberada omissão (uma ação no sentido amplo)”¹³. Em outras palavras, a falha do argumento consiste na ignorância da própria dignidade da pessoa humana, que permanece existindo mesmo em situações periféricas em que a vida se encontra degradante ou vulnerável.

Além disso, seria preciso considerar questões conceituais mais profundas além da autonomia do indivíduo. Dessa forma, tanto Dworkin quanto o Tribunal “sistematicamente confundem os aspectos emocionalmente repugnantes de coma a longo prazo (como o descontrole de excrementos e assim por diante) com a falta de dignidade humana”¹⁴ (FINNIS, 1993, p. 566).

¹³ Texto original: “Dworkin fails to understand that what matters is not the pattern of physical behavior, but the choice which shapes that behavior into a human action (in the narrow sense of “action”) or deliberate omission (an action in the broad sense)”.

¹⁴ Texto original: “systematically confuses the emotionally repugnant aspects of long-term coma (the mess of excrement and so forth), with lack of human dignity”.

Até este ponto foi trabalhada a situação de uma paciente inconsciente em que a decisão para lhe conceder o direito à vida foi tomada por terceiros. Por outro lado, e nos casos que o próprio acometido da doença opta pelo procedimento, em um exercício do “direito de morrer”?

Nesse ponto, com base no já exposto, é necessário ter-se em mente que, em razão do instinto de sobrevivência, o indivíduo não almeja livrar-se da vida em si, mas da dor e do sofrimento. No entanto, em que pese a dor não deva ser ignorada, questões morais sobre o valor da vida humana não devem ser tomadas com base em sensações ou sentimentos¹⁵, e sim com base em critérios racionais (FINNIS, 1993, p. 567). Mais uma vez a racionalidade do ser humano é invocada para justificar as escolhas realizadas.

Para concluir, de acordo com Barzotto (2010, p. 51) “toda declaração de direitos humanos afirma um conjunto de bens que são considerados elementos essenciais da vida plenamente realizada”. Acrescenta ainda que “quanto maior for a lista de direitos, mais densa e mais estrita será a concepção de vida boa, aquela explicitada nos direitos humanos”.

Por este motivo, a distinção entre a dignidade humana, seus institutos e atributos, bem como uma análise dos bens humanos são necessários para a compreensão da proteção de todos os indivíduos. A tradição jusnaturalista, neste sentido, “tem sido pendularmente trazida ao debate contemporâneo para servir de contraponto ao pensamento formalista que está no cerne do positivismo jurídico em suas múltiplas versões” (DIAS, 2013, p. 137).

Assim, tratar o direito à vida como um bem meramente instrumental, implica em “alienar” ou “objetificar” as pessoas que se encontram em um estado não pleno de realização humana. E dessa forma, seria feito um regresso não apenas histórico, mas metodológico do ponto de vista da Teoria do Direito, uma vez que a dogmática jurídica compreendida como a sistematização de normas insiste em ignorar as normas de direito subjetivo.

¹⁵ Texto original: “But the great questions, whether life deprived of consciousness has any value, and whether one’s living body is one’s person, are questions to be decided by reason, not by feelings and rhetorically stirred imagination.

CONCLUSÃO

Entre as assertivas dispostas através de trabalhos de John Finnis, é possível afirmar que o bem da vida está intrinsecamente ligado a fatores externos e ao mesmo tempo intrínsecos dos indivíduos. Dito de outra forma, está relacionado a outros valores como a amizade, manifestada através de atos de solidariedade razoável e fidelidade, além de considerar a dignidade da pessoa humana enquanto um aspecto inerente ao sujeito.

A dignidade, por sua vez, não se confunde com a completa realização das dimensões da vida boa. Ao contrário do que afirmou Dworkin, para Finnis uma vida com restrições (mesmo que graves) ainda tem valor, pois continua sendo vida. Mesmo com algumas afirmações possivelmente vagas, a teoria finnisiana é consistente no que se propõe a discutir.

O alicerce que inicialmente propõe investigar, vitalidade enquanto relacionada à autopreservação e ao instinto de sobrevivência, é bem desenvolvido em LNDN e em textos posteriores. Sendo que tais argumentos apresentam coerência com o referencial universalista indicado ao longo da obra, qual seja, Tomás de Aquino e Aristóteles.

Apresenta respostas que derivam do bem humano e racionalidade para concluir seu raciocínio. Assim, evita incorrer em situações em que o bem da vida possa ser relativizado ao ponto de instrumentalizar o indivíduo, transformando-o em coisa ou objeto economicamente apreciável. Aliás, contra a relativização promovida por um cálculo econômico ou sentimental é que Finnis desenvolve seus principais argumentos.

Com base nos estudos realizados, é possível verificar que a interpretação dos críticos sobre o tema ainda confunde institutos que são caros à teoria finnisiana. Para tanto, faz-se necessário continuar a presente análise (que se propõe a introduzir o debate), especialmente considerando os clássicos tomistas e aristotélicos.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis. **Filosofia do direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIAS, Jean Carlos. O Direito Natural no Pensamento Jurídico Contemporâneo. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Org.). **Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 137-152.

DUNCANSON, Ian. Finnis and the Politics of Natural Law. **Western Australian Law Review**, vol. 19, p. 239-174, 1989.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FINNIS, John. On the Incoherence of Legal Positivism. **Notre Dame Law Review**, vol. 75, p. 1597-1612, 2000.

FINNIS, John. Value of Human Life and The Right to Death: some Reflections on Cruzan and Ronald Dworkin. **Southern Illinois University Law Journal**, vol. 17, p.559-571, 1993.

FINNIS, John. Economics, Justice and the Value of Life. In: FINNIS, John. **Human Rights and Common Good**. Collected Essays, Vol. III. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 242-250.

FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin. O diálogo entre o pensamento de John Finnis e a tradição romano-germânica: recepção e tradução cultural no jusnaturalismo contemporâneo. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson; FELONIUK, Wagner Silveira (Org.). **Perspectivas do discurso jurídico: novos desafios culturais do século XXI**. Porto Alegre: Editora DM, 2017, p. 299-312.

GARET, Ronald R. Deposing Finnis. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, vol. 4, p. 605-652, 1995.

WALLIN, Alex E. John Finnis's Natural Law Theory and a Critique of the Incommensurable Nature of Basic Goods. **Campbell Law Review**, ed. 59, vol. 35, p.59-81, 2012.

HISTÓRIA DO DIREITO E A EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA NO BRASIL

HISTORY OF LAW AND ANTIRACIST EDUCATION IN BRAZIL

Vanessa Santos do Canto *

SUMÁRIO: Introdução. 1 A noção de acontecimento e a História do Direito. 2 História do Direito e a Lei nº. 10.639/2003: considerações sobre a elaboração e a implementação. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo apresenta algumas reflexões acerca da relação estabelecida entre História e Direito desde a perspectiva de uma educação antirracista. Primeiramente, discute a importância da História do Direito nos currículos dos cursos de graduação desde o ano de 2004. Em seguida, discute a relação existente entre História e Direito por meio da noção de acontecimento desde a perspectiva proposta por Michel Foucault. Neste sentido, o artigo apresenta algumas considerações sobre o processo de elaboração da Lei nº. 10.639/2003, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9394/1996), acrescentando em seu texto os artigos 26-A e 79-B. O objetivo é a proposta de uma educação antirracista no processo de formação de profissionais da área jurídica, com base nas Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de bacharelado em Direito.

Palavras-chave: História do Direito. Lei nº. 10.639/2003. Educação antirracista. Institucionalismo historic. Acontecimento.

ABSTRACT: *The article presents some reflections about the established relationship between History and Law from the perspective of an antiracist education. Firstly, he discusses the importance of the History of Law in the curricula of undergraduate courses since 2004. He then discusses the relationship between History and Law through the notion of an event from the perspective proposed by Michel Foucault. In this sense, the article presents some considerations about the process of elaboration of Law no. 10.639 / 2003, which amends the Law on Guidelines and Bases of National Education (Law No. 9394/1996), adding in its text articles 26-A and 79-B. The objective is the proposal of an antiracist education in the process of training professionals in the legal area, based on the National Curricular Guidelines of the baccalaureate courses in Law.*

Keywords: *History of Law. Law no. 10.639 / 2003. Antiracist education. Historical Institutionalism. Event.*

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a sociedade brasileira tem discutido o processo de elaboração e implementação de políticas públicas de combate ao racismo. Essas políticas resultam da atuação dos movimentos negros brasileiros e

*Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional - PUC-Rio.
Artigo recebido em 23/11/2018 e aceito em 21/06/2019.

Como citar: CANTO, Vanessa Santos do. História do Direito e a educação antirracista no Brasil. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p. 99 , jul/ dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional quando da realização das Conferências internacionais de direitos humanos.

Neste sentido, tem-se como ponto de partida um conjunto de medidas adotadas a partir de 2003, pelo governo federal no âmbito dos compromissos assumidos quando da realização da I Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, mais conhecida como Conferência de Durban que ocorreu entre os dias 31 de agosto e 08 de setembro de 2001. Dessa Conferência participaram 173 (cento e setenta e três países), 4.000 (quatro mil) organizações não governamentais (ONG's) e um total de mais de 16.000 (dezesesseis mil) participantes discutiram temas urgentes e polêmicos. O Brasil estava presente, com 42 (quarenta e dois) delegados e 05 (cinco) assessores técnicos¹.

Ao final da Conferência, foi elaborada a *Declaração de Durban* e uma *Plataforma de Ação*, com o propósito de direcionar esforços no sentido de concretizar as intenções da reunião. A Declaração de Durban e a sua Plataforma de Ação têm sido considerados documentos importantes para fundamentar as demandas dos movimentos negros em face do Estado, no que se refere à necessidade de implementação de políticas públicas de combate ao racismo no Brasil.

No Brasil, o fortalecimento institucional dos órgãos governamentais de combate ao racismo também tem sido apontado com um dos resultados dos compromissos assumidos pelo governo brasileiro na Conferência de Durban. Nesse sentido, em 2003, é criada a Secretaria de Promoção de Políticas para a Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), órgão com *status* de ministério. A SEPPIR tem por missão acompanhar e coordenar políticas de promoção da igualdade racial de diferentes

¹ A convocação para a realização da Conferência foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1997, a partir da proposta realizada pelo Embaixador José Augusto Lindgren Alves, em 1994. Deve-se ter em mente que a convocação da Conferência ocorre no contexto dos grandes encontros realizados pela ONU ao longo dos anos da década de 1990, para discutir a agenda do desenvolvimento do século XXI e o legado da “Guerra Fria”. Além disso, marca o fechamento de um ciclo de Conferências realizadas em 1978 e 1983, para discutir temas relacionados aos impactos do racismo sobre a vida das denominadas “minorias étnicas”. No Brasil, o processo preparatório foi marcado por vários seminários e encontros preparatórios em diversos Estados brasileiros. O protagonismo brasileiro no âmbito do processo de mobilização para a Conferência foi reconhecido e, a militante do movimento de mulheres negras, Edna Roland, foi indicada para a Relatoria final do evento. Essa escolha também deve ser entendida no âmbito da participação de uma rede expressiva de organizações de mulheres negras e da articulação política realizada por essa rede ao longo desse processo de organização da Conferência.

ministérios e outros órgãos do governo brasileiro. Deve articular, promover e acompanhar a execução de programas de cooperação com organismos públicos e privados, nacionais e internacionais. Destaca-se, ainda, o dever de acompanhar e promover o cumprimento de acordos e convenções internacionais assinados pelo Brasil relativos ao combate ao racismo e de promoção da igualdade racial.

No mesmo ano foi instituída a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), por meio do Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003. A PNPIR reafirma o caráter pluriétnico da população brasileira e tem por objetivo a redução das desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra. É pautada pelos princípios da transversalidade, da descentralização e da gestão democrática. Além disso, a PNPIR explicita alguns dos compromissos assumidos em Durban na medida em que é norteada pelas seguintes diretrizes: fortalecimento institucional, incorporação da questão racial no âmbito da ação governamental, consolidação de formas democráticas de gestão das políticas de promoção da igualdade racial, melhoria da qualidade de vida da população negra e inserção da questão racial na agenda internacional do governo brasileiro.

No âmbito dessas mudanças institucionais, os movimentos negros brasileiros se articularam para que fosse promulgada a Lei n.º 10.639/2003, que tramitou durante quatro anos no Congresso Nacional. Ao final da tramitação, a Lei n.º 10.639/2003, “altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências”.

As ações para a implementação da Lei n.º 10.639/2003 devem se dar em todos os níveis de ensino. No entanto, no nível superior, os bacharelados ainda permanecem distantes da implementação, tendo em vista a não obrigatoriedade de implementação da lei. Dessa forma, o presente trabalho pretende refletir sobre a relação que pode ser estabelecida entre a elaboração da Lei n.º 10.639/2003 e a História do Direito, para propor uma “educação antirracista” no processo de formação de profissionais da área jurídica com base nas Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos e Direito estabelecidas no ano de 2004.

O objetivo do trabalho consiste em ressaltar a relevância da implementação da referida lei no bacharelado do curso de Direito, a fim de ressaltar a importância da disciplina História do Direito enquanto

acontecimento político-jurídico importante ao sistema de educação brasileiro.

1 A NOÇÃO DE ACONTECIMENTO E A HISTÓRIA DO DIREITO

Ao abordar temas relacionados à História e Cultura Afo-Brasileira talvez nos conduzisse rapidamente à ideia de que nossa abordagem se estrutura a partir da noção de *longa duração*. Contudo, não estamos simplesmente corroborando a afirmação da *longa duração* de um projeto de genocídio e superexploração da população negra, conforme tem sido afirmado por alguns militantes dos movimentos negros. O conceito de longa duração tal como elaborado por Fernand Braudel, um dos mais importantes representantes do movimento dos *Annales* (considerado uma verdadeira revolução francesa na historiografia)², pressupõe uma estrutura social na qual as mudanças sociais são compreendidas como uma simples variação do mesmo³.

Ao contrário, nossa preocupação segue o método de análise dos acontecimentos utilizado por Michel Foucault, na crítica realizada à fenomenologia estruturalista e às interpretações freudo-marxistas acerca da História. Nisso reside, a segunda diferença em relação à proposta inicial dos *Annales*. Esse movimento ao criticar a historiografia clássica, rejeita a ênfase dada aos acontecimentos políticos, mais especificamente, a alta política⁴.

Nesse sentido, interessa-nos em primeiro lugar, o método foucaultiano de análise. Ao contrário da aparente permanência de um fenômeno, no qual a estrutura permanece sempre a mesma em diferentes momentos históricos e em diferentes espaços, Michel Foucault propõe a proliferação da diferença, e ressaltar os deslocamentos produzidos no interior de uma determinada sociedade, em um determinado tempo histórico. Ou seja, aquilo que permanece importa menos do que a mudança a ser observada.

Compreender o fenômeno que seria uma “espécie” entre lei e processo. No dizer jurídico, entre direito material e direito formal. Nesse sentido, Michel Foucault, também apresenta outro desafio. Mais importante

² O termo é baseado no livro de Burke (2010), historiador cultural inglês.

³ Neste sentido, ver ALBUQUERQUE JÚNIOR (2011).

⁴ Para uma análise da importância de se retomar a análise da alta política no que se refere à história das mulheres ver Scott (1995).

do que detectar a mudança é investigar as condições de possibilidade de sua emergência. Reminiscência germânica do período conhecido por “Iluminismo”, ou, ainda, “Esclarecimento”.

Como foi dito anteriormente, a História que aqui interessa (neste trabalho) não é a das permanências, das longas durações tal como proposta por Fernand Braudel. É aquela que sob a aparência do que permanece igual, é capaz de demonstrar a existência de infinitas rupturas em um determinado momento histórico. A abordagem histórica aqui escolhida é aquela na qual o “acontecimento” é ressaltado.

O acontecimento é aqui compreendido a partir da relação entre novidade e regularidade, tal como apresentada por Michel Foucault. Para o filósofo, o acontecimento pode ser entendido como a descontinuidade de certas práticas regulares. No artigo *Nietzsche, a genealogia e a História*, no qual aborda a relação entre o método genealógico de inspiração nietzschiana e a História, em relação à recusa em se buscar as origens tal como o fazia a história tradicional, Foucault enfatiza o aspecto político do acontecimento, no qual as relações de forças têm predominância:

É preciso entender por acontecimento não uma decisão, um tratado, um reino, ou uma batalha, mas uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece, se distende, se envenena e uma outra que faz sua entrada, mascarada. As forças que entram em jogo na história não obedecem nem a uma destinação, nem a uma mecânica, mas ao acaso da luta (FOUCAULT, 1979, p. 15).

Para Foucault, o que importa são os acasos das transformações, a materialidade das condições de existência das práticas em determinada época. Em *A ordem do discurso*, ressalta a possibilidade de o sujeito assumir diferentes posições e funções no embate das forças que imprimem a descontinuidade, a não teleologia das práticas sociais existentes em determinado tempo histórico:

[...] se os acontecimentos discursivos devem ser tratados como séries homogêneas, mas descontínuas umas em relação às outras, que estatuto convém, dar a esse descontínuo? Não se trata, bem entendido, nem da sucessão dos instantes do tempo, nem da pluralidade dos diversos sujeitos pensantes; trata-se de cesuras que rompem o instante e dispersam o sujeito em uma pluralidade de posições e funções possíveis (FOUCAULT, p. 58).

Nesse sentido, o acontecimento entendido desde a perspectiva aqui apresentada enfrenta algumas questões de ordem disciplinar. O termo é aqui empregado desde a dupla acepção apresentada por Michel Foucault. Em primeiro lugar, enquanto princípio de controle da produção de novos discursos (ordem do saber) (FOUCAULT, 1990). E, em segundo lugar, como o conjunto de técnicas que permitem aos sistemas de poder singularizar os indivíduos, através do controle e normalização de seus corpos (ordem do poder) (FOUCAULT, 2007).

Nessa relação saber-poder é que as relações entre História e memória demonstram a sua produtividade. Percebemos as práticas sociais e os acontecimentos políticos a elas relacionados que apresentam aparência homogênea. Entretanto, é justamente a cesura do tempo que nos permite apreender a dispersão do sujeito em uma pluralidade de posições em distintos acontecimentos, em determinado tempo e espaço.

Essa dispersão do sujeito em diferentes posições na História é que nos permite compreender as possibilidades abertas pelo processo de implementação da “educação antirracista” através da fundamentação legislativa possibilitada através da elaboração da Lei nº. 10.639/2003 e a relação que pode ser estabelecida com a História do Direito, notadamente no que se refere aos seus conteúdos.

2 HISTÓRIA DO DIREITO E A LEI Nº. 10.639/2003: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ELABORAÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO

No tópico anterior afirmamos que a elaboração da Lei nº. 10.639/2003 é parte do processo de implementação de uma “educação antirracista”. Por quê? Por que a “educação antirracista” já estava sendo implementada antes da elaboração da fundamentação legislativa através da dos denominados pré-vestibulares comunitários⁵, notadamente nos

⁵ Alguns autores, por exemplo, Ignácio (2011) utilizam a expressão “pré vestibulares populares”. Essa é uma discussão importante no que se refere à educação antirracista, notadamente no estudo das “africanidades” no Brasil. Mas, não será realizada neste trabalho. Alguns aspectos acerca da noção de “africanidades” é discutida em Silva et. al. (2015).

Estados do Rio de Janeiro⁶, São Paulo⁷ e Salvador⁸, desde o início dos anos 1990.

A história desse movimento não é o objetivo desse trabalho. Antecede o ingresso no ensino superior, mas é condição de possibilidade no que se refere às discussões acerca das ações afirmativas com “recorte” racial na reserva de vagas no ensino superior. Mas, é importante ressaltar alguns trabalhos acadêmicos que discutem esse tema.

Neste sentido, é importante ressaltar que Ignácio (2011), por exemplo, discute a história do surgimento dos núcleos do Pré Vestibular para Negros e Carentes (PVNC) no Rio de Janeiro, e a trajetória dos estudantes egressos do núcleo que funcionava até aquela época, na favela do Jacarezinho, localizado na Zona Norte do Rio de Janeiro ao longo dos anos de 2000 a 2009.

O ingresso de estudantes originários dos Cursinhos Pré Vestibulares Comunitários (CPVC's) impôs a discussão acerca de problemas metodológicos suscitados aos docentes das Universidades (CARVALHO, 2006). O ingresso de estudantes de classe e territórios diversos daqueles que acessavam as vagas disponibilizadas no ensino superior brasileiro impôs a reflexão e o desenvolvimento de novas metodologias de ensino e aprendizagem nos cursos de graduação, notadamente, nas licenciaturas.

Aos poucos, esse perfil foi sendo modificado. Um dos motivos foi a elaboração da Lei nº. 10.639/2003, que impôs a implementação de políticas de acesso e permanência pautadas na denominada “autonomia” universitária, prevista no art. 207, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988.

Além disso, a influência desse movimento também pode ser percebida no que se refere às discussões acerca da necessidade de ampliação de vagas nas Universidades públicas no ensino superior brasileiro⁹. Inicialmente, os estudantes matriculados nos Cursinhos Pré Vestibulares Comunitários (CPVC's) ingressavam em instituições de natureza jurídica privada (CARVALHO, 2006).

⁶ Mais conhecidos são os da rede pré vestibulares comunitário da Pré Vestibular para Negros e Carentes (PVNC) e os ligados à Educafro.

⁷ Os pré vestibulares comunitários da cidade de São Paulo estavam mais difusos institucionalmente. Ligados a diferentes vertentes do movimento negro, mas tendiam a se organizar sob a forma de ONG's. Pesquisas principalmente na área da Educação seriam bem vindos para demonstrar a hipótese.

⁸ Na cidade de Salvador era razoavelmente conhecido o trabalho desenvolvido pelo pré vestibular ligado à Fundação Steve Biko.

⁹ Essa é a hipótese da dissertação de Rodrigues (2008).

Guimarães (2007) discute o conceito que denomina de “afrocidadanização”¹⁰. Investiga a trajetória de estudantes provenientes dos pré-vestibulares comunitários e populares em rede beneficiários das ações afirmativas da PUC-Rio após a sua formatura na graduação. Discute conceitos importantes para a Sociologia, a Ciência Política e a História, quais sejam, de educação superior, trabalho e cidadania e população negra.

Interessa-nos, a noção de acontecimento utilizada pelo autor na tese publicada posteriormente (GUIMARÃES, 2013). Parece ser muito influenciado pelo institucionalismo histórico (HALL, TAYLOR, 2003)¹¹. As instituições são definidas pelos autores ligados ao denominado institucionalismo histórico, como:

Como os teóricos do institucionalismo histórico definem instituição? De modo global, como os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e officiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política. Isso se estende-se das regras de uma ordem constitucional ou dos procedimentos habituais de funcionamento de uma organização até às convenções que governam o comportamento dos sindicatos ou as relações entre bancos e empresas. Em geral, esses teóricos têm a tendência a associar as instituições às organizações e às regras ou convenções editadas pelas organizações formais (HALL, TAYLOR, 2003, p. 196).

A análise realizada pelo autor parece demonstrar que talvez seja, mais “foucaultiano-deleuziano” do que possamos imaginar. Por quê? Porque a definição de instituições apresentada por Gilles Deleuze e discutida de maneira implícita por Michel Foucault estão próximas às características do institucionalismo histórico, quais sejam:

¹⁰ Discute o conceito de “afrodescendência” desenvolvido por Cunha Jr. (2007)..

¹¹ Acerca do institucionalismo histórico afirmam: “O institucionalismo histórico desenvolveu-se como reação contra a análise da vida política em termos de grupos e contra o estruturo-funcionalismo, que dominavam a ciência política nos anos 60 e 70. [...] O estruturo-funcionalismo e as teorias dos conflitos entre grupos apresentavam-se também sob a forma de variantes pluralistas e neomarxistas, e os debates referentes a essas últimas tiveram papel particularmente determinante no desenvolvimento do institucionalismo histórico ao longo dos anos 70. Em particular, conduziram numerosos deles a dedicar uma atenção particular ao Estado, que não era mais um agente neutro arbitrando entre interesses concorrentes, mas um complexo de instituições capaz de estruturar a natureza e os resultados dos conflitos entre os grupos⁷. Pouco tempo depois, os teóricos dessa escola começaram a examinar como outras instituições sociais e políticas, a exemplo daquelas associadas à organização do capital e do trabalho, podiam estruturar as interações sociais de modo a engendrar situações políticas e econômicas próprias a cada país” (HALL, TAYLOR, 2003, p. 194-195).

Com relação às outras escolas aqui examinadas, quatro características próprias àquela que acabamos de descrever são relativamente originais. Em primeiro lugar, esses teóricos tendem a conceituar a relação entre as instituições e o comportamento individual em termos muito gerais. Segundo, elas enfatizam as assimetrias de poder associadas ao funcionamento e ao desenvolvimento das instituições. Em seguida, tendem a formar uma concepção do desenvolvimento institucional que privilegia as trajetórias, as situações críticas e as conseqüências imprevistas. Enfim, elas buscam combinar explicações da contribuição das instituições à determinação de situações políticas com uma avaliação da contribuição de outros tipos de fatores, como as idéias, a esses mesmos processos (HALL, TAYLOR, 2003, p. 196).

Mas, qual é a definição de instituições apresentada por Gilles Deleuze?

Os termos instinto e instituição são empregados para designar, essencialmente, procedimentos satisfação. Às vezes, reagindo por natureza a estímulos externos, o organismo retira do mundo os elementos de satisfação de suas tendências e de suas necessidades, elementos que, para diferentes os animais, formam mundos específicos. Outras vezes, instituindo um mundo original entre suas tendências e o mundo exterior, o sujeito elabora meios de satisfação artificiais, meios que liberam o organismo da natureza ao submetê-lo a outra coisa e que transformam a própria tendência ao introduzi-la em um novo meio; é verdade que o dinheiro livra da fome, com a condição de se tê-lo, e que o casamento poupa do trabalho de se procurar um parceiro, mas traz consigo outras obrigações. Isto quer dizer que toda experiência individual supõe, como um *a priori*, a preexistência de um meio no qual a experiência é levada a cabo, meio específico ou meio institucional. O instinto e a instituição são as duas formas organizadas de uma satisfação possível (DELEUZE, 2004, p.134).

Mas, qual seria a importância do institucionalismo histórico no que se refere à relação existente entre História e Direito? No que se refere a este trabalho os problemas suscitados pela implementação de ações afirmativas de “recorte” racial. Porque as ações afirmativas são caracterizadas por uma teleologia que impõe uma temporalidade mais curta no que se refere à sua existência no âmbito das ações

institucionais implementadas pelo Estado. Notadamente, no âmbito do Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2006).

A relação entre a História do Direito e a Lei n.º. 10.639/2003 não é auto-evidente. Essa relação impõe algumas considerações metodológicas importantes. Em primeiro lugar, aquilo que Michel Foucault denomina de arqueologia do saber¹². Um método de análise histórica baseado na lógica formal para realizar uma crítica rigorosa à fenomenologia estrutural-funcionalista. Em segundo lugar, uma genealogia das condições, ou seja, das sentenças lógicas que constituem a forma das práticas sociais que possibilitam mudanças no interior das épocas históricas.

Então, discutir a relação existente entre a História do Direito e a Lei n.º. 10.639/2003, significa atentar para discursos distintos que constituem “campos” constituídos por formas lógicas condicionadas. Os discursos disciplinares que constituem aquilo que Michel Foucault denomina de “disciplinas”. Essa relação expressa aquilo que Foucault denomina de “insurreição de saberes sujeitos”. Por saberes sujeitos Foucault entende duas coisas: 1) conteúdos que foram mascarados em coerências funcionais ou em sistematizações formais; 2) saberes desqualificados como saberes não conceituais, não sistematizados.

Para o filósofo, “[t]anto num caso como no outro, nesse saber da erudição como nesses saberes desqualificados, nessas duas formas de saberes, sujeitos ou sepultados, de que se tratava? Tratava-se do saber histórico da lutas” (FOUCAULT, 2005, p.12-3). Então propõe uma genealogia desses saberes. “Chamemos, se quiserem, de genealogia o acoplamento dos conhecimentos eruditos e das memórias locais, acoplamento que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização desse saber nas táticas atuais” (FOUCAULT, 2005, p.13).

Primeira tarefa? Uma breve arqueologia da História do Direito nos currículos dos cursos de graduação em Direito no Brasil. Neste sentido, é importante destacar que, no Brasil, o interesse pela História do Direito é relativamente recente, pois desde até o final do Império esta disciplina não estava incluída nos currículos (FONSECA, 2012). “Foi somente com a proclamação da República e com a chamada ‘Reforma Benjamin Constant’, no final do século XIX, que ela surge na formação dos juristas brasileiros” (FONSECA, 2012, p. 36). Entretanto, o interesse

¹² No ano de 1969, ao publicar o livro “Arqueologia do saber”, o filósofo discute este método. Essa discussão é “sintetizada” no discurso proferido no ano 1970, no Collège de France (FOUCAULT, 1986, 2008)

pelas análises histórico-jurídicas se dissipa em razão da influência do romanismo europeu. Entretanto:

Tal contexto começou a mudar nas últimas décadas do séc. XX. A Portaria/MEC 1886 de 1994 – que estabelece as diretrizes curriculares para os cursos de direito – contribuiu ao estabelecer a importância dos estudos teóricos nos cursos de direito. Essa diretriz é retomada e ampliada na Resolução/CNE 09 de 2004, atualmente vigente (que substituiu a Portaria anterior), que estabelece a necessidade, nos curso de direito, de conteúdos de história. Progressivamente a disciplina da história do direito passa a ser reinserida nas grades curriculares das faculdades de direito. Em alguns lugares substituindo as velhas cadeiras de Direito Romano, em outros convivendo com elas. Esta reinserção, todavia, justamente em vista de uma longa falta de cultivo científico e também em vista da ausência de diálogo com novas tendências europeias em curso, reaparece marcada por uma crise teórica.

[...]

Esta retomada da disciplina no Brasil – com rigorosos critérios acadêmicos de qualidade – convive, ainda, contudo, com enorme diletantismo na abordagem do passado jurídico. Os resquícios abundantes das abordagens lineares, demasiadamente abrangentes, descritivas e factuais ainda persistem na prática do ensino e em boa parte da bibliografia da história do direito. Trata-se, portanto, de uma fase de transição de uma disciplina jovem cujos paradoxos e ambiguidades devem, eles mesmos, sofrer uma compreensão histórica (FONSECA, 2012, p. 37-8).

É importante ressaltar que a Resolução CNE/CES N° 9, de 29 de setembro de 2004 estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de bacharelado em Direito e dá outras providências. Os projetos pedagógicos dos cursos (PPC's) devem ser organizados a partir de três eixos, quais sejam: eixo de formação fundamental, eixo de formação profissional e o eixo de formação prática.

Os conteúdos de história estão previstos no eixo de formação fundamental e “tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber (Resolução CNE/CES 9/2004, p. 17)”. Consideramos que a organização a ser adotada no PPC está em consonância com o art. 3º, que dispõe:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania (Resolução CNE/CES 9/2004, p. 17).

Então, a importância da disciplina História do Direito, com base nas Diretrizes Curriculares Nacionais para os Cursos de Graduação em Direito suscita a necessidade de estabelecimento de um método que possibilite a implementação da Lei nº. 10.639/2003 e, especialmente, a “transversalidade” das disciplinas que discutem temas relacionados à gênero e raça, previstos no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), publicado no ano de 2006¹³. As principais dimensões estabelecidas no PNEDH são:

- Apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local;
- Afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- Formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, ético e político;
- Desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;
- Fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações.

¹³ O Ministério da Educação informa que: “Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) é uma política pública que consolida um projeto de sociedade baseado nos princípios da democracia, da cidadania e da justiça social, por meio de um instrumento de construção de uma cultura de direitos humanos que visa o exercício da solidariedade e do respeito às diversidades. O processo de elaboração do PNEDH teve início em 2003, com a criação do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH) e seu engajamento no trabalho de criação do Plano. Entre 2004 e 2005, o PNEDH foi amplamente divulgado e debatido com a sociedade”. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/plano-nacional-de-educacao-em-direitos-humanos>

É importante ressaltar que a preocupação com a “transversalidade” prevista na PNEDH está relacionada com o problema acerca da definição do conceito de educação previsto na Lei nº 9.394/1996, pois também inclui a denominada “educação não-formal”:

A estrutura do documento estabelece concepções, princípios, objetivos, diretrizes e linhas de ação, contemplando cinco grandes eixos de atuação: Educação Básica; Educação Superior; Educação Não-Formal; Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública; Educação e Mídia¹⁴.

Por sua vez, a Lei nº. 10.639/2003 resulta de uma longa trajetória de lutas do movimento negro pelo direito à educação. O exercício do direito à educação sempre foi compreendido pelo movimento negro como um dos principais mecanismos de enfrentamento e superação do racismo no Brasil.

Durante o processo de preparação para a Conferência de Durban anteriormente referida, a participação do Brasil no processo de elaboração da Declaração e da Plataforma de Durban, o direito à educação e os mecanismos de fruição desse segmento da população negra a esse direito foram um dos principais pontos discutidos pelos movimentos negros.

A Lei nº. 10.639/2003, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, resulta do Projeto de Lei nº. 259, de 1999, após quatro anos de tramitação no Congresso Nacional. A Lei foi apresentada na Câmara pelos Deputados Esther Grossi (PT/RS) e Bem-Hur Ferreira (PT/MS), no dia 11 de março de 1999¹⁵. Os autores mencionaram que o projeto é originalmente de autoria do deputado Humberto Costa (PT/PE). Neste sentido, é importante ressaltar que o PL 259/1999 apresentava a seguinte disposição:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Nos estabelecimentos de ensino de 1º e 2º graus, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

§1º. O conteúdo programático a que se refere o “caput” deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos africanos e a dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a

¹⁴ Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/plano-nacional-de-educacao-em-direitos-humanos>

¹⁵ O PL 259/1999 apresentava a seguinte ementa: Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da Rede de Ensino, da temática “História e Cultura Afro-Brasileira” e dá outras providências”.

contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

§2º. Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.

§3º. As disciplinas História do Brasil e Educação Artística, no ensino de 2º grau deveriam dedicar, pelo menos, 10% de seu conteúdo programático anual ou semestral à temática referida nesta lei.

Art. 2º. Os cursos de capacitação para professores deverão contar com a participação de entidades do movimento afro-brasileiro, das comunidades de outras instituições de pesquisa pertinentes à matéria.

Art. 3º. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como “Dia Nacional da Consciência Negra”.

Art. 4º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 5º. Revogam-se as disposições em contrário.

A justificativa do Projeto ressaltava a necessidade de que fosse disseminado o conhecimento acerca das contribuições da população negra para a construção da nação brasileira e criticava o saber universal e o eurocentrismo presentes no ensino das escolas. Neste sentido, destacava que para a construção de uma nova sociedade na qual se sabe que nem todos são brancos se faz necessário que os livros didáticos expressem essa realidade, pois a escola ainda se apresentava (e se apresenta) como uma das principais instituições propagadoras do racismo, “distorcendo o passado cultural do povo negro”.

Na Comissão de Educação e Cultura Na Comissão de Educação e Cultura, que tem como relator do PL n. 259/99, o Deputado Evandro Milhomen, é aberto o prazo para apresentação de emendas, no dia 12 de maio de 1999. Mas, esgotado o prazo em 19 de maio de 1999, não são apresentadas emendas ao projeto. No dia 16 de junho de 1999, o deputado relator apresenta seu parecer favorável ao projeto (DORNELLES, 2010).

Após, a aprovação na Comissão de Educação e Cultura, o projeto foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, na qual foi designado o Deputado André Benassi (PSDB/SP) e obtém parecer favorável à aprovação por parte do relator, com emenda ao art. 5º, pois se tratava de disposição genérica, no dia 12 de março de 1999.

No Senado Federal, o projeto de lei tramita com identificação de PLC n. 17/2002. A ementa possui a seguinte redação:

Altera a lei n 9394, de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática História e Cultura Afro-brasileira, e dá outras providências.

No dia 10 de janeiro de 2003, o PL n. 259/99 da Câmara dos Deputados, revisado pelo Senado com identificação PLC n. 17/2002, é sancionado pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, porém, com veto parcial. Segundo Dornelles (2010):

Os dois vetos são mantidos pelo Congresso Nacional, por falta de quórum, nas reuniões deliberativas. O primeiro, ao dispositivo que estabelece que as disciplinas História do Brasil e Educação Artística, no ensino médio, devem dedicar, pelo menos, 10% de seu conteúdo programático à História e Cultura Afro-Brasileira. Referindo-se à Constituição Federal de 1988 e à LDB/96, o Executivo justifica esse veto, argumentando que o parágrafo não atende ao interesse público, consubstanciando na exigência de se observar, na fixação dos currículos mínimos de base nacional, os valores sociais e culturais das diversas regiões e localidades de nosso país. O segundo veto refere-se ao artigo que dispõe sobre a participação de entidades do movimento afro-brasileiro, das universidades e outras instituições de pesquisa relacionadas à História e Cultura Afro-Brasileira, nos cursos de capacitação para professores. A mensagem de veto alega inobservância do conteúdo da LDB/96, que não trata desses cursos de capacitação de professores (DORNELLES, 2010, p. 78-9).

Após a tramitação da Lei n.º. 10.639/2003 no Congresso Nacional, o Ministério da Educação, através do Conselho Nacional de Educação elaborou as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. Neste sentido, é importante ressaltar que o Conselho Nacional de Educação é um órgão colegiado que integra a estrutura do

Ministério da Educação. Atua na formulação e avaliação de política nacional da educação¹⁶.

O processo de tramitação normativa da Resolução CNE/CP n. 1, de 17 de junho de 2004, que “institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana”, resulta do Parecer CNE / CP 003/2004, que:

Este parecer visa a atender os propósitos expressos na Indicação CNE/CP 6/2002, bem como regulamentar a alteração trazida à Lei 9394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pela Lei 10.639/2000, que estabelece a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana na Educação Básica. Desta forma, busca cumprir o estabelecido na Constituição Federal nos seus Art. 5º, I, Art. 210, Art. 206, I, § 1º do Art. 242, Art. 215 e Art. 216, bem como nos Art. 26, 26 A e 79 B na Lei 9.394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que asseguram o direito à igualdade de condições de vida e de cidadania, assim como garantem igual direito às histórias e culturas que compõem a nação brasileira, além do direito de acesso às diferentes fontes da cultura nacional a todos brasileiros¹⁷.

A Lei nº. 10.639/2003 e as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, instituída pelo Parecer CNE/CP 03/2004 e regulamentada pela Resolução CNE/CP 01/2004 expressam o resultado das demandas dos movimentos negros pelo direito à educação. As Diretrizes que orientam a implementação referida lei, reafirmam o caráter dessa política pública educacional como uma ação afirmativa voltada para a valorização da identidade, da memória e da cultura afro-brasileira. Contudo, o parecer ressalta que:

¹⁶ Criado pela Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995, este órgão sucede o antigo Conselho Federal de Educação – CFE. Na lei maior que rege a Educação Brasileira, a LDB de 1996, o CNE faz-se presente no título IV – “Da Organização da Educação Nacional: art. 9º § 1º”. (DORNELLES, 2010, p. 80). “O Conselho Nacional de Educação manifesta-se pelo Conselho Pleno e pelas duas Câmaras, através de: a) Indicação – ato propositivo subscrito por um ou mais Conselheiros, contendo sugestão e justificativa de estudo sobre qualquer matéria de interesse desse Conselho; b) Parecer – ato pelo qual o Conselho Pleno ou qualquer das Câmaras pronuncia-se sobre a matéria de sua competência; c) Resolução – ato decorrente de parecer, destinado a estabelecer normas a serem observadas pelos sistemas de ensino sobre a matéria de competência do Conselho Pleno ou das Câmaras” (DORNELLES, 2010, p. 82).

¹⁷ CNE. Parecer CNE / CP 03/2004. Dispõe sobre Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. Relatora Professora Dra. Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva. p. 01.

O sucesso das políticas públicas de Estado, institucionais e pedagógicas, visando a reparações, reconhecimento e valorização da identidade, da cultura e da história dos negros brasileiros depende necessariamente de condições físicas, materiais, intelectuais e afetivas favoráveis para o ensino e para aprendizagens; em outras palavras, todos os alunos negros e não negros, bem como seus professores, precisam sentir-se valorizados e apoiados. Depende também, de maneira decisiva, da reeducação das relações entre negros e brancos, o que aqui estamos designando como relações étnico-raciais. Depende, ainda, de trabalho conjunto, de articulação entre processos educativos escolares, políticas públicas, movimentos sociais, visto que as mudanças éticas, culturais, pedagógicas e políticas nas relações étnico-raciais não se limitam à escola (Parecer CNE / CP 03/2004, p. 05).

Dentre os princípios que constam do Parecer CNE/CP 03/2004 e devem ser observados no processo de implementação da Lei n.º. 10.639/2003, constam consciência política e histórica da diversidade, fortalecimento de identidades e de direitos, ações educativas de combate ao racismo e a discriminações. O documento aborda, ainda, as principais ações que devem ser adotadas quando da implementação da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, bem como lista algumas personagens negras importantes que contribuíram para mudar a história do país¹⁸.

Além disso, o parecer ressalta a importância da educação patrimonial nas escolas. A educação patrimonial é aqui entendida a partir da ampliação do conceito de patrimônio cultural, que foi consolidada na Constituição Federal de 1988, no art. 216, que dispõe que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”¹⁹.

No ensino superior, a implementação da Lei n.º. 10.639/2003 está mais disseminada nas licenciaturas. Entretanto, compreendemos que os

¹⁸ Dentre outras providências, o parecer CNE / CP 03/2004 ressalta: “Inclusão, respeitada a autonomia dos estabelecimentos do Ensino Superior, nos conteúdos de disciplinas e em atividades curriculares dos cursos que ministra, de Educação das Relações Étnico-Raciais, de conhecimentos de matriz africana e/ou que dizem respeito à população negra” (p. 14).

¹⁹ Até então, com as restrições colocadas pela prática do tombamento, os valores que pautavam as políticas patrimoniais eram a excepcionalidade, autenticidade, materialidade e permanência do bem a ser protegido. Contudo, o decreto n.º. 3.551, de 04 de agosto de 2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial representa um novo momento da política cultural de preservação nacional e impõe novas problematizações no que se refere à noção de diversidade cultural.

cursos de bacharelado, que possuem um perfil de formação generalista também devem propor nos Planos Pedagógicos de seus Cursos (PPC's), consoantes com os Projetos-Político Pedagógicos (PPP's) das instituições de ensino superior, sejam elas públicas ou privadas, disciplinas que contemplem as dimensões estabelecidas pelas Diretrizes e nas Orientações e Ações para a Educação das Relações Étnicorraciais. Nesse sentido, o texto das Orientações dispõe que:

As instituições de educação superior podem ainda se debruçar, por iniciativa própria, na revisão das matrizes curriculares de cursos que não serão contemplados neste texto. Cursos como *Direito*, Medicina, Odontologia, Comunicação e tantos outros, embora não abordados aqui, podem ser revistos a partir das determinações das políticas de ação afirmativa. Ao indicar a necessidade de reorganização/revisão do Projeto-Político Pedagógico da instituição e dos cursos e sua articulação com os diferentes espaços das IES, pretende-se indicar caminhos para a revisão de outros cursos (SECAD, 2006, p. 125). (grifamos)

Destaca-se, ainda, que o texto do Parecer CNE/CP 03/2004 ressalta que políticas de ação afirmativa envolvem reparações, reconhecimento e valorização da história, cultura e identidade afro-brasileira. O texto traz, ainda, uma série de conceitos importantes ao tratar de políticas de ação afirmativa:

Políticas de reparações e de reconhecimento formarão programas de ações afirmativas, isto é, conjuntos de ações políticas dirigidas à correção de desigualdades raciais e sociais, orientadas para a oferta de tratamento diferenciado com vistas a corrigir desvantagens e marginalização criadas e mantidas por estrutura social excludente e discriminatória. Ações afirmativas atendem ao determinado pelo Programa Nacional de Direitos Humanos, bem como a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, com o objetivo de combate ao racismo e a discriminações, tais como: a Convenção da UNESCO de 1960, direcionada ao combate ao racismo em todas as formas de ensino, bem como a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Discriminações Correlatas de 2001 (Parecer CNE CP 03/2004).

Dessa forma, consideramos que se faz necessária maior aproximação dos conteúdos da História do Direito das propostas das atuais legislações relativas à implementação da História e Cultura Afro-brasileira

e Africana em todos os níveis de ensino. Assim, buscamos iniciar uma problematização acerca das relações existentes entre Direito e História no âmbito da produção acadêmica no Brasil, notadamente, após o ano de 2003, desde a perspectiva da noção de acontecimento contextualizada no âmbito do institucionalismo histórico.

CONCLUSÃO

O interesse pela interseção entre História do Direito e a Lei nº. 10.639/2003, se dá a partir da noção de acontecimento elaborada por Michel Foucault. Tal noção permite apreender a História de maneira não linear e as relações de força presentes em uma sociedade, em uma determinada época. A noção de acontecimento permite articular o processo de elaboração e implementação da referida lei com a necessidade de que os conteúdos relativos à história afro-brasileira e africana estejam presentes nos planos de ensino de História do Direito, que constituem o Projetos Pedagógicos de Curso (PPC's) necessários aos Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI's) das Instituições de Ensino Superior (IES).

A reinserção da obrigatoriedade do ensino de História do Direito nos cursos de bacharelado em Direito, desde 2004 e a obrigatoriedade do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana (e, também das populações indígenas) no Brasil são acontecimentos que ocorrem no mesmo período histórico. Esta proximidade abre um campo de possibilidades inexploradas e oportunidades para que o ensino de História do Direito avance em relação às abordagens positivistas e seja capaz de mostrar o pluralismo (não apenas jurídico) que conforma as relações sociais no Brasil.

Momento no qual a implementação de ações afirmativas com “recorte” racial são institucionalizadas no âmbito da estrutura administrativa do Estado brasileiro com a criação da Secretaria de Política de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), no ano de 2003, a publicação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), no mesmo ano e a publicação da nº. 10.639/2003.

A relação que propomos nos permite explorar novos temas de pesquisa na História do Direito, tanto na História do Direito Privado quanto na História do Direito Público. Possibilita o estudo de novos objetos de estudo e explicitação da atuação de sujeitos históricos não hegemônicos no que e refere aos aspectos internos e externos da história.

Em primeiro lugar, o exame formal dos acontecimentos político-sociais que engendram e influenciam as fontes clássicas do Direito (documentos, legislação, costume, jurisprudência). Em, segundo lugar, o estudo material da vida dos institutos e das instituições públicas e privadas (família, propriedade, evolução do contrato, desenvolvimento das corporações, etc.).

Neste sentido, propomos a pesquisa acerca da contribuição da população negra brasileira no que se refere à elaboração de institutos e instituições jurídicas. E, é justamente nesta perspectiva que o arcabouço teórico e metodológico de Foucault pode nos mostrar novos caminhos a serem seguidos. Sustentamos que, não basta criticar o eurocentrismo que ainda permeia as instituições educacionais do país. É preciso estabelecer um diálogo não hierárquico entre as diferentes formas de conhecimento produzido nos últimos anos, notadamente, após a publicação da PNEDH, no ano de 2006.

De fato, neste trabalho nos utilizamos de alguns conceitos elaborados por Michel Foucault no decorrer de sua trajetória intelectual. Mas, consideramos que tais conceitos podem dialogar com outros autores que também discutem o que o filósofo denomina de “saberes sujeitados”. Embora não tenha sido o foco deste trabalho, consideramos que é possível estabelecer um diálogo com alguns autores decoloniais que tratam de temas como “racismo epistêmico”, (GROSGUÉL, 2011) e a “colonialidade do poder” como Aníbal (QUIJANO, 2012).

Dessa maneira, a relação entre História do Direito e os temas de estudo apresentados pela Lei n°. 10.639/2003, possibilitam que sejam realizadas arqueologias e genealogias de “saberes sujeitados” na relação com os denominados “saberes eruditos”. É importante ressaltar que essa tarefa ainda está por ser realizada. A tarefa é desafiadora, mas passemos ao trabalho.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. Às margens d’*O Mediterrâneo*: Michel Foucault, historiador dos espaços. In: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de; VEIGA-NETO, Alfredo; SOUZA FILHO, Alípio. **Cartografias de Foucault**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, p. 93-107.

BRASIL. **Projeto de Lei 259/1999**. Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da Rede de Ensino, da temática “História e Cultura Afro-Brasileira” e dá outras providências, 2003. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20MAR1999.pdf#page=232>. Acesso em: 01/10/2016.

BRASIL. Ministério da Educação / Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. **Orientações e Ações para Educação das Relações Étnico-Raciais**. Brasília: SECAD, 2006. Disponível em : <http://www.revistatabularasa.org/numero-14/15grosfoguel.pdf>. Acesso em: 10/02/2010.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.

CARVALHO, José Carmelo Braz de. Os cursos pré-vestibulares comunitários e seus condicionantes pedagógicos. **Cad. Pesqui.**[online]. 2006, vol.36, n.128, pp.299-326. ISSN 0100-1574. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742006000200011>.

CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

CNE. **Parecer CNE / CP 03/2004**. Dispõe sobre Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. Relatora Professora Dra. Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva.

DA SILVA, Cidinha. **Africanidades e relações raciais: insumos para políticas públicas na área do livro, leitura, literatura e bibliotecas no Brasil**. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2015.

DELEUZE, Gilles. Instintos e instituições. In: LAPOUJADE, David (org.). **A ilha deserta e outros textos**. Textos e entrevistas (1953-1974). Rio de Janeiro: Editora Iluminuras, 2004, p. 134-137.

DORNELLES, Ana Paula Lacerda. **A tramitação da lei 10.639/2003: a construção de uma política pública educacional no Brasil no Congresso Nacional e no Conselho Nacional de Educação**. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Educação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Educacao_DornellesAP_1.pdf. Acesso em: 01/10/2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **INTRODUÇÃO teórica à História do Direito**. 1. ed., 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural do Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 16. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France: (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GUIMARÃES, Reinaldo da Silva. **Educação superior, trabalho e cidadania da população negra: o que aconteceu com os estudantes provenientes dos pré-vestibulares comunitários e populares em rede beneficiários das ações afirmativas da PUC-Rio após a sua formatura na graduação?** Tese (Doutorado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007.

GUIMARÃES, Reinaldo da Silva. **Afrocidadanização: Ações afirmativas e trajetórias de vida no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Editora Selo Negro, 2013.

GROSFOGUEL, Ramón. Racismo epistémico, islamofobia epistémica y ciencias sociales coloniales. In: **Tabula Rasa**. Bogotá - Colombia, No.14: 341-355, enero-junio 2011. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-14/15grosfoguel.pdf>. Acesso em: 20/12/2016.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: **Lua Nova**, n. 58, 2003, pp. 193-224.

IGNÁCIO, Jocelene de Assis. **“Doutores”, mas “não-cidadãos”**. Trajetórias de vida de egressos do ensino superior, moradores da favela do Jacarezinho. Rio de Janeiro de 2000 a 2009. Tese (Doutorado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 01/10/2016.

REVEL, Judith. **Foucault: conceitos essenciais**. São Carlos: Claraluz, 2005.

RODRIGUES, Bianca Aguiar Correia. **“Passar é fácil, continuar é que é difícil...”** A permanência de alunos bolsistas na PUC-Rio. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99

INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DECISÕES

PUBLIC OPINION'S INFLUENCE IN THE ACT OF THE SUPREME FEDERAL COURT: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF DECISIONS

Glauzienne Mendes Santos *

Loiane Prado Verbicaro **

SUMÁRIO: Introdução. 1 O poder contramajoritário exercido pela Suprema Corte. 2 A opinião pública e o Poder Judiciário. 3 Análise de três decisões proferidas pela Suprema Corte: exposição de casos concretos. 3.1 A presença do Supremo Tribunal Federal no cenário público brasileiro. 3.2 Lei da Ficha Limpa (RE 633.703). 3.3 Mensalão (AP 470/DF). 3.4 Presunção de Inocência (HC 126.292/SP). Conclusão. Referências.

RESUMO: A pesquisa tem como objetivo analisar a conexão, cada vez mais acentuada, entre a opinião pública e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, colocando o referido órgão sob intensa exposição e, de certo modo, suscetível à mídia e à opinião pública. O artigo analisou o processo que culminou na independência judicial e no papel contramajoritário desempenhado pela Suprema Corte. Na sequência, delimitou o conceito de opinião pública, o quanto esta vem influenciando o processo decisório do Tribunal Constitucional e inviabilizando a sua concreta atuação contramajoritária. A apreciação deste fenômeno ficou constatada a partir da análise de três decisões emblemáticas proferidas pelo STF: a lei da ficha limpa (RE 633.703), a ação penal 470 DF (julgamento do mensalão), e o habeas corpus 126.292/SP que mudou o entendimento do princípio constitucional da presunção de inocência. O trabalho foi desenvolvido por intermédio de pesquisa bibliográfica e análise de decisões do STF, com ênfase em procedimentos conceituais e críticos. O método de abordagem empregado foi o dedutivo quanto à análise bibliográfica e indutivo quanto ao estudo das decisões judiciais. O método de procedimento foi a análise interpretativa e crítica.

Palavras-chave: Tripartição de poderes. Judicialização da política. Ativismo judicial. Opinião pública.

ABSTRACT: *The research aims at analyzing the increasingly pronounced connection between public opinion and decisions handed down by the Federal Supreme Court, placing the body under intense exposure and, in a sense, vulnerable to the media and public opinion. The article analyzed the process that culminated in judicial independence and the countermajoritarian role played by*

* Pós-graduação em Controladoria e Auditoria FGV. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

** Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca (2014), título reconhecido no Brasil pela Resolução nº 4814/2016 - UFPA. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto e Lato Sensu em Direito do Centro Universitário do Pará. Membro da Comissão Assessora da Área do Direito (ENADE), no triênio 2018-2020. Diretora Regional Norte da Associação Brasileira de Ensino Jurídico (ABEDI), no triênio 2018-2020. Avaliadora do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES). Artigo recebido em 07/12/2018 e aceito em 28/02/2019.

Como citar: SANTOS, Glauzienne Mendes; VERBICARO, Loiane Prado. A influência da opinião pública na atuação do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz das decisões. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, p.123, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

the Supreme Court. In the sequence, it delimited the concept of public opinion, how much it has been influencing the decision-making process of the Constitutional Court and making it impossible to concretely countermajoritarian action. The real appreciation of this phenomenon was evidenced by the analysis of three emblematic decisions issued by the Supreme Court: the law of the clean bill (RE 633.703), the criminal action 470 DF, known as the judgment of the “mensalão”, and the habeas corpus 126.292/SP that changed the understanding of the constitutional principle of the presumption of innocence. The work was developed through bibliographic research and analysis of STF decisions, with emphasis on conceptual and critical procedures. The method used was the deductive method for the bibliographic and inductive analysis of the study of judicial decisions. The method of procedure was the interpretative and critical analysis.

Keywords: *Tripartition of powers. Judicialization of politics. Judicial activism. Public opinion.*

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem estado no centro das discussões institucionais. Não faltam críticas quanto à sua atuação, seja por especialistas do direito, seja por membros da sociedade, intermediados, muitas vezes, pelos meios de comunicação em massa.

Nesse cenário, a Suprema Corte, em muitos casos, tem discutido questões que ultrapassam o âmbito de sua alçada, vivendo uma espécie de “plenário sitiado”, pautado pela ação individual de seus Ministros que, em sessão colegiada decidem juntos temas importantes, entretanto, monocraticamente, agem contra o plenário, assumindo um poder de fazer política que não lhe pertence. Compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, por intermédio do conjunto de esforços dos Ministros. Todavia, a realidade tem sido diversa. No ano de 2016, a maioria das decisões importantes não foram emanadas pelo plenário, mas sim de decisões monocráticas dos membros da Corte, com o nítido intuito de fazer política (FALCÃO, ARGUELHES, RECONDO, 2017, p. 20).

A exemplo disso, temos a decisão histórica do Supremo que mudou o entendimento do princípio constitucional da presunção de inocência, proferida em sessão colegiada em fevereiro de 2016. Meses após a decisão, três Ministros, quais sejam, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, decidiram, de forma monocrática, contra esta decisão, alegando, para tanto, que a mudança de entendimento jurisprudencial não possui qualquer eficácia vinculante. Não obstante, a questão ainda se encontra controvertida, diante das duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade interpostas, justamente, com a finalidade de que seja reconhecida a validade e eficácia do artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual, alinhado com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, reforça o princípio da presunção da inocência.

De fato, a jurisprudência não tem o condão de atribuir efeito vinculante às decisões, entretanto, ela é um poderoso instrumento à disposição do julgador a fim de unificar o *decisum* e trazer segurança jurídica para o ordenamento. Afinal, como confiar em um Judiciário que, a cada dia, muda de opinião injustificadamente?

Em que pese vivermos atualmente em meio a uma crise política e institucional, de forma a fragilizar a democracia, sendo necessário o Judiciário intervir, diversas vezes, em questões de cunho político, surge o questionamento sobre quais seriam os limites entre o direito e a política. Em razão desta instabilidade, cresce o fenômeno da judicialização da política, tornando quase impossível distinguir o que é matéria política e o que é questão puramente de direito.

Não obstante, as últimas atuações do Supremo têm se mostrado essencialmente políticas, inclusive com decisões tomadas sob nítida influência da opinião pública e dos meios de comunicação social. O Supremo Tribunal Federal, contudo, não tem o condão de fazer política. Sua atuação precípua é de guardar a Constituição e proteger o direito de minorias sociais face ao seu papel contramajoritário.

Considerando a influência da opinião pública, instrumentalizada principalmente pela mídia, na atuação do Supremo Tribunal Federal – desta forma acentuando o papel político da Suprema Corte – convida-nos a discutir a suscetibilidade deste Tribunal quanto àquela, foco da presente abordagem. Nesse sentido, a pesquisa propõe-se a discutir se a Suprema Corte está sendo influenciada pela opinião pública e o impacto desta influência no seu papel contramajoritário.

O artigo analisa o papel contramajoritário desempenhado pelo STF; a influência da opinião pública na sua atuação; e três decisões emblemáticas proferidas pelo STF: a ação penal 470 DF, conhecida por julgamento do mensalão; o *habeas corpus* 126.292/SP que mudou o entendimento do princípio constitucional da presunção de inocência; e a lei da ficha limpa (RE 633.703). A escolha das duas primeiras decisões se deu pela forte tendência encontrada nelas à influência da opinião pública e da mídia. Em contrapartida, a escolha da última, deu-se como contraponto, pois nela prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da lei, apontando que o Supremo, mesmo sofrendo opressão pela mídia e pela opinião pública, não cedeu aos seus anseios. O trabalho foi desenvolvido por intermédio de pesquisa bibliográfica e análise de decisões da Suprema Corte, com ênfase em procedimentos

conceituais e críticos. O método de abordagem empregado foi o dedutivo quanto à análise bibliográfica e indutivo quanto ao estudo das decisões judiciais. O método de procedimento foi a análise interpretativa e crítica.

1 O PODER CONTRAMAJORITÁRIO EXERCIDO PELA SUPREMA CORTE

Tem-se no atual cenário constitucional, um destaque importante ao papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais, em especial aquele desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o de proteção das minorias, solidificando no que se chama de papel contramajoritário.

O Supremo Tribunal Federal exerce o seu poder contramajoritário quando realiza o controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, ou seja, se contrapõe em relação aos Poderes assentados na representatividade e na maioria como critérios de escolha, nomeadamente o Executivo e o Legislativo. Assim, identifica-se claramente este papel fazendo uma leitura dos artigos 102, I; 102, 'q'; 102, §§1º e 2º; 102, III; 103, §2º, todos da Constituição da República, consubstanciado no que a doutrina chama de princípio contramajoritário. Com base neste princípio, a Corte pode atuar contra a vontade da maioria. Em outras palavras, acaba por atuar contra as maiorias ocasionais em prol de uma minoria, que possui direitos e garantias fundamentais. Quem representa a vontade da maioria são os Poderes Executivo e Legislativo que são eleitos pelo processo democrático.

O Judiciário, por seu turno, não possui em sua estrutura juízes eleitos pelo povo, mesmo que sua função precípua seja a de proteger o instrumento jurídico mais importante para assegurar a nossa democracia. É por isso que, quando o faz, acaba por se utilizar de procedimentos pouco comuns, pois, realiza o controle de constitucionalidade contramajoritariamente.

Dos questionamentos mais suscitados sobre o papel da Suprema Corte, está o seguinte: como a Corte, que não é eleita democraticamente, pode vir a intervir sobre o sistema político? Para os defensores da *Madisonian response*, isso se dá em razão de as Cortes Constitucionais

serem responsáveis pelo controle dos excessos das maiorias legislativas (NORPOTH; SEGAL, 1994, p. 711)¹.

Em razão de algumas decisões políticas ser tomadas por uma instituição relativamente isolada de pressões políticas, o papel de legislador negativo² do Supremo Tribunal Federal se revela essencial nos casos em que direitos básicos não são respeitados pela maioria legislativa (NOVELINO, 2015, p. 274).

Este posicionamento foi ratificado no julgamento da “Lei da Ficha Limpa”, chamado de caso exemplar, pois envolveu a tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Diante da expectativa de grande parte do público, quanto à aplicação imediata das novas regras, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que o papel da Corte é o de aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião da maioria, sendo que o princípio da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16 da Constituição da República, deveria atuar como uma barreira contra a atuação deveras ameaçadora da maioria.

Segundo Falcão, para que o Judiciário venha a ser aceito pela sociedade é necessário que ele produza decisões não só aceitas pela sociedade, mas também terminativas ou atenuantes de conflitos (FALCÃO, 2015, p. 110). Com isso, é pertinente que os Ministros levem em consideração o impacto social da decisão, verificando a existência de uma sintonia real entre elas e a opinião pública.

Enquanto alguns Ministros demonstram receio pela opinião pública, outros creem que, como representantes da sociedade no exercício do poder de julgar, devem sim considerar a opinião pública (FALCÃO, 2015, p. 128). Diante disto, indaga-se: até que ponto a opinião pública influencia o voto dos Ministros do Supremo ou o comportamento do próprio tribunal como Corte constitucional? É o que se passará a analisar a partir de então.

¹ No original: *Among the most important question that can be asked about the Supreme Court is the role of this unelected and democratically unresponsive institution as a policymaker in the national political system. Supporters of the Court usually make one of two defenses of the institution. First, in what is commonly known as the Madisonian response, supporters claim that the Court is not supposed to be a democratic institution. Its raison d'être is to check the excess of legislative majorities.*

² Poder Legislativo negativo são as prerrogativas de um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais. Desta forma, caberia ao Poder Legislativo, a prerrogativa de criar novas normas jurídicas, atuando como legislador positivo. Kelsen atribui ao Tribunal Constitucional o poder apenas de legislar negativamente.

2 A OPINIÃO PÚBLICA E O PODER JUDICIÁRIO

A opinião pública, segundo Novellino (2016, p. 62), é entendida como pontos de vista compartilhados pela sociedade ou por grupos específicos sobre determinados temas. Em regra, esta expressão faz referência às opiniões gerais sobre economia e política, sendo mais constante no âmbito político, e também a qualquer assunto de interesse comum presente em uma sociedade.

Jane Pereira (2012, p. 2) identifica a opinião pública como a formação de um juízo oriundo da maior parte (ou da parte mais influente) dos indivíduos de uma comunidade sobre um determinado assunto discutível. Pode ser um resultado tanto de uma interação prévia entre pessoas, como também da relação entre a sociedade e os meios de comunicação em massa.

Cumprir destacar que a opinião pública, cada vez mais, vem sendo refletida no comportamento judicial dos membros do Supremo Tribunal Federal, seja em uma decisão de mérito, seja durante as demais fases do processo judicial. Joaquim Falcão defende que é razoável que a Suprema Corte considere a opinião da sociedade em seus julgados, a fim de que suas decisões tenham legitimidade social e estejam em sintonia com o sentimento coletivo (FALCÃO, 2015, p. 110).

Diante disto, cabe discutir o porquê de os membros do Poder Judiciário considerarem a opinião pública, eis que suas funções independem de apoio político. Eles devem estar atentos a ela e deixar-se influenciar? Ela deve ser admitida em certos casos? Esta influência é compatível com o papel do Judiciário no Estado de Direito?

Para refletir sobre essas questões, Novellino (2016, p. 63) menciona que uma das principais críticas quanto à influência desta opinião pública está justamente no papel contramajoritário que pressupõe, em certa medida, uma atuação independente dos pontos de vista majoritários. Para o referido autor, a influência da opinião pública nas decisões proferidas pelos Ministros pode ser avaliada, em termos normativos, segundo a controvérsia envolvendo a legitimidade da instituição, considerando o papel contramajoritário da jurisdição constitucional.

Para que o Judiciário seja considerado um poder ideal, é preciso que este seja, até certo ponto, indiferente ao clamor da opinião pública, logo, sendo despolitizado, a fim de que suas decisões ocorram de maneira imparcial. Portanto, todo magistrado tem que seguir os ritos processuais para que o direito não sirva de instrumento de opressão contra as maiorias.

Então, um Judiciário imune aos anseios da população é mais do que desejável para que a justiça, em termos abrangentes, possa ser alcançada. Ocorre que, por ser o Judiciário um órgão que profere decisões, assim como qualquer outro poder político, não está isento aos interesses em jogo, pois suas decisões acabam por permitir que o Estado intervenha no âmbito privado dos seus indivíduos.

Neste sentido, Fernando Filgueiras afirma que o Judiciário não tem como não ser um poder político, já que seus agentes, a partir de escolhas realizadas, decidem valorativamente o que poderia ser melhor para o bem da comunidade. Para o referido autor, a opinião pública serviria para mostrar que o Judiciário, assim como qualquer outro poder republicano, não só deve submeter as suas decisões ao interesse público, mas também ter a sua atuação controlada por ela (FILGUEIRAS, 2012).

Como já mencionado, para que o Judiciário tenha credibilidade com a sociedade é necessário que este produza decisões aceitáveis. Neste sentido, Joaquim Falcão exemplifica que os Ministros da Suprema Corte nos Estados Unidos não só verificam se a decisão está em consonância com a Carta Magna, mas também levam sempre em consideração o impacto social dela, ou seja, se está sintonizada com o sentimento de justiça da população (FALCÃO, 2015, P. 110). Então, ao fazer esta ponderação entre a decisão e os anseios da população, o Judiciário acaba por se deixar influenciar pela opinião pública.

Este contato direto do magistrado com a opinião pública, dando visibilidade a eles, em certa medida ocorre em virtude ao aumento do descrédito e inércia do Legislativo. Isso propicia que a figura do juiz seja glorificada, não necessitando de qualquer mediação processual. Neste sentido, Garapon (2001, p. 67) alerta que não é este o papel de um magistrado, “sob pena de acrescentar parcialidade à ilegalidade”.

Joaquim Falcão atribui este holofote dado do Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, pelo simples fato de os Ministros constantemente falarem em *off*, ou seja, exprimindo suas opiniões fora dos autos. Com isso, eles passam a ser usados como “matéria-prima política da notícia descartável”. Não obstante, a atuação dos Ministros exige recato, distanciamento e rigor ao se pronunciar e, sobretudo, um não envolvimento no dia a dia dos conflitos, sejam jurisdicionais, políticos ou administrativos (FALCÃO, 2015, p, 114).

Essa prática de falar fora dos autos realizada pelos Ministros do Supremo prejudica a respeitabilidade e a legitimidade do Judiciário

e da instituição, pois, para Joaquim Falcão, o hábito poderia ensejar na transformação dos tribunais em “autofágicas arenas de gladiadores mascarados” (FALCÃO, 2015, p, 115).

Joaquim Falcão critica esta postura do Judiciário, que tem sido habitual na Suprema Corte, vindo a atingir, ultimamente, também as instâncias inferiores: “muitas vezes o julgamento começa em entrevistas em jornais e televisão, concretiza-se ou não em votos e continua em debates entre magistrados na mídia” (FALCÃO, 2015, p, 123).

Ainda, segundo o autor, uma decisão errônea foi a transmissão em tempo real dos julgamentos da Corte, através da TV Justiça. Mesmo que o objetivo seja a política de transparência, com o intuito de estimular a compreensão da população quanto à interpretação da Constituição, é cediço que existe uma margem de discricionariedade inerente ao ato de julgar. Por isso, a intensa publicização das divergências individuais de seus Ministros acaba por gerar custos políticos, já que massifica as compreensões e incompreensões dos seus julgados na sociedade (FALCÃO, 2015, p, 123).

Não obstante, devido a esta intensa publicização das sessões de julgamento do Supremo, os Ministros Luiz Roberto Barroso e Gilmar Mendes viraram motivo de chacota pelos internautas, nas redes sociais, pela frase utilizada por aquele primeiro, na infeliz discussão ocorrida entre eles na sessão realizada em 21 de março de 2018, no qual o Ministro Luiz Roberto Barroso em ataque ao Ministro Gilmar Mendes profere a frase “(...) me deixa de fora desse seu mau sentimento, você é uma pessoa horrível, uma mistura do mal com atraso e pitadas de psicopatia (...)” (G1, 2018). Em questão de segundos, a referida frase já tinha se tornado piada nas diversas redes sociais espalhadas pelo Brasil.

Neste diapasão, também existe a polêmica decisão que mudou a interpretação quanto ao princípio da presunção de inocência, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em fevereiro de 2016. Na decisão, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, concluiu ser possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, o que vai de encontro ao art. 5º, LVII, da Constituição, o qual preconiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, excepcionando a aplicação das medidas cautelares.

Na ocasião, a maioria dos Ministros foram a favor em mudar a interpretação do referido dispositivo em nome da credibilidade da justiça. Em um dos votos, o Ministro Luis Roberto Barroso mencionou que a

demora no cumprimento da pena favorecia-se a impunidade: “produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados” (STF, 2016, HC, 126,292, p. 8).

Ocorre que, após esta decisão polêmica, em junho do mesmo ano, o Ministro Celso de Mello concedeu liminar para suspender a execução de mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em HC 135.100, que determinava o início de cumprimento da pena de um réu antes do trânsito em julgado da condenação definitiva. Para tanto, alegou que o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não possui efeito vinculante³, portanto, ainda que o aresto seja respeitável, não se impõe à observância compulsória pelos juízes e tribunais em geral.

Esta atitude causou um certo espanto não só a comunidade jurídica, mas principalmente aos cidadãos comuns, estimulando assim a deslegitimação do órgão e a intensificação das duras críticas, chegando até mesmo a apontar as decisões do Supremo como incongruentes.

Joaquim Falcão esclarece que, em que pese o Supremo Tribunal Federal ser a arena das divergências interpretativas, é indispensável que as suas atitudes sejam pautadas em um ambiente organizacional colaborativo, com limites aos comportamentos individuais de seus Ministros (FALCÃO, 2015, p. 124).

Nesta perspectiva, os tribunais têm acesso ao conhecimento dos anseios populares não só pelo contato direto com estes, mas principalmente pela mídia, influenciando, de certa maneira, na percepção do que seria a vontade popular. A exemplo podemos citar a atuação das investigações da Operação Lava Jato e a figura de herói atribuída ao então juiz Sérgio Moro, segundo à opinião pública.

A Operação Lava Jato é a maior investigação, até o presente momento, da Polícia Federal envolvendo a corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil. O nome do caso “Lava Jato” advém do uso de combustíveis por uma rede de postos e lava à jato de automóveis com o objetivo de

³ As decisões proferidas pelos Tribunais não possuem efeito vinculante, entretanto, servem para padronizar a jurisprudência, principalmente quando se está diante de uma mesma matéria. No presente caso, o Supremo Tribunal Federal ao decidir o *Habeas Corpus* 126.292/SP abriu um precedente, se transformando em um modelo decisório que deve ser adotado em futuros casos semelhantes. Como bem ponderou o Ministro Celso de Mello, este precedente não possui efeito vinculante. Entretanto, é importante que as decisões posteriores sejam decididas em consonância com o precedente a fim de que se tenha igualdade, estabilidade, previsibilidade e sintonia nas decisões.

movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Em que pese as investigações ter avançado para outras organizações criminosas, o nome da operação restou consolidado. De acordo com as investigações, estão envolvidos no caso os membros administrativos da empresa estatal petrolífera Petrobrás, parlamentares de alguns partidos políticos do Brasil, além de empresários de grandes corporações empresariais brasileiras.

O então juiz Sérgio Moro, pertencente à jurisdição federal da 4ª região, ganhou notoriedade internacional por comandar, desde março de 2014, o julgamento em primeira instância dos crimes identificados na Operação Lava Jato. Em uma atuação incomum para o padrão da Justiça brasileira, Moro conduziu os procedimentos em um ritmo acelerado. O nome “operação lava jato”, segundo dados obtidos pelo Google, foi citado em diversos sites mais de três milhões de vezes e o do juiz Sérgio Moro por quatrocentas mil vezes, o que mostra a nítida pressão da mídia no referido caso. A BBC do Brasil apontou que, desde o processo de *impeachment* sofrido pela Presidente Dilma Rousseff, a popularidade do juiz Sérgio Moro disparou, recebendo cerca de 65% de aprovação pelos brasileiros, quanto que a atuação dos políticos tem sido rejeitada fortemente⁴.

Este exagero da mídia em atribuir um herói à nação se justifica, segundo Garapon, principalmente, pelo sistema processual penal, pois a justiça não exerce – ou acaba exercendo mal – o seu papel: a imprensa intervém no trabalho da justiça, e a recíproca é verdadeira, pois cada um acredita estar manipulando o outro. “A mídia vem em socorro aos *petits juges* quando estes enfrentam os poderosos”. (GARAPON, 2001, p. 68).

Em que pese a mídia ser um instrumento importante para facilitar o deslinde do processo judicial, dando eficácia ao princípio constitucional da publicidade, esta não deve ser constantemente utilizada, pois vez ou outra ultrapassa os limites toleráveis, trazendo um certo sensacionalismo ao caso.

⁴ Segundo a reportagem, “a popularidade do juiz Sergio Moro, magistrado à frente dos casos da Lava Jato na primeira instância judicial, disparou, enquanto a rejeição a políticos subiu de maneira quase generalizada, principalmente no caso de integrantes e aliados do novo governo. E o que mostra a nova edição do Barômetro Político, pesquisa da consultoria Ipsos antecipada à BBC Brasil. O levantamento, feito no início do mês nas cinco regiões do país, perguntou a 1.200 pessoas sua opinião sobre 20 personalidades do mundo político e jurídico. Apenas Moro recebeu apoio da maioria, atingindo 65% de aprovação. O resultado apresenta um grande salto em relação a fevereiro de 2015, quando sua aprovação era de apenas 28%. Naquele mês, 56% da população diziam que não tinham conhecimento suficiente sobre ele para opinar, enquanto 33% o rejeitavam. Em um ano, o desconhecimento sobre Moro caiu fortemente, para 9%, enquanto sua rejeição recuou para 26%” (BBC BRASIL, 2017).

Este estilo exibicionista de atuação judicial, na visão de Garapon, faz com que o direito comece a ser esquecido em nome de uma pretensa moral superior. Para ele, essas atitudes fazem com que a justiça seja realizada em praça pública, sem a mediação da regra e de um espaço adequado à discussão: os tribunais. O direito, então, passa a ser enfraquecido, seja na sua coerção, seja nos seus valores éticos (GARAPON, 2001, p. 68/69).

São esses fatos que acabam por tornar o Judiciário o centro das atenções, sendo submetido a uma intensa carga de julgamentos. Isso se dá em virtude de uma existente tensão entre a independência judicial e a opinião pública. De um lado há um grupo preconizando a premissa de que os magistrados não podem e nem devem ser surdos à opinião pública e outra vertente que prega aplicação estrita da lei, devendo o juiz se manter imparcial às pressões externas, preservando a serenidade em face das vaias e dos aplausos (PEREIRA, 2012, p. 1).

Para Jane Pereira (2012, p.1), o grupo defensor da influência da opinião pública nas decisões preleciona que as instituições jurídicas dependem do crédito da sociedade para preservar sua autoridade. Segundo os defensores desta corrente, os juízes não devem se manter totalmente distantes à vontade popular, pois o apoio da sociedade legitima as suas atividades, bem como fortalece as instituições jurídicas (NOVELINO, 2015, p. 285).

Na outra posição, há quem sustente a ideia de que para um juiz ser independente é necessário que este seja capaz de decidir apenas segundo a lei, pois a opinião pública não pode ser um fator relevante na formação da sua convicção (PEREIRA, 2012, p.1). Para esta corrente, a opinião pública é incompatível com o papel contramajoritário desenvolvido pela Suprema Corte, o qual exige uma neutralidade, independência e imparcialidade do magistrado contra pressões externas (NOVELINO, 2015, p. 284).

No cenário internacional, investigações empíricas comprovam haver uma convergência entre a opinião pública e as decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana, assim, confirmando-se como uma tendência. Essa recíproca positiva ficou constatada pelos cientistas políticos desde aproximadamente os anos de 1953 até o presente momento, indicando que, além de estarem motivados por suas próprias convicções, os *justices*, como são chamados os membros desta Suprema Corte, são altamente receptivos aos anseios da população (MISHLER; SHEEHAN (1993, p. 87).

A *justice* Sandra Day O'Connor chegou até mesmo afirmar que a Suprema Corte é dependente da confiança do público, a fim de que esta

corrija suas decisões. Por este motivo, é necessário que os *justices* estejam cientes dos clamores sociais. Neste sentido, os *justices* não só possuem o conhecimento de que a opinião pública é importante, mas, repetidas vezes, tem a utilizado em suas decisões, refletindo claramente a vontade popular (FRIEDMAN, 2009, p. 371 *apud* NOVELINO, 2015, p. 286).

De certo modo, pode-se afirmar que a sociedade está desencantada, perpassando por uma crise de representatividade, pretendendo que o Poder Judiciário assuma o papel de guardião da moral pública no lugar da soberania popular, “isto porque as instituições majoritárias carecem de legitimidade na medida em que os servidores do Estado perderam o papel de autoridade, de guardiães da República” (VERBICARO et al., 2018, p. 194-195). Portanto, o descrédito no Poder Legislativo acaba por transformar a figura do juiz em um modelo ideal, corroborado também pelos instrumentos midiáticos que, a todo instante, hiperjudicializam as diversas demandas sociais.

Não significa dizer que esta convergência entre a opinião pública e as decisões da Suprema Corte possuam uma relação de reciprocidade, pois, em alguns casos, esses valores refletidos podem ser os mesmos compartilhados entre a sociedade e os membros do Tribunal, logo, não traduzindo em uma influência popular.

Portanto, este holofote dado ao Supremo Tribunal Federal se justifica em face de a Constituição de 1988 possuir normas de textura aberta, potencializando a judicialização de quase todos os temas centrais da política e das relações sociais. Ainda, em razão do agravamento da crise econômica e social nas últimas décadas deste século, consubstanciada com a existência de novas forças sociais representadas por grupos que são minoritariamente representados, o qual levam-se a socorrer ao Judiciário a fim de ver os seus direitos efetivados. Neste sentido, “a hipertrofia legislativa e a incapacidade do sistema político-decisório de atender às expectativas sociais, foram um dos fatores fundamentais ao florescimento não só da judicialização da política, como da consagração nacional de muitos magistrados” (VERBICARO et al., 2018, p. 195). Por este motivo, o Supremo acaba sendo conduzido a dar a palavra final sobre quase tudo, haja vista que a alta cúpula do Poder Judiciário é vista universalmente como o órgão menos corrompido.

Dessa forma, o judiciário tem se aproximado cada vez mais do cidadão, em uma relação muito mais tênue do que a que deveria existir entre os cidadãos e o Poder Legislativo, representantes do povo. Neste

sentido, cresce a ideia de que a jurisdição é o modo de governo correto e não corruptível, pois neste tipo de “governo”, com uma funcionalidade melhor, não há classes com privilégios, e os direitos são assegurados por magistrados investidos por diferentes ordens de jurisdição e reunidos em colegiados (VERBICARO et al., 2018, p. 196).

Em razão deste cenário, o Supremo assumiu um papel de preponderância na vida nacional. Tal circunstância gera, automaticamente, um embate quanto à legitimidade da instituição, principalmente no que tange ao papel desempenhado como órgão jurisdicional: o de atuar contra os anseios da maioria.

Para Joaquim Falcão, o correto seria que o Judiciário criasse lideranças institucionais, e não jurisdicionais, que pudessem exprimir seus pensamentos, falando com autoridade em nome dos Ministros. Assim, não haveria exposição do Supremo, e de seus membros, evitando que estes sejam colocados na arena das circunstâncias políticas e usados como matéria-prima da mídia (FALCÃO, 2015, p. 114-115).

Permitir que o Judiciário venha a embasar suas decisões face à opinião pública é perigoso, pois esta é, muitas das vezes, formada pelos veículos de comunicação em massa, onde cada órgão da imprensa, além de informar os trabalhos desenvolvidos pela justiça, acaba por aderir o ponto de vista de uma das partes - que pode mudar no decorrer do processo – e julgando no lugar dos juízes:

A mídia não se contenta mais em relatar o que a justiça faz, em criticá-la quando necessário, que é o seu papel. Ela copia os métodos da justiça, o que torna, aliás, a leitura de certos jornais tão enfadonha quanto a dos relatórios da polícia (...) A mídia gaba-se de ter as mesmas qualidades de um juiz de instrução: paciência, minúcia e tenacidade (GARAPON, 2001, p. 77).

Neste sentido, Garapon afirma que os meios de comunicação atuam como “verificadores e abonadores das informações”, no sentido de se anteciparem ao processo, interrogando testemunhas e confrontando seus depoimentos. Ele cita um caso ocorrido na Inglaterra, chamado de caso *West*, onde um casal era suspeito de ter sequestrado, torturado e matado uma dezena de pessoas durante vários anos, em uma tranquila cidade de interior. À época dos fatos, a televisão britânica teria, antes da abertura do processo, reconstruído o caso, colhendo depoimentos de todas as pessoas inerentes ao ocorrido (GARAPON, 2001, p. 77).

Esse exercício da mídia é um tanto perigoso, pois, além de fazer com que os poderes públicos ajam de qualquer forma, essas informações antecipadas pelos veículos de comunicação atrapalham o exercício da justiça, pois as notícias prematuras acabam por influenciar o comportamento das pessoas, assim como dos juízes. No processo penal, o princípio da presunção da inocência é fundamental, sendo prejudicado pela influência da mídia no referido caso: “a mídia, interferindo ativamente no inquérito, influencia a decisão” (GARAPON, 2001, p. 82).

Portanto, a visibilidade pública e a pressão dos veículos midiáticos impõem a necessidade de uma reflexão cautelosa sobre a possibilidade de que a opinião pública influencie na tomada de decisões dos Ministros.

3 ANÁLISE DE TRÊS DECISÕES PROFERIDAS PELA SUPREMA CORTE: EXPOSIÇÃO DE CASOS CONCRETOS

O presente capítulo tem como objetivo atestar a tendência do Supremo Tribunal Federal em decidir conforme os anseios da sociedade e da opressão da mídia. Entretanto, antes de adentrar a esta discussão, primeiramente será analisado como tem se pautado, ao longo das décadas, a atuação da Suprema Corte no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte será realizada uma análise crítica do Recurso Extraordinário nº 633.703, o qual confirmou a não aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010.

Nesta decisão, ficou comprovado que o Supremo, ainda que sofrendo fortes influências da opinião pública e dos meios de comunicação social, decidiu de forma diversa, observando o seu papel de guardião da Constituição e de protetor das minorias sociais.

Em contraponto a decisão acima, será exposto o julgamento da Ação Penal 470/DF, conhecida como julgamento do mensalão, e do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que mudou o entendimento do princípio constitucional da presunção de inocência, atestando a intensa disposição da Corte em decidir sob os holofotes e em consonância à opinião pública.

3.1 A presença do Supremo Tribunal Federal no cenário público brasileiro

Diante do atual cenário de “politização do ativismo judicial anticorrupção”⁵, como por exemplo os episódios da Operação “Lava Jato”, o Supremo Tribunal Federal passou a ganhar relevante notoriedade pela sociedade em geral, já que sua atuação vem sendo constantemente publicada pelos mais diversos meios de comunicação.

Essa expansão do Poder Judiciário na vida política e das relações sociais, bem como a prática de dar declarações, pelos ministros do Supremo, fora dos autos de assuntos que ainda irão julgar, como já dito em capítulo anterior, tem sido constante, gerando assim inúmeros questionamentos quanto a esta atuação, bem como se a cúpula do Poder Judiciário deveria ter tamanha exposição midiática. Assim, colocando em xeque o argumento de neutralidade política, direcionando a discussão para as fronteiras entre o político e o jurídico.

A partir da promulgação da Constituição de 1988 é possível constatar uma mudança nos rumos jurídicos, com a inclusão de novos protagonistas e de novas discussões no Direito, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, passando a ser também a arena de discussões de cunho político.

Em que pese o protagonismo do Supremo ser notório a partir do século XXI, este não se iniciou a partir do processo do Mensalão, nem tampouco pela judicialização da política, mas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 11, a partir de 1978, quando a Suprema Corte passou a processar e julgar deputados e senadores por crimes contra a segurança nacional, sem a necessidade de autorização prévia pelo Poder Executivo. Na ocasião, o afastamento de políticos de seus mandatos autorizados pelo Supremo Tribunal Federal gerou uma acirrada tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, o que foi bastante veiculado pelos jornais à época (OLIVEIRA, 2016).

A partir de então, um novo marco nasce para a formação da visibilidade do órgão constitucional, advindo com o mandato do Ministro Xavier de Albuquerque em 1981 que, ao assumir o cargo, convocou

⁵ Expressão utilizada por Fabiana Luci de Oliveira (2016). O ativismo judicial é o fenômeno onde o Judiciário ganha especial relevância quando adota uma postura proativa ante a inércia política dos demais poderes, ou seja, os juízes, especialmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, acabam intervindo na política, essencialmente em assuntos de grande repercussão, a fim de resguardar certos direitos. É o caso da decisão que passou a admitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

uma reunião entre jornalistas para argumentar que o povo brasileiro não conhece o Supremo e, por isso, não poderia mais haver o distanciamento entre a opinião pública e o referido órgão, ratificando ser imprescindível publicar o tribunal em todas as páginas de jornais, desde os mais modestos aos mais destacados (OLIVEIRA, 2016).

Com isso, a “busca pelos holofotes” se iniciou. Ministros passaram a dar declarações à imprensa durante a Constituinte, quanto as garantias e ferramentas institucionais para manter e expandir a judicialização da política, o que foi bem-sucedido, já que o Supremo passou a ocupar um espaço maior na vida política do Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988 (OLIVEIRA, 2016).

Neste sentido, uma exposição midiática das disputas internas entre os Ministros passou a ser latente - principalmente quanto as suas divergências em determinados assuntos - com os jornais traçando os perfis de decisões dos membros da Corte, classificando-os quanto à natureza técnica ou política de seus *decisum* (OLIVEIRA, 2016).

Pulando para a década de 90, a atuação da cúpula do Supremo passou a ganhar uma especial relevância, destacando-se como verdadeiros atores políticos. Essa atuação ficou registrada nos mais diversos meios de comunicação tendo, inclusive, o Jornal Estado de São Paulo publicado notícia de que o “Supremo impõe a Constituição e muda imagem”:

Nos últimos 35 dias o País descobriu no STF um alarme capaz de frear um presidente que tem pressa em cumprir as metas de governo e um Congresso mais voltado para o recesso parlamentar que para suas tarefas. (...) O alarme que toca cada vez que um dos poderes desrespeita um dos 315 artigos da Constituição, tem servido aos brasileiros como uma aula prática de como devem funcionar o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (JORNAL ESTADO DE SÃO PAULO, 1990 *apud* OLIVEIRA, 2016).

Analisando a questão, fica constatada que esta ascensão do Supremo se dá em face ao enfraquecimento do Estado, ligada às falhas do processo democrático, e não somente à crise de legitimidade do Estado, mas a um fenômeno maior, chamado por Garapon (2001, p. 23-29) de “o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos”.

Para ele, o magistrado é chamado a socorrer uma democracia na qual existe um legislativo e um executivo enfraquecidos, “obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia (...) esperando do político

aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto” (GARAPON, 2001, p. 23-29).

Dessa forma, os Ministros do Supremo não seriam novos atores políticos, mas passariam a ocupar o local que foi abandonado pelo político, dando, assim, à sociedade aquilo que esperava pelos seus representantes eleitos democraticamente.

Ainda nos anos de 1990, há outro destaque na atuação do Supremo, corroborando as tensões do tribunal com os demais Poderes, bem como demarcando a existência de uma disputa na tomada de decisões políticas do Brasil, envolvendo a atuação da Corte máxima no processo de impeachment do ex-presidente Fernando Collor, e os conflitos entre o presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães, e o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Carlos Velloso, sobre as constantes declarações fora dos autos do tribunal quanto as Comissões Parlamentares de Inquéritos - CPIs - que se encontravam em andamento. Assim, foram frequentes as falas do então senador lamentando que “ministros estão todos os dias na imprensa, falando o que não devem e vulgarizando o papel do Judiciário” (OLIVEIRA, 2016).

Já no período entre 1999 a 2002, antes do advento da TV Justiça, cerca de 13% de todas as notícias veiculadas sobre o Supremo Tribunal Federal no jornal Folha de São Paulo retratavam a ação do órgão em casos de crimes políticos e de corrupção, ficando a Corte na lista dos assuntos mais recorrentes deste jornal (OLIVEIRA, 2016).

Ainda neste mesmo período, o Judiciário recebeu pouca atenção e sendo objeto de raras críticas. Quando estas ocorriam, se debruçava sobre a competência do tribunal em intervir em assuntos que não eram de sua alçada, em especial no caso de privatizações e ou das Comissões Parlamentares de Inquéritos, bem como pela ausência de transparência em sua agenda (OLIVEIRA, 2016).

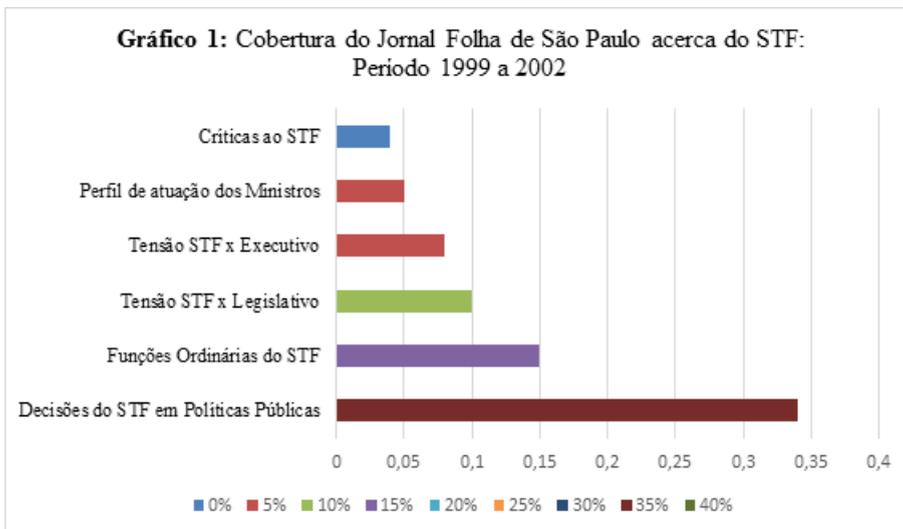
De todas as notícias veiculadas nos instrumentos de comunicação social sobre o Supremo Tribunal Federal, Joaquim Falcão constatou que, de um terço das notícias publicadas, a principal temática abordada referiam-se a decisões envolvendo controle de constitucionalidade, envolvendo políticas públicas:

Temos 6% de notícias referentes a decisões na esfera dos direitos sociais, civis e políticos; 6% acerca do funcionalismo público; 6% decisões com impactos na esfera econômica; 5% cobrindo casos tributários, com destaque para o ICMS; 5% tratando da competição política; 5% cobrindo a

administração pública, como licitações e orçamento, e 1% notícias referentes a decisões sobre segurança pública e administração da justiça (OLIVEIRA, 2016).

Os outros dois terços das notícias veiculadas se distribuem entre as decisões do Supremo e falas dos seus ministros em defesa dos interesses da magistratura, os casos de corrupção e crimes políticos, por fim, a cobertura das funções ordinárias da Corte máxima – decisões em *habeas corpus* figurando pessoas famosas ou ex-autoridades, como por exemplo, a polêmica decisão que revogou a prisão do goleiro Bruno em sede de *habeas corpus*⁶ (OLIVEIRA, 2016).

Neste sentido, temos o seguinte gráfico:



Fonte: 784 notícias (nas quais o STF é tema central, de um total de 6.435 notícias indexadas na busca pelo termo STF) (OLIVEIRA, 2016).

Analisando o referido gráfico, pode-se constatar que as tensões envolvendo os Poderes Legislativo foram mais frequentes do que com o Poder Executivo, dada pela inércia do primeiro às questões polêmicas.

Nesta trajetória do Supremo Tribunal Federal na mídia, existem raras rejeições quanto à atuação do referido órgão, sobretudo no âmbito político, com intensa participação dos veículos de comunicação:

⁶ Entenda o caso: A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, formada por Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, decidiu revogar a prisão preventiva do ex-goleiro Bruno, condenado pela morte de Eliza Samudio, sob o argumento da morosidade do Judiciário em dar um desfecho para o caso, não podendo o goleiro cumprir antecipadamente a reprimenda, dado o princípio da presunção de inocência. No momento, o processo se encontra em fase de Recurso de Apelação Criminal.

A mídia cobriu com a mesma intensidade decisões acerca da temática de direitos (sociais, civis e políticos) e acerca do funcionalismo público, sendo que quando olhamos para a agenda decisória do Supremo no período, o tribunal decidiu quase quatro vezes mais sobre os direitos dos servidores públicos do que sobre direitos dos cidadãos em geral, num claro recorte midiático mais favorável à instituição aos olhos da opinião pública (OLIVEIRA, 2016).

Esta conexão da Suprema Corte com a mídia é uma tendência crescente desde a década de 1980, sendo intensificada com o advento da TV Justiça, dado à exposição televisiva das sessões de julgamentos, assim, ficando mais acessível acompanhar a atuação do órgão máximo (OLIVEIRA, 2016).

Para Ives Martins (2017), esta exposição midiática do Supremo é exacerbada, chegando até mesmo a interferir na atuação do órgão, já que, ultimamente, este tem descumprido os preceitos constitucionais, alterando os seus dispositivos – ao invés de guardá-los -, invadindo competências legislativas que não são suas:

O STF legislou no caso de prisões de parlamentares por crimes no exercício do mandato, (...); no caso da interrupção da gravidez de anencéfalos, criando hipótese de impunidade para aborto eugênico não constante do artigo 128 do Código Penal. Legislou ao permitir o homicídio uterino até três meses de gestação sem nenhuma justificativa; ao permitir que a união entre pares do mesmo sexo, o que é legítimo, tivesse o mesmo status que o casamento, instituto que a Lei Suprema apenas admite para a união entre homem e mulher (artigo 226, § 3.º). Legislou quando permitiu que candidato derrotado assumisse governo de Estado, sem novas eleições diretas ou indiretas (artigo 81); desconsiderou a presunção de inocência, o devido processo legal e o instituto da coisa julgada para permitir a prisão em segunda instância (artigo 5.º, inciso LVII).

Este protagonismo da Suprema Corte, e do Poder Judiciário como um todo, entrou para os *trending topics* do jornalismo brasileiro, sendo pauta em toda a cadeia jornalística dos mais diversos meios de comunicação, a fim de influenciar positiva ou negativamente o cidadão em relação a atuação dos magistrados (VERBICARO DENNIS et al., 2018, p; 200)

Sabe-se que a mídia tem um papel relevante nas democracias, sendo um veículo importante para que os cidadãos consigam fiscalizar o

cumprimento das funções essenciais do Estado. Mas até que ponto esta liberdade de imprensa deve ser assegurada? Ela também é limitada quanto à atuação da Suprema Corte?

A partir de então, tentará buscar estas respostas a partir da análise crítica de três decisões judiciais consideradas importantes na história do Supremo Tribunal Federal. A primeira delas é o julgamento do RE 633.703, que adentrou na aplicabilidade na Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2009/2010. A segunda decisão é o emblemático caso da AP 470/DF conhecido como julgamento do Mensalão. E por fim, discutiremos os impactos da decisão do HC 126.292/SP, que mudou a aplicabilidade do princípio constitucional da presunção de inocência.

3.2 Lei da Ficha Limpa (RE 633.703)

Nesta decisão, o Supremo Tribunal Federal atuou como um eminente legislador negativo, não cedendo às pressões políticas vigentes à época dos fatos, bem como à opressão da mídia e da opinião pública.

A Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar 135/2010, foi um projeto de iniciativa popular, como uma nova esperança de combate à corrupção eleitoral, sendo exaustivamente debatida no cenário político nacional nos anos de 2009 e 2010, com grande ênfase nos diversos meios de comunicação em massa.

Em resumo, esta lei prevê hipóteses de inelegibilidade aos políticos considerados “ficha suja”⁷:

O projeto Ficha Limpa, agora Lei Complementar nº 135/2010, nasceu da mobilização da sociedade no sentido de melhorar a qualidade dos quadros políticos no País. Mais de 1,6 milhões de assinaturas presenciais, sem contar as adesões pelo correio eletrônico, elevaram a participação popular ao expressivo número de 4 milhões de cidadãos diretamente empenhados com essa mudança. Muitos têm sido os escândalos envolvendo políticos com as conseqüentes ações judiciais. Estas, infelizmente, quase sempre percorriam caminhos tortuosos, cheio de atalhos, até serem julgadas (em muitos casos, engavetadas ou lançadas ao esquecimento), disseminando a sensação de impunidade e abrindo caminho

⁷ Expressão que foi corporificada pela mídia com o objetivo de caracterizar as pessoas que respondem por processos de cunho criminal e cível por atos de improbidade administrativa.

aos criminosos continuarem com suas práticas espúrias (CAVALCANTE JUNIOR e COELHO, 2010, p. 9).

A referida lei, amparada pelo forte clamor social e pela massificação da mídia, tramitou pelo Congresso Nacional por cerca de oito meses até vir a ser aprovada de fato e sancionada pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Arnaldo Malheiros, criticou veementemente a tramitação acelerada do projeto de lei que, para ele, se deu em razão da intensa pressão dos meios midiáticos:

Aconteceu, então, o que poucos poderiam prever: o projeto de iniciativa popular, transformado em projeto de lei complementar, de uma hora para outra, passou a ser alvo de tremenda pressão da mídia, que passou o papel de transmissora do temido “clamor das ruas”, e sua vacilante caminhada transformou-se em tramitação acelerada, vindo a ser aprovado em poucos dias pela maioria absoluta das duas casas legislativas, para reformar substancialmente a legislação que regia toda a matéria de inelegibilidades (MALHEIROS, 2010, p. 21).

Em decorrência da grande vitória pela sociedade civil e pelos veículos de comunicação social, esperava-se que a norma tivesse aplicação imediata nas eleições de 2010, o qual acabou encontrando obstáculo no art. 16 da Constituição Federal. Ocorre que tal artigo preleciona que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Deste modo, ocorreram várias divergências interpretativas quanto ao conteúdo da lei. Neste diapasão, o Tribunal Superior Eleitoral se posicionou no sentido da aplicação imediata da norma já nas eleições de 2010, pois, para ele, a lei não viola o princípio da anterioridade eleitoral, consagrado pelo art. 16 da Constituição Federal.

Em razão deste posicionamento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, os candidatos que se sentiram prejudicados com a aplicação imediata da lei, recorreram ao Supremo Tribunal Federal, a fim de obter êxito quanto a inaplicabilidade desta interpretação nas eleições de 2010. Portanto, o referido caso subiu para o Supremo Tribunal Federal através de vários Recursos Extraordinários, dentre eles o de nº 633.703, bem como pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, propostas pelo Partido Popular

Socialista, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, respectivamente.

Quanto a retroatividade da lei, esta questão já havia sido apreciada pelo Plenário do Supremo, pela via difusa, em setembro de 2010, quando os candidatos Joaquim Roriz, Jader Barbalho, João Capiberibe, Cássio Cunha Leite e Uebe Rezeck, que tiveram suas candidaturas cassadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, ajuizaram ação na Suprema Corte a fim de reverter suas cassações.

Na ocasião, do julgamento de Joaquim Roriz e Jader Barbalho, o Supremo chegou a um empate: de um lado o Relator Carlos Ayres Britto, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carmem Lúcia afastaram a incidência do art. 16 da Constituição Federal. O argumento dos Ministros foi a de que a lei entrou em vigor antes do prazo aberto para que os Partidos Políticos realizassem a escolha de suas candidaturas. Em contrapartida se tem o posicionamento dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio e César Peluzzo, entendendo pela aplicabilidade do dispositivo constitucional, a fim de que o processo eleitoral, que se encontrava em curso, não viesse a ser afetado, alterado, interferido, modificado e perturbado. Em razão deste empate, os Ministros preferiram suspender a proclamação da decisão.

Diante da expectativa de grande parte do público, quanto à aplicação imediata das novas regras, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que o papel da Corte é o de aplicar a Constituição, ainda que seja contra a opinião da maioria, sendo que o princípio da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16, da Constituição Federal, deveria atuar como uma barreira contra a atuação deveras ameaçadora da maioria:

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública,

segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária.

Portanto, para o Ministro, o princípio da anterioridade eleitoral é uma cláusula pétrea e uma garantia do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, não podendo ser suprimido em face da pressão popular e da mídia. Este posicionamento restou consolidado pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703.

Em março de 2011, através do Recurso Extraordinário nº 633.703, ajuizado pelo candidato a deputado estadual Leonídio Henrique Correa Bouças, pelo Estado de Minas Gerais, o Supremo retoma a discussão e decide por seis votos a cinco, seguindo o voto do Relator Gilmar Mendes, pelo afastamento da aplicabilidade da lei nas eleições ocorridas em 2010, indagando que devem ser respeitados os princípios da anterioridade e da segurança jurídica. Desta forma, a jurisprudência restou pacificada, aplicando-se este entendimento aos demais casos que seriam julgados futuramente, em matérias idênticas.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, destacou a importância da anterioridade eleitoral, prevista no art. 16 da Constituição Federal, confirmando, como já dito em decisões anteriores, seu caráter de cláusula pétrea:

Com efeito, a inclusão de novas causas de inelegibilidade diferentes das inicialmente previstas na legislação, além de afetar a segurança jurídica e a isonomia inerentes ao devido processo eleitoral, influencia a própria possibilidade de que as minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 110)

Portanto, para o referido Ministro, o fato de não se observar as regras previstas no ordenamento jurídico, principalmente na Constituição Federal, é afrontar os direitos individuais da segurança jurídica e do devido processo legal, com consequências diretas sobre a participação eleitoral (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 88), tendo em vista que este entendimento já era considerado pacificado desde o julgamento da ADI 3.685, julgado em 2006, quando se decidiu pela aplicabilidade da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, 'b', da Constituição Federal (SANTOS, 2010):

O Supremo Tribunal Federal possui uma sólida jurisprudência a respeito da interpretação do art. 16 da Constituição de 1988 (ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 78).

O Ministro Gilmar Mendes destacou a importância do papel contramajoritário da Suprema Corte, quando asseverou que ao aceitar uma nova lei desrespeitando os preceitos constitucionais, no presente caso o da anterioridade da lei eleitoral, estaria se admitindo que os requisitos de elegibilidade ficariam ao serviço das vontades políticas majoritárias: “A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 111). Neste contexto, é imperioso proteger as minorias.

Outro ponto bastante importante em seu voto, é quando o referido Ministro afirma que, em que pese ser o projeto de lei de iniciativa popular e a repercussão deste tema na opinião pública, não é o suficiente “para minimizar ou restringir o papel-contramajoritário” desempenhado pela Suprema Corte:

É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p.114).

O Ministro Luiz Fux, também votou contra a aplicabilidade imediata da Lei Complementar nas eleições de 2010, ratificando que esta só deveria valer a partir das eleições de 2012. Ainda, mencionou que, em que pese a salutar iniciativa popular da lei, esta não pode ser concretizada em desacordo com as garantias constitucionais, como a da segurança jurídica: “é que a segurança jurídica e a surpresa não combinam, resolvendo-se os conflitos e as tensões sempre em prol do primeiro valor” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 142).

O Ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do relator, destacando que compete ao Poder Judiciário o “desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 156).

Toffoli destacou o papel contramajoritário da Suprema Corte, eminentemente com o objetivo de proteção às minorias:

O segundo está em que a defesa das minorias é antes de mais nada um trunfo, como a moderna dogmática constitucional qualifica essa posição jurídica, desses grupos em face das maiorias. E, nesse aspecto, não se trata de mirar nas consequências da decisão judicial e, sim, de cuidar de permitir que elas se habilitem a permanecer no palco da vida política e, eventualmente, possam converter-se em maiorias (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 169).

O Ministro Marco Aurélio avultou a importância da segurança jurídica, considerando a norma do art. 16 da Constituição Federal como cláusula pétrea, e também de não se decidir pela pressão da opinião pública, já que o magistrado não é um membro eleito pelos meios democráticos:

É muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular. Ele é enaltecido, ele tem o perfil ressaltado, mas, quando não há essa coincidência, realmente as críticas vêm à baila. Porém, ocupamos cadeira vitalícia, justamente, para atuarmos segundo a ciência e a consciência possuídas. Disse um doutrinador, certa vez, que há mais coragem em ser justo parecendo injusto do que em ser injusto para salvaguardar as aparências de justiça (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 266).

Portanto, ainda que evidente a pressão da mídia e da opinião pública sobre o caso, cobrando que os Ministros decidissem a favor da

aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010, o Supremo se mostrou firme, não atendendo aos anseios da sociedade, atuando com o seu papel eminentemente contramajoritário e de guardião da Constituição, o que não ocorreu nos julgamentos do mensalão (AP 470/DF) e do *Habeas Corpus* 126.292/SP, confirmando uma forte tendência da Corte em ser “a câmara de gás da sociedade brasileira”⁸.

3.3 Mensalão (AP 470/DF)

Ao tratar deste julgamento, o presente artigo não irá se ater aos aspectos jurídicos da decisão, ou seja, se esta foi aplicada de forma escorreita e justa. Mas a discussão se prenderá tão somente a intensa exposição midiática do referido caso, que levou a uma interferência direta no processo decisório dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Para isso, serão analisados alguns periódicos que criticaram a atuação dos Ministros, bem como determinadas entrevistas destes ofertadas durante os meses de julgamentos, nos mais respeitados veículos de comunicação.

O histórico julgamento da Ação Penal 470, vulgarmente conhecido por “julgamento do mensalão”, ocorrido em 2012, trouxe à discussão a intensa exposição midiática que o Supremo Tribunal Federal vem sofrendo nos últimos anos, e como essas pressões externas influenciaram, e continuam a influenciar, os votos dos Ministros.

A Ação Penal 470 foi instaurada através de denúncia ofertada pela Procuradoria Geral da República contra um suposto esquema de compra de apoio político operado por membros do governo do ex-Presidente Lula, nos anos de 2003 a 2010, sendo delatado no ano de 2005, pelo então deputado federal Roberto Jefferson. Deste ato, resultou-se a criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito a fim de investigar o esquema de corrupção.

O Supremo começou a julgar o caso em agosto de 2012 e terminou, após um ano e meio e 69 sessões, o julgamento dos embargos infringentes, último dos recursos cabíveis aos réus.

Após finalizar o julgamento, a Suprema Corte entendeu que houve desvio de recursos públicos e fraude em empréstimos, com a finalidade de se alimentar um esquema de suborno de parlamentares para que votassem a favor de projetos de interesse do governo nos primeiros anos da gestão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (OLIVEIRA, 2014).

⁸ Expressão utilizada por Rogério Dutra dos Santos e Sérgio Graziano (2016).

Em novembro de 2013, houve oferta de embargos de declaração, sendo rejeitados pelo Supremo e, em seguida, determinando as prisões dos réus, não admitindo mais recursos. Entretanto, onze dos condenados tiveram direito a impetrar os embargos infringentes, admissíveis quando há decisão não unânime, o que aconteceu no presente caso (OLIVEIRA, 2014).

Com o julgamento dos embargos infringentes, um dos réus foi absolvido pelo crime de lavagem de dinheiro, reduzindo as penas impostas aos demais acusados, que começaram a cumpri-la a partir de então.

Este julgamento despertou uma enorme curiosidade do público, talvez nem tanto pelo cunho político das decisões, mas sim pela imensa cobertura jamais presenciada no País: matérias e reportagens diariamente veiculada em jornais, revistas, rádios e emissoras de televisão, fizeram com que a exposição da Suprema Corte atingisse o percentual de 116%, comparado com o ano anterior (2011), passando a ser conhecido como “ano pop” do Supremo (NOVELINO, 2014, p. 251).

Entretanto, acredita-se que a paixão do público pelo caso se deu em razão de este envolver diretamente membros aliados ao partido até então detentor do poder, no caso o Partido dos Trabalhadores, provocando, de imediato, um imenso interesse social, mesmo se tratando de um complexo embate jurídico.

Segundo Leite (2013, p. 9), o julgamento foi recorde, com apenas quatro meses de duração. As sessões de julgamento foram transmitidas por três vezes durante a semana, ao vivo e na íntegra via TV Justiça, bem como pela Globo News: “à noite, uma seleção de declarações e comentários fortes ilustrava os telejornais. No dia seguinte, o assunto estava na primeira página dos jornais e, no fim de semana, nas capas das revistas semanais”.

Diante de tão exposição por parte dos veículos de comunicação, os Ministros do Supremo, até então desconhecidos, passaram a ser personagens principais da política, onde pesquisas de opinião pública demonstraram que 10% da população gostaria de ter o Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, como Presidente da República (RODRIGUES, 2012), o que não é comum para um órgão do Poder Judiciário, com seus membros não eleitos democraticamente.

Joaquim Barbosa, tornou-se personagem conhecidíssimo pelas ruas. Máscaras com o seu rosto passaram a figurar as ruas do Carnaval de 2013, sendo atribuído como o herói da nação (LEITE, 2013, p. 9).

Em que pese a TV Justiça ser o grande protagonista pela demanda de informações, a conexão entre a opinião pública e o Supremo

Tribunal Federal ganhou novos rumos com o julgamento do mensalão: “as pessoas viam os Ministros votando, discutindo e decidindo, mas não necessariamente compreendiam o que estavam vendo ou o que estava em jogo. Havia acesso à informação, mas faltava tradução” (FALCÃO, ARGUELHES, RECONDO, 2017, p. 18).

Alguns juristas, especialistas em Supremo Tribunal Federal, constataram que a forte pressão exercida não só pela mídia, mas também pela opinião pública, teria influenciado todo o julgamento do processo, já que os veículos de comunicação, à época dos fatos, exerceram a todo custo coação para que a Corte proferisse a condenação dos acusados.

Para os advogados de defesa dos réus, bem como para alguns operadores do direito e até mesmo para os membros da Suprema Corte, o Tribunal inaugurou uma diferente dinâmica de julgamentos, modificando a interpretação das leis que tratam sobre os crimes de formação de quadrilha, corrupção e lavagem de dinheiro. Para eles, a Corte sopesou demasiadamente as penas, com o único intuito de impedir que estas prescrevessem (MAINENTI, 2014, p. 57).

O julgamento do mensalão foi, desde o início, acompanhado com bastante polêmica, não só pela quantidade de envolvidos nos crimes – políticos e a maioria da bancada do governo atuante -, mas pelas decisões do Ministro Joaquim Barbosa, considerada pouco usuais pela Corte e pela jurisprudência. Apesar disso, e das divergências com o colegiado, o referido Ministro recebeu apoio dos demais membros da Corte, bem como pelos principais veículos de comunicação social, dentre eles, o Globo (MAINENTI, 2014, p. 62).

Com isso, a Suprema Corte, mais especificamente o Ministro Joaquim Barbosa, foram bravamente exaltados pela imprensa e pelo público, em razão da posição firme e irredutível que o Ministro adotara para o caso (MAINENTI, 2014, p. 70).

Para Breno Altman (2012), algumas jurisprudências foram alteradas, com o objetivo de atribuir novas interpretações que recaiam sobre o caso: “Magistrados que absolveram o ex-Presidente Fernando Collor da denúncia de corrupção passiva, inexistindo ato de ofício, agora apregoam que essa já não é a exigência seminal”. Para o referido autor, algumas provas chegaram ao ponto de serem flexibilizadas, a fim de que a materialidade do crime restasse consubstanciada, considerando um julgamento de exceção.

Na percepção de Mendonça e Barroso (2013), é inegável que o Supremo, neste julgamento, tenha exercido o seu papel representativo, atendendo as demandas sociais pela condenação das práticas criminosas em questão. Ocorre que, para a surpresa da comunidade jurídica, o Supremo foi além, superando até mesmo precedentes consolidados, em se tratando de matéria penal: “a superação de linhas jurisprudenciais anteriores, a dureza das penas e o tom por vezes panfletário de alguns votos surpreenderam boa parte da comunidade jurídica”. Para eles, ficou perceptível que a Corte Suprema objetivava condenar toda uma forma de se fazer política, transcendendo a discussão puramente penal, verbalizando e concretizando um desejo social de todos ao penalizar àqueles que desrespeitam o sistema político e econômico.

Diversos episódios ocorridos durante o julgamento da ação penal constatou a interferência dos veículos de comunicação no desfecho do caso. O Ministro Joaquim Barbosa, defendendo o ímpeto punitivo da maioria da população, sustentou que deveria ser dado, de imediato, uma resposta à sociedade, que objetivava um julgamento mais célere: “Eu acredito que a nação não aguenta mais este julgamento. Está na hora de acabar, está na hora. Como diriam os ingleses, *let’s move on* (vamos em frente)” (GALLUCCI, 2012).

O desabafo do Ministro acima ocorreu no instante em que o Ministro Ricardo Lewandowski, revisor da ação, lia, de forma detalhada, uma proposta a fim de modificar as penas de multas a serem pagas pelos condenados. Após o protesto de Joaquim Barbosa, o revisor da ação passou a apresentar a proposta de forma resumida (GALLUCCI, 2012).

Outro momento, oportuno a ser mencionado, em que há uma nítida influência dos veículos de comunicação social, ocorreu quando o Ministro Ricardo Lewandowski liberou o processo para julgamento. Por ser o revisor da ação, era necessário que os autos fossem apreciados previamente por ele, verificando se todas as formalidades legais foram cumpridas, antes do fato ser submetido à julgamento.

O julgamento já estava marcado para a data de 02 de agosto de 2012, mas precisava, primeiramente, da admissibilidade do revisor do caso. Na ocasião, o Ministro se mostrou bastante irritado com a pressão exercida pelo então Presidente do Tribunal – Ministro Carlos Ayres Britto – que o alertara por escrito para o risco de atrasos, caso não devolvesse os autos de imediato, tendo com isso desabafado: “é o voto-revisor mais curto da história do Supremo Tribunal Federal. A média para um réu é de

seis meses. Eu fiz tripas coração para respeitar o que foi estabelecido pela Suprema Corte” (SELIGMAN, 2012).

Outro ponto que deixou o Ministro Ricardo Lewandowski bastante irritado com a intensa atuação da mídia, foi quando mencionou ao Jornal Folha de São Paulo que tomou conhecimento do ofício emitido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, para que apreciasse de imediato os pressupostos de admissibilidade da ação, através da imprensa (SELIGMAN, 2012).

Joaquim Falcão relata um episódio ocorrido entre o ex-Presidente Lula e o Ministro Gilmar Mendes que, às vésperas do julgamento do mensalão, se encontraram a portas fechadas para, segundo o Ministro, conversarem acerca do caso. Segundo reportagem da revista Veja, Gilmar Mendes afirmou ter sofrido pressão de Lula em relação ao processo do mensalão. Para ele, o Ministro do Supremo deve ter uma postura transparente, no sentido de ter suas atividades publicadas de antemão, mas sem estar na mídia ou se relacionar social e politicamente (FALCÃO, 2015, p. 138-139).

Após finalizado o julgamento, com a condenação de alguns réus, o processo veio, novamente, a tomar calorosos embates midiáticos, quando alguns condenados ajuizaram embargos infringentes contra a decisão condenatória. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello ficou responsável em prolatar o voto de minerva quanto ao cabimento dos embargos.

O Ministro Celso de Mello, responsável pelo voto de desempate que admitiu os embargos infringentes, relata que nunca presenciou, em quarenta e cinco anos de profissão, tamanha pressão midiática a fim de que recusasse os recursos interpostos pelos réus do mensalão: “nunca presenciei um comportamento tão ostensivo dos meios de comunicação social buscando, na verdade, pressionar e virtualmente subjugar a consciência de um juiz” (BERGAMO, 2013).

Ainda, alertou ser “muito perigoso” esta subjugação midiática, interferindo na consciência crítica dos magistrados, sob pena de gerar uma “frustração das liberdades fundamentais previstas na Constituição”. Portanto, se o magistrado não puder ser livre, de igual forma o cidadão também não será (BERGAMO, 2013).

As exposições midiáticas, bem como a pressão exercida pelos meios de comunicação, foram brutais, a ponto de serem admitidos publicamente pelo referido Ministro:

Há alguns que ainda insistem em dizer que não fui exposto a uma brutal pressão midiática. Basta ler, no entanto, os artigos

e editoriais publicados em diversos meios de comunicação social (os *'mass media'*) para se concluir diversamente! É de registrar-se que essa pressão, além de inadequada e insólita, resultou absolutamente inútil (BERGAMO, 2013).

Para ele, que é favor da liberdade de expressão, a crítica é sempre legítima. Entretanto, não faz sentido que essas críticas sejam tamanhas a ponto de pressionar os magistrados a tomarem suas decisões, subjugando a atuação dos juízes (BERGAMO, 2013).

De fato, o Poder Judiciário, e principalmente os membros do Supremo Tribunal Federal, são influenciados pela opressão da mídia e pela opinião pública, sendo maior quando se trata de um crime com expressiva comoção social, deixando a autonomia dos juizes bastante prejudicada, bem como gerando reações em sentidos opostos dentro da Corte.

3.4 Presunção de inocência (HC 126.292/SP)

Diferentemente do ocorrido no julgamento do mensalão, onde o Supremo atendeu às pressões midiáticas, nesta decisão ficou notória a atuação dos ministros da Suprema Corte permeável à opinião pública, deixando de observar o seu papel contramajoritário.

Diversos trechos deste julgado mostram a tendência do Supremo Tribunal Federal em ouvir os anseios populares, já que a argumentação não foi realizada tão somente com base no Direito, mas acrescida da percepção popular, dos valores sociais inseridos na democracia. Dessa forma, a Corte foi atinente aos sentimentos de justiça cobrados pela sociedade.

Na sessão de julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal atribuiu nova interpretação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a qual preleciona que “ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ponderando o dispositivo constitucional acima, este trata o que a doutrina passou a convencionar de “princípio da presunção de inocência”. Cumpre ressaltar que essa norma-princípio constitucional se encontra no catálogo de direitos e garantias fundamentais, de sorte que, sob a égide do que aduz o art. 60, §4º, IV, da Constituição⁹, representa inquestionável cláusula pétrea.

⁹ Art. 60, §4º, IV, Constituição Federal: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

A cláusula pétrea é aquela que nunca poderá ser objetivo de modificação, nem por Emenda à Constituição, a não ser por uma nova ordem constitucional, ou seja, através de um novo Poder Constituinte Originário.

O princípio da presunção de inocência considera que, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, não cabendo mais Recursos, o réu será considerado inocente, não podendo cumprir de imediato a reprimenda. O dispositivo é bastante claro, de forma a proibir que a pessoa venha a ser considerada culpada, antes do trânsito em julgado da decisão.

Neste sentido, Karam (2009, p. 150) considera que a Constituição Federal é inequívoca neste ponto, determinando que apenas o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderá usurpar o estado inicial de inocência do acusado.

Para esclarecer melhor o assunto, a expressão “trânsito em julgado” nada mais é do que um fenômeno processual, o qual gera a perda do direito de impugnar uma decisão judicial, seja por uma perda de prazo, ou seja por ter esgotado todas as vias Recursais (DIDIER, 2014, p. 354). Portanto, uma decisão que transita em julgado é irrecorrível.

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende de maneira diversa. Antes mesmo da decisão que mudou o entendimento do referido dispositivo constitucional, já havia editado Súmula de nº 279¹⁰ no sentido contrário, não admitindo mais a rediscussão de provas (fatos) em segunda instância, no qual só poderá versar questões de direito. Portanto, para ver apreciado o seu recurso, a parte deverá trazer apenas questões de direito, sob pena de ter de plano o mérito não apreciado. Com isso, pode-se notar que o princípio da presunção de inocência já é inicialmente esvaziado, considerando a pessoa culpada pelo ilícito penal sem que sua inocência venha a ser apreciada pelo Órgão máximo, haja vista que as provas (os fatos) não poderão mais ser questionados.

Sabe-se que, de acordo com o princípio da identidade do juiz, é o magistrado *a quo* que terá mais condições de avaliar a inocência do acusado, já que está mais próximo do processo, das partes e das provas. Doravante, não oportunizar ao réu o direito de ter suas provas rediscutidas pelo Tribunal Superior é uma forte afronta à Constituição, principalmente se tratando de um processo penal extremamente inquisitivo.

Voltando à discussão do *Habeas Corpus* 126.192/SP, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar a pessoa culpada em segunda instância, ou seja, após o Recurso de Apelação Criminal, ainda que a decisão venha

¹⁰ Súmula 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

ser passível de Recurso Especial ou Extraordinário, atropelando, portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição. Então, o réu poderá cumprir de imediato a pena que lhe é imposta, chamando este ato de “execução provisória da pena”.

Os argumentos utilizados pela maioria dos Ministros foi o invocamento da Súmula 279, já citada nos parágrafos anteriores, no sentido de, se não cabe mais rediscussão de provas, nada mais impede que o acusado venha a cumprir de imediato a sua pena, ainda que provisoriamente.

Não obstante, o Ministro Teori Zavascki (2016, p. 4-19), relator da ação, no seu voto, chegou a mencionar o apelo social da questão, dizendo que a função jurisdicional penal deve atender não só os valores caros dos acusados, mas também da sociedade, tendo em vista que os instrumentos de garantia da presunção de não culpabilidade do réu, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

O Ministro Luis Roberto Barroso (2016, p. 27-54), ainda que tenha trazido à discussão a mutação constitucional, a fim de ratificar o seu entendimento, entendemos que o mesmo não cabe para as normas que são cláusulas pétreas. A mutação constitucional permite uma transformação do dispositivo constitucional a fim de que se alcance as demais normas da Constituição. Seria uma mudança de interpretação a fim de atender os anseios sociais – segundo ele –, sem mudar, contudo, a gênese do dispositivo.

Ocorre que, todo dispositivo constitucional, possui um núcleo substancial, que não é passível de modificação. No caso, se o dispositivo proíbe determinada conduta, esta proibição será o seu núcleo essencial, não sendo passível de transformação.

Entretanto, atropelando o núcleo substancial do dispositivo da presunção de inocência, o Ministro Luis Roberto Barroso considerou que o referido artigo é passível de mutação constitucional, onde aquilo que era proibido – a condenação antes do trânsito em julgado – agora poderá ser permitido, uma consequência ilógica apregoada pela Constituição.

Mais um apontamento a ser observado quanto ao voto do Ministro Luis Roberto Barroso (2016, p. 27-54) para mudar o entendimento do artigo da presunção de inocência, refere-se à seletividade do sistema penal. Para ele, a variedade de Recursos existente traz uma visível seleção entre ricos e pobres, já que estes últimos não têm condições de contratar advogados a fim de impetrar recursos protelatórios – mérito dos ricos –, aumentando assim “o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”.

Portanto, é visível a posição do Ministro em atender o clamor público – o que ele chama de “legítimas demandas da sociedade” – que, há muito, reclama de um sistema penal pouco eficaz e que produz uma “deletéria sensação de impunidade”. Para o Ministro, “um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade”. Ainda, menciona que “retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria inerente contraste com a preservação da ordem pública (...) estando em jogo a credibilidade do Judiciário, inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito (...) tanto o condenado quanto à sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal” (2016, p. 27-54).

Já o Ministro Luiz Fux (2016, p. 58-60) aduz que a jurisdição é uma função popular, devendo atender as expectativas da sociedade. Para ele, se uma sociedade não mais aceita a presunção de inocência de uma pessoa, é preciso então que seja procedida uma nova interpretação constitucional a fim de que esta encontre ressonância no meio social. Com isso, a Suprema Corte deve abandonar os precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social.

Esta atitude é um tanto quanto perigosa, sobretudo em nome da segurança jurídica das decisões, pois num ambiente de imprevisibilidade normativa, o caminho é o caos social, não havendo mais confiança nos atos emanados pelos Poderes públicos.

A Ministra Carmem Lúcia (2016, p. 61-62), coadunando com os Ministros já citados, também considera que a mudança de interpretação do dispositivo é importante, a fim de atender o clamor da sociedade, não apenas à comunidade jurídica.

Diante destas passagens, não faltaram duras críticas, pela comunidade jurídica, a despeito da atuação da Suprema Corte no referido caso.

Para Santos e Graziano (2016), o Supremo confirmou a tendência de ser a câmara de gás da sociedade brasileira, já que foi uma deliberação fundada no clamor punitivo da opinião pública. Para os autores, o julgamento foi essencialmente político, haja vista que a Corte decidiu inovar a Constituição e abraçar o princípio da presunção de culpa pela vontade popular de maiores penas e mais encarceramentos: “a decisão foi claramente para agradar a maioria, foi para fazer a média com eleitores (não se sabe quem), foi para acalmar a turba, não importando a que título esta “maioria popular” foi formada”.

Em um processo penal, pautado por uma Constituição democrática, deve-se preservar todos os direitos fundamentais, não permitindo que

os interesses políticos, muitos advindo de paixões momentâneas, sejam institucionalizados, justificando o funcionamento da justiça (SILVA; GRAZIANO, 2016).

De igual forma, Francisco Neto (2016) argumenta que esta mudança de entendimento foi eminentemente política, influenciada pelo clamor público, a fim de corresponder às expectativas da sociedade, principalmente em razão das operações da investigação da “Lava Jato”, em que toda a sociedade clama por justiça e caça aos corruptos.

Juristas contrários a decisão atestaram que a atitude do Supremo em mudar o entendimento, a fim de atender os anseios da sociedade, é muito grave. Para eles, se for para ser assim, não há a necessidade de se ter um Direito, bastando ouvir as vozes das ruas e prestar o veredicto: “o mais sintomático, nessa época em que as garantias individuais estão sendo lavadas a jato pela espetacularização do processo penal, é ouvir de um ministro que a mudança na jurisprudência é para ouvir a sociedade” (NASSIF, 2016).

Para a Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, o novo entendimento da Corte é um retrocesso, onde a demanda da sociedade por justiça jamais será alcançada atropelando direitos e garantias fundamentais (NASSIF, 2016).

Fernando Leal afirma que o Supremo, ao proferir este julgado, foi vítima de si mesmo, principalmente diante da notícia de que o Ministro Gilmar Mendes pretende reabrir a discussão. Para ele, a Corte irá criar uma série instabilidade na jurisprudência: “Na prática decisória do Supremo, (...) Ministros individualmente rechaçam facilmente precedentes com a simples alegação de que, embora respeitem a decisão do plenário que integram, discordam do resultado” (LEAL, 2017).

É certo que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi submissa à opinião pública e ao “falso combate à impunidade”, pervertendo a função primordial da Corte que é a de guardião da Constituição e de proteção do direito de minorias (papel contramajoritário). Neste sentido, o julgamento foi marcado pelo “populismo penal”, vencendo o pragmatismo inspirado pelos espetáculos hoje em cartaz, como é o caso da Operação Lava Jato (MARTINES, 2016).

CONCLUSÃO

A Constituição Federal, em regra, não é imutável, podendo sofrer certas modificações, desde que observadas as regras e limitações

impostas ao processo de Emendas à Constituição presentes no seu artigo 60. Entretanto, isto não significa dizer que a Carta Magna está imune às interferências extrajurídicas, da realidade subjacente e do contexto social ao qual está inserida.

Por este motivo, o texto constitucional, ao longo dos tempos, vem sofrendo mudanças significativas, não só em virtude da atuação Legislativa, considerada a via ideal de modificação do texto, mas também pela via jurisdicional. Esse processo de modificação do texto constitucional, realizado pela via jurisdicional, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, é intensificado, precipuamente, pela falta de representatividade dos poderes públicos, fazendo com que o cidadão opte pelo Judiciário a fim de ter o seu direito resguardado.

Não obstante, tem-se notado, paralelo a este fenômeno, uma atuação do Supremo Tribunal Federal fora da curva, invadindo as esferas públicas, com o nítido intuito de fazer política. O presente artigo constatou uma conexão entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública cada vez mais presente, sendo uma tendência em larga expansão. Nos julgamentos da Ação Penal 470/DF – julgamento do Mensalão – e do *Habeas Corpus* 126.192/SP – Presunção de Inocência – ficou demonstrado que o Supremo atuou sob influência da opinião pública, deixando de observar o seu papel contramajoritário. Em contraponto às decisões, o trabalho analisou o julgamento da lei da ficha limpa (RE 633.703), no qual a Corte Suprema, mesmo sendo fortemente atacada pelos meios de comunicação e pela comoção social, não atendeu aos seus anseios, exercendo o seu papel de ser contra a vontade das maiorias e da opinião pública.

Destarte, ainda são duvidosos os desdobramentos e a institucionalização deste fenômeno, tendo em vista que, no atual processo democrático, a legitimidade do Supremo tem encontrado esteio também na sociedade. Portanto, deixar de considerar a opinião pública é também arriscado, tendo em vista que a mídia, a opinião pública e os eleitores têm o condão de retirar a legitimidade de um magistrado facilmente (FALCÃO, 2015, p. 147). No entanto, é necessário que os Ministros superem a aversão de serem constantemente criticados, afinal, este é um dado natural do debate público, vigilante e crítico.

O Supremo deve resistir à pressão, seja de governo, de opinião pública, de mídia, ou Congresso Nacional. Contudo, as relações entre mídia, opinião pública e Supremo estão a cada dia mais intensas e decisivas, ainda que não se verifique um padrão de linearidade.

O grande impasse não é acerca da possibilidade de os Ministros do Supremo falarem ou não fora das sessões de julgamento, ou até mesmo de não expressar suas opiniões. A questão é existir transparência em todos os seus atos – antes, durante e depois dos julgamentos – não divulgando os seus votos previamente com o intuito de fazer política. Por este motivo, Joaquim Falcão (2015, p. 139) defende que toda a agenda do Supremo, seus encontros e suas atividades, devem ser divulgados de antemão.

A opinião pública e a mídia podem orientar a formação da convicção dos juízes, mas suas decisões devem estar pautadas na lei, principalmente nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Portanto, o Supremo deve considerar a opinião pública, sem, contudo, decidir essencialmente com base nela.

Para Falcão, Arguilhes e Recondo (2017, p. 48), o ordenamento jurídico não autoriza a participação da população no processo de tomada de decisão. Por este motivo, a interferência da opinião pública não se justificaria. Entretanto, o legislador criou um mecanismo seletivo, em caso de necessidade, a fim de que certos atores trouxessem à discussão esclarecimentos de matéria ou circunstância de direito, e nunca de fato, como é o caso da figura do *amicus curiae*.

Não obstante, é preciso que o Supremo seja, até certo ponto, indiferente ao clamor da opinião pública, a fim de que suas decisões ocorram de maneira imparcial. Portanto, todo julgador tem que seguir os ritos processuais para que o Direito não sirva de instrumento de opressão contra as minorias. Ocorre que, por ser o Judiciário um órgão que profere decisões, assim como qualquer outro poder político, não está isento aos interesses em jogo.

Há a crença de que esta influência da opinião pública, e especialmente da mídia, é perigosa, pois, como bem ponderado por Garapon (2001, p. 82), além de fazer com que o Judiciário aja de qualquer forma, essas informações antecipadas pelos veículos de comunicação atrapalham o exercício da justiça, pois as notícias prematuras podem influenciar o comportamento dos juízes. Não obstante, a imprensa brasileira, por pertencer a políticos ou estar associada a grupos econômicos, não atua com a independência e parcimônia devida, acarretando uma precária diversidade de informações e opiniões (VERBICARO et al., 2018, p. 203).

Percebe-se, com o presente estudo, que a doutrina vem admitindo um alinhamento entre a opinião pública e os atos da Suprema Corte, sendo vista como uma condição facilitadora ao desenvolvimento jurisprudencial, uma vez que, a exemplo da Corte norte-americana, as mudanças da

jurisprudência em casos de segregação racial, liberdade contratual e direitos das mulheres, se deu em razão das mudanças sociais/opinião pública.

Importante destacar que a atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal tem sido, cada vez mais, acompanhada e discutida em razão da ampla divulgação do sistema de comunicação composto pela TV Justiça, Rádio Justiça, Site do Supremo Tribunal Federal, *Instagram*, *Twitter*, *YouTube* e redes sociais em geral. A visibilidade pública e a pressão dos veículos midiáticos impõem a necessidade de uma reflexão cautelosa sobre o processo de decidibilidade da Suprema Corte.

Diante do exposto, o Supremo Tribunal Federal poderá ouvir os clamores sociais, até porque não é um órgão alheio ao mundo e à realidade que lhe circunda, entretanto, não pode ser refém da opinião pública, pois cabe ao Judiciário uma atuação imparcial, cumprindo com a sua função, independente se sua atuação desagradar outrem, pois não compete ao Supremo Tribunal Federal atuar como legislador derivado, de maiorias.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

ALTMAN, Breno. De qual lado ficará o STF? **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/67979-de-qual-lado-ficara-o-stf.shtml>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

ALVES, Fernando de Brito Alves. **Constituição e participação popular: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. RFD - Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 17 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis Das Cortes Constitucionais Nas Democracias Contemporâneas**. 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed, 1993.

BBC BRASIL.COM. **Desde impeachment, popularidade de Moro dispara e rejeição a políticos sobe, diz pesquisa**. Periódico. 2017. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/desde-impeachment-popularidade-de-moro-dispara-e-rejeicao-a-politicos-sobe-diz-pesquisa,b409a9df827babf43ae016b1b8eba0d6n9e1ss7t.html>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

BERGAMO, Mônica. Nunca a mídia foi tão ostensiva para subjugar um juiz, diz ministro Celso de Mello. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/09/1347507-nunca-a-midia-foi-tao-ontensiva-para-subjugar-um-juiz-diz-ministro-celso-de-mello.shtml>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous Branch: The Supreme Court ate the bar* os policis. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLUMER, Herbert. **A massa, o público e a opinião pública**. In: COHN, Gabriel. *Comunicação e indústria cultural*. São Paulo: Companhia Editora Nacional e Editora da USP, 1971, p. 177-186.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas-corpus* n. 126. 292. Relator: ZAVASCKI, Teori.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir; COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Ficha limpa – a vitória da sociedade: comentários à Lei Complementar 135/2010**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010.

CHAMPAGNE, Patrick. **Formar a opinião: o novo jogo político**. Petrópolis: Vozes, 1998.

ÉBOLI, Evandro. Barroso diz que julgamento do mensalão foi “ponto fora da curva”. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 jun. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/barrosodiz-que-julgamento-do-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-8596481>>. Acesso em: 08 out. 2017.

EL PAÍS. **Quebra de sigilo de Sérgio Moro é questionada por juristas: entenda**. Periódico. 2016. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458183598_880206.html. Acesso em: 26 fev. 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional: O caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Método, 2008.

FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Sílvia. **O que é opinião pública**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

FILGUEIRAS, Fernando. **O Judiciário, o CNJ e a opinião pública**. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj-e-a-opiniao-publica>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

GALLUCCI, Mariângela. A nação não aguenta mais este julgamento, diz Joaquim Barbosa. **Estadão**, São Paulo, 06 dez. 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-nacao-nao-aguenta-mais-este-julgamento-diz-joaquim-barbosa,970210>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. **A nova face da jurisdição constitucional brasileira**. *As novas faces do Ativismo Judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (coord). Salvador: Juspodivm, 2013.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

LOPES, Ana Paula de Almeida. **A Judicialização do processo político e a politização do poder judiciário: uma análise da intervenção do Supremo Tribunal Federal no processo político partidário**. [dissertação de mestrado]. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2435>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

MAINENTI, Geraldo Márcio Peres. **A imprensa e o judiciário: um estudo de caso sobre o julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal**. [dissertação de mestrado]. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2014. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=27032@1>. Acesso em: 12 mai. 2017.

MALHEIROS, Arnaldo. **Inelegibilidades nas eleições de 2010: Lei Complementar 135/2010**. São Paulo: Revista do Advogado, v. 30, n. 109, p. 20-24, ago., 2010.

MARTINES, Fernando. **Moro aplaude e Lenio lamenta: veja repercussão sobre decisão do Supremo**. 06 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/moro-aplaude-lenio-lamenta-veja-repercussao-decisao-stf>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

MARTOS, José A. Montilla. **Minoria Política & Tribunal Constitucional**. Madrid: Trotta, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. *As novas faces do Ativismo Judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (coord). Salvador: Juspodivm, 2013.

MENDONÇA, Eduardo. BARROSO, Luis Roberto. **STF entre seus papéis contramajoritário e representativo**. Periódico. Revista Consultor Jurídico, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. **The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions**. *The American Political Science Review*, v. 87, n. 1, p. 87-101. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2938958>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

NASSIF, Luis. **Advogados dizem que decisão do STF viola presunção da inocência**. 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/advogados-dizem-que-decisao-do-stf-viola-presuncao-da-inocencia>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública**. Portugal: Revista do Ministério Público 146, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF**. *Jurisdição constitucional e política*. Daniel Sarmento (coord.). São Paulo: Forense, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **O STF e a Opinião Pública**. Revista do Ministério Público [do estado do Rio de Janeiro], Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.54, p. 155-180, out./dez. 2014.

NORPOTH, Helmut; SEGAL, Jeffrey A. **Popular influence on Supreme Court Decisions**. *The American Political Science Review*, Vol.88, n.3, p.711-716. 1994. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2944805?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 27 out. 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo na mídia. **Jota**, São Paulo, 27 maio 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinioao-e-analise/colunas/judiciario-esociedade/judiciario-e-sociedade-o-supremo-na-midia-27052016>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

OLIVEIRA, Mariana. Após um ano e meio e 69 sessões, STF conclui julgamento do mensalão. **G1**, Brasília, 15 mar. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2014/03/apos-um-ano-e-meio-e-69-sessoes-stf-conclui-julgamento-do-mensalao.html>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldade de decidir sob aplausos e vaias**. 2012. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia>>. Acesso em: 11 out. 2016.

RAMALHO, Renan; D'AGOSTINO, Rosanne. Sessão do STF é suspensa após ataques entre ministros Barroso e Gilmar Mendes. **G1**, São Paulo, 21 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/sessao-do-stf-e-suspensa-apos-ataques-entre-ministrosbarroso-e-gilmar-mendes.ghtml>>. Acesso em: 14 fev 2018.

RAMOS, Graça; RIBEIRO, Silvana. **Judiciário e imprensa**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009 (Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009: módulo 6). <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_OFICINA%20DA%20PALAVRA.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2017.

RODRIGUES, Fernando. Com Lula ou Dilma, PT hoje venceria no primeiro turno. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 dez. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/12/1202041-com-lula-ou-dilma-pt-hoje-venceria-no-primeiro-turno.shtml>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

SANTOS, Carlos Victor. **STF e Mutação Constitucional: A ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Ludmilla. Leia o voto de Gilmar Mendes sobre Ficha Limpa. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-04/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-ficha-limpa-roriz>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

SANTOS, Rogério Dutra dos; GRAZIANO, Sérgio. O STF confirma tendência de ser a “câmara de gás” no Direito Penal Brasileiro. **Empório do Direito**, 20 fev. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-stf-confirma-tendencia-de-ser-a-camara-de-gas-no-direito-penal-brasileiro-por-rogerio-dutra-dos-santos-e-sergio-graziano/>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Constitucionalismo: trajetória história e dilemas contemporâneos**. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Mendes*. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Salvador: Juspodivm, 2012.

SCHIMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SELIGMAN, Felipe. Sob pressão, ministro libera mensalão para julgamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 jun. 2012. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/51228-sob-pressao-ministro-libera-mensalao-para-julgamento.shtml>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

SELIGMAN, Felipe. Lewandowski responde cobrança e sinaliza que julgamento do mensalão pode atrasar. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 2012. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/06/1110473-lewandowski-responde-cobranca-e-sinaliza-que-julgamento-do-mensalao-pode-atrasar.shtml>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

SILVEIRA, Daniel Barile. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A, 2014.

TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. **Protagonismo do STF, a mídia e o cotidiano da população brasileira**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-21/diario-classe-protagonismo-stf-midia-cotidiano-populacao-brasileira>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado; MACHADO, Ana Victória Delmiro. **A Sociedade Juridificada e o Desmoronamento Simbólico do Homem Democrático: Relações entre Judiciário, Mídia e Opinião Pública**. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 53, n. 4, p. 190 - 212, out. 2018. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3215>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discrecionalidade Judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

VERBICARO, Loiane; VAZ, Celso. **O perigo da excessiva Judicialização da política: o debate entre substancialista e procedimentalistas**. **Revista Política Hoje**. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, v.23, 1. ed., p. 223-244, jan/dez. 2014.

VERBICARO, Loiane Prado. **A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro**. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 101, Out. 2011/Jan. 2012, p. 445-488, 2012. Disponível em: < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/131>>. Acesso em: 28 out. 2018.

VERBICARO, Loiane Prado. **O Poder Judiciário como órgão contramajoritário e o devido processo legal substantivo.** *O Devido Processo Legal.* Jean Carlos Dias e Paulo Klautau Filho (coord). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém, PA: CESUPA, 2010.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE TRAZIDA PELA LEI 13.467/2017

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE FIGURE OF THE HIPERSUFFICIENT EMPLOYEE BROUGHT BY LAW 13.467/2017

Dirlene Mendes Guimarães *

Jorge Luís Mialhe **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A figura do empregado hipossuficiente. 1.1 Dos princípios de proteção. 2 Da figura do empregado hipersuficiente trazida pela Lei 13.467/2017. 2.1 Artigos 611-a e 507-a da CLT e a autonomia do empregado hipersuficiente. 3 Da inconstitucionalidade da figura do empregado hipersuficiente trazida pela lei 13.467/2017. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho bibliográfico e documental, com utilização do método dedutivo-normativo, tem como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da nova figura do empregado hipersuficiente, trazida pela Lei 13.467/2017, alterando o artigo 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe que caberá ao empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, a livre estipulação dos direitos previstos no art. 611-A, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos. Ao analisar-se a Constituição Federal de 1988, pode-se verificar que esse artigo viola o princípio da isonomia previsto em seus arts. 5º e 7º, XXXII, assim como a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, pois importa discriminação em matéria de emprego e ocupação. Justifica-se a pesquisa porque a citada alteração coloca o empregado, em nível de igualdade ao empregador para pactuarem nos contratos trabalhistas, dando a mesma validade dos diplomas coletivos, assim como a própria lei. Conclui-se que o instituto trabalhista traz como uma das características principais a subordinação entre ambas as figuras, prevista no art. 3º da CLT, o que naturalmente impede que estejam em nível de igualdade, conforme dispõe a alteração trazida pela Lei 13.467/17.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Lei 13.467/17. Empregado hipersuficiente. Arbitragem.

ABSTRACT: *This bibliographic and documentary article uses deductive-normative method, and aims to demonstrate the unconstitutionality of the new figure of an hypersufficient employee brought by Law 13,467/2017, which amends the article 444, on its single subsection, of the Brazilian Employment & Labour Law "Consolidation of Labor Laws", and determines that the employee who holds a college degree and receives a monthly salary equal or greater than twice the top cap of the benefits provided by Social Security System General Social Security System, will be responsible for free stipulation of rights provided on article 611-A, with same legal effectiveness and preponderance*

*Mestranda em Direito na Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Bacharel em direito pela UNIMEP, pós-graduada pela UNIVEM.

** Pós-doutorado pelas universidades de Paris III (Sorbonne-Nouvelle) e de Limoges (CRIDEAU). Doutor, mestre e bacharel pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da UNESP, UNIMEP e UNISAL.

Artigo recebido em 28/01/2019 e aceito em 19/03/2019.

Comocitar: GUIMARÃES, Dirlene Mendes. MIALHE, Jorge Luís. A inconstitucionalidade da figura do empregado hipersuficiente trazida pela Lei 13.467/2017. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.169, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

over union agreements. Analyzing the Brazilian Constitution Federal Constitution of 1988, it can be verified that this article violates the isonomy principle in its articles 5 and 7, section XXXII, as well as Convention No. 111 of the International Labour Organization (ILO), since it's also related to employment discrimination. This research is justified because the aforementioned amendment places the employee on an equal footing with employer to negotiate employment contracts, with the same enforceability as collective agreements, as well as the law itself. It is concluded that this labor concept brings as one of the main characteristics a subordination between both parties, foreseen in article 3 of the Local Employment & Labour Law "Consolidation of Labor Laws", which naturally prevents them from being on an equal footing, as determined by the amendment brought by Law 13,467/17.

Keywords: Labor Law. Unconstitutionality. Law 13,467/17. Hypersufficient employee. Arbitration.

INTRODUÇÃO

A figura do empregado passou por muitas evoluções, assim como o Direito Trabalhista que foi criado com o objetivo de proteção ao trabalhador. Em consequência de longos períodos de sofrimentos suportados ao longo da história, assim como diversas manifestações e lutas por melhores condições de trabalho¹, foram aprovados direitos voltados à proteção do trabalhador.

No Brasil o empregado começou a obter seus direitos reconhecidos constitucionalmente a partir da Constituição de 1934, que consagrou o direito de greve e de associação sindical, posteriormente obteve o status de direito fundamental social dado pela Constituição da República Federativa de 1988, no entanto quem reconheceu a figura do empregado hipossuficiente foi a Consolidação das Leis do Trabalho no ano de 1944, que dispõe em diversos artigos o princípio da proteção que fundamenta a vulnerabilidade do empregado.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 3º conceituou a figura do empregado como sendo, “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Nota-se que dentre os requisitos da relação de emprego está a subordinação, um dos critérios mais importantes para a caracterização do empregado hipossuficiente ou hipersuficiente, uma vez que o ordenamento brasileiro adota a subordinação jurídica, eliminando as demais subordinações econômica, técnica e social.

A figura do empregado sempre foi vinculada a hipossuficiência, não existindo na relação trabalhista a discricionariedade de pactuar o contrato de trabalho entre as partes, restando ao empregado apenas

¹ Para uma melhor compreensão acerca da história da luta pelos direitos dos trabalhadores, consultar Thompson (2002).

a obrigação de cumprimento das cláusulas estabelecidas no contrato, cabendo ao Estado criar normas imperativas protetivas para amenizar a desigualdade existente na relação de emprego, sendo este eivado de grande poder privado.

O empregador concentra em suas mãos todos os poderes da relação empregatícia em razão do poder diretivo, disciplinar, fiscalizatório e regulamentar, podendo dispensar o empregado sem qualquer justificativa, assim como aplicar as penalidades de advertência e suspensão.

Com o advento da nova Lei 13.467/17, que modificou muitos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e introduziu a possibilidade de ser usado da flexibilização das normas para criar uma nova figura no ordenamento brasileiro, ou seja, a figura do empregado hipersuficiente, trazido pelo artigo 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo que caberá ao empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, a livre estipulação dos direitos previstos no art. 611-A, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, assim como inclui o art. 507-A, permitindo o uso da arbitragem nos direitos individuais trabalhistas.

A alteração trazida pela Lei supracitada, de plano, apresenta em seu dispositivo, grandes problemas, sendo um deles a sua inconstitucionalidade, uma vez que fere a Constituição Federal vigente, em seus arts. 5º e 7º, XXXII, onde dispõe sobre o princípio da isonomia, assim como também a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, pois importa discriminação em matéria de emprego e ocupação, conforme também previsto no art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Diante dessas alterações, tem-se necessário o presente estudo para analisar as consequências que surgirão face ao tratamento desigual que foi instituído pela norma que alterou o citado dispositivo, eis que as modificações apresentam uma desproporção em relação à proteção trazida pela Constituição Federal e demais dispositivos.

Primeiramente será abordada a pessoa do empregado hipossuficiente com base na Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis do Trabalho, nos princípios de proteção existentes no ordenamento jurídico, com a finalidade de trazer as evoluções alcançadas até a atualidade.

Em seguida será analisada a figura do empregado hipersuficiente, os conceitos trazidos pela Lei 13.467/17, os requisitos para a sua caracterização, e os dispositivos nos quais o empregado hipersuficiente terá autonomia para transigir nas relações trabalhistas.

Posteriormente, serão estudadas as alterações do artigo n. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, apresentadas pela Lei 13.467/17 em comparação a Constituição e seus princípios, com a finalidade de demonstrar a inconstitucionalidade trazida pela Lei. Por fim, o artigo analisará as conseqüências de tais modificações nas relações de trabalho.

1 A FIGURA DO EMPREGADO HIPOSSUFICIENTE

A relação de emprego tem como principal característica a presença do empregado como sendo parte mais fraca da relação jurídica. O direito do trabalho foi pensado e criado exatamente para proteger a figura desse trabalhador. (MIESSA E CORREIA, 2016, p.91).

É notório que a relação empregatícia não pode ser tratada da mesma forma que as relações contratuais vigentes no Código Civil, uma vez que não existe paridade contratual entre as partes, sendo o empregado parte vulnerável na relação empregatícia, eis que o mesmo está sob a subordinação e direção do empregador, não tendo, ainda, autonomia para transigir as cláusulas do contrato.

Diante da desigualdade contratual da relação de emprego, surgiu a figura do empregado hipossuficiente, ao qual começou a ter seus direitos reconhecidos com a Constituição Federal de 1934, trazendo entre outros dispositivos o princípio antidiscriminatório em seu art. 12, §2º. (GODINHO, 2018, p. 418).

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma classificação mais protecionista aos direitos trabalhista, reconhecendo esses direitos como sendo direitos fundamentais sociais, assim como também colocou valores, dentro de seus objetivos fundamentais, afetando materialmente a prática das relações de trabalho, valores que foram reconhecidos como princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a livre iniciativa e o valor social do trabalho (art. 1º, IV). (MENDES E BRANCO, 2015, p. 397)

Nota-se que a maior preocupação da Constituição Federal foi trazer ao empregado a maior classe de direitos possíveis, para que dessa forma equilibre a relação empregatícia, que é composta por dois elementos, sendo eles o empregador e o empregado.

Apesar de prever muitos dispositivos protetivos ao empregado nenhuma Constituição Federal conceituou a figura do empregado de forma completa como prevista na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em seu art. 3º, dispondo que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante remuneração”. (DELGADO, 2018, p.417).

Segundo Alice Monteiro de Barros (2016):

Empregado pode ser conceituado como a pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica. Esses serviços podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas. (BARROS, 2016, p. 174)

Já a figura do empregador está prevista no art. 2º, da norma anteriormente citada, estabelecendo que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (DELGADO, 2018, p. 526).

Pela análise da figura do empregado e do empregador podemos verificar ainda os requisitos essenciais para configurar o vínculo empregatício, sendo eles: a pessoa física, a não eventualidade, a remuneração, pessoalidade e subordinação. Tais requisitos são de extrema importância para a conceituação da figura do empregado hipersuficiente, sendo a mais importante a subordinação.

Conforme bem explica Elisson Miessa e Henrique Correia (2017):

A característica mais importante da relação empregatícia é a subordinação ou ainda de acordo com o texto da CLT: “empregado trabalha sob a dependência do empregador”. Se o empregador assume todos os riscos do empreendimento, ele terá o poder de organizar-se e dirigir a prestação de serviços. Desta forma, o empregado fica subordinado as ordens do empregador. (MIESSA E CORREIA, 2017, p. 92).

Para o Direito do Trabalho são necessários a acumulação dos requisitos previstos no art. 2º e 3º da CLT, para ensejar vínculo empregatício, no entanto, para a conceituação do empregado hipossuficiente o mais importante é a subordinação, que são classificadas em econômica, técnica, social e jurídica.

Neste sentido escreve Alice Monteiro de Barros (2016):

A origem etimológica do termo subordinação é sub-ordinare. O termo genérico “dependência” ou “subordinação” é utilizado pela doutrina desde o século XIX, como critério que distingue o contrato de trabalho dos que lhe são afins. À dependência ou à subordinação os autores acrescentaram a qualificação: a) técnica; b) econômica; c) social e d) jurídica. (BARROS, 2016, p. 173).

Para a jurisprudência e a doutrina a subordinação que prevalece no nosso ordenamento brasileiro é a jurídica, que deriva de um contrato de trabalho. “A subordinação jurídica é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica”. (GODINHO, 2018, p.351).

A subordinação jurídica advém do poder de comando, ao qual submete o empregado a essas ordens, neste sentido assevera Alice Monteiro de Barros (2016):

Paul Colin define a subordinação jurídica como “um estado de dependência real criado pelo direito de o empregador comandar, dar ordens”, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Por essa razão, chamou-se essa subordinação de jurídica. Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco toma-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens. (BARROS, 2016, p.176).

Da definição de subordinação jurídica apresentada, podemos retirar dois requisitos que formam o conceito de empregado hipossuficiente, sendo eles o poder de comando do empregador e a submissão do empregado, sendo para o direto do trabalho, em linhas gerais, hipossuficiente é o trabalhador que não possui suficiência plena. (PASTORE, 2008, p. 38)

A hipossuficiência do empregado nasce da desigualdade da relação empregatícia, do amplo poder que o empregador tem em seu capital e da falta de ordenamento jurídico para a dispensa imotivada, cabendo ao

Estado que restabeleça através de uma superioridade jurídica aquele que possui inferioridade.

Deste modo, foram surgindo no ordenamento jurídico trabalhista mecanismos de intervenção Estatal, para a proteção do trabalhador hipossuficiente, com o objetivo de trazer a relação empregatícia um equilíbrio.

1.1 Dos princípios de proteção

Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego. (DELGADO, 2018, p.229).

O ordenamento jurídico trabalhista contempla uma grande amplitude de princípios voltados ao empregado, devido a sua hipossuficiência, sendo reconhecido pela doutrina o princípio da proteção como o mais importante, neste sentido o entendimento de Alice Monteiro de Barros (2016):

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipersuficiente. (BARROS, 2016, p.122).

Para Américo Plá Rodrigues “essa proteção se consubstancia de três maneiras distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica”. (RODRIGUEZ, 1993, p.42-43).

Já para Mauricio Godinho Delgado “o princípio da proteção não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”. (DELGADO, 2018, p.232)

O princípio da proteção serve como base, além dos princípios anteriormente citados, também para princípios como: princípio imperativo das normas trabalhistas, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da inalterabilidade contratual lesiva, assim como muitos outros.

Todos os princípios trabalhistas foram criados com a finalidade de proteger o empregado vulnerável na relação empregatícia, devido a

sua hipossuficiência, sendo este caracterizador para a abrangência dessa proteção. A classificação de hipossuficiência criada pelo ordenamento jurídico trabalhista ao empregado foi para lhe trazer uma teia de proteção, com a finalidade de trazer uma maior igualdade na relação trabalhista.

Outra forma de proteção foi a criação do princípio indiscriminatório disposto no artigo 7º, XXXII da Constituição Federal de 1988, também insculpido ao art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. (DELGADO, 2018, p. 418).

Esse princípio tem como objetivo a proteção contra discriminação entre trabalho técnico, manual e intelectual, não sendo possível a diferenciação dos empregados titulares dessa proteção.

Essa proteção trazida pela Constituição Federal vigente deve-se ao fato de que, com o passar dos anos a figura do empregado foi sofrendo uma mutação, ou seja, foram sendo criadas áreas onde se exigia muita especialidade técnica, ocasionando um ganho maior por parte do empregado.

Com isso, foram surgindo figuras como a do alto empregado, conforme denominado pela doutrina brasileira. “São empregados, ocupantes de posições internas de chefias, funções de gestão ou outros cargos de elevada fidúcia”. (DELGADO, 2018, p. 421).

Esses empregados passaram a receber da legislação trabalhista tratamento diferenciado, contrapondo todos os princípios protetivos do direito trabalhista, com o fundamento de que quanto maior a confiança do empregador para com o empregado, menor será a subordinação jurídica na relação empregatícia, conforme expõe Alice Monteiro de Barros. (2016):

Isso significa que, a partir do momento em que o empregado se eleva na escala do serviço manual para o técnico ou intelectual, menor é o grau de subordinação a que se subsume ao seu empregador. Em contrapartida, tornam-se também mais intensas a colaboração e a confiança de que desfruta junto ao empregador. (BARROS, 2016, p. 177).

A figura do alto empregado trouxe precedente para a criação de novas figuras, com ainda menor proteção, como no caso da figura do empregado hipersuficiente, trazida pela Lei 13.467/17, onde alterou o art. 444, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, que passaremos a analisar.

2 DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE TRAZIDA PELA LEI 13.467/17

A Lei 13.467 de 11 de novembro de 2017, apresentou grandes alterações a Consolidação das Leis do Trabalho, criando, restringindo ou extinguindo muitos direitos já alcançados.

Uma das criações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, foi a figura do empregado hipersuficiente, tendo previsão no art. 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, onde dispõe que:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, CLT, 2017).

Conforme se verifica no artigo anteriormente citado, a figura do empregado hipersuficiente é classificada como aquele titular de diploma de nível superior e que também perceba salário igual ou superior ao dobro do teto dos benefícios pagos pelo INSS. (DELGADO, 2018, 418).

Como o empregado hipossuficiente tem como requisito a subordinação em razão do comando de seu empregador e o dever de submissão, o empregado hipersuficiente necessita preencher dois requisitos de caráter técnico e econômico.

Para Thereza Nahas (2017), o empregado hipersuficiente é aquele que:

[...] o trabalhador qualificado, portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ao qual prevalecerá a autonomia privada. A eles aplicam-se as regras da CLT, mas não com a mesma rigidez e parcialidade destinadas àquele primeiro, pois é incontestável que tem um mínimo de discernimento

e certamente tem maior liberdade para contratar [...].
(NAHAS, 2017, p. 3).

Gabriela Neves Delgado (2017, p. 160), conceitua como sendo aquele empregado qualificado – posto que portador de diploma superior – além de perceber salário que se mostra razoavelmente alto (aproximadamente onze salários mínimos), quando comparado aos vencimentos médios dos demais trabalhadores.²

A Lei 13.467/17, criou a figura do empregado hipersuficiente, concedendo-lhe autonomia para transigir alguns direitos previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, previstos no art. 611–A, alcançando a mesma efetividade dos Acordos Coletivos e Convenções Coletivas, conforme bem explica Homero Batista da Silva, (2017):

O artigo acima colacionado é conhecido como sendo o regramento que alude à livre estipulação das cláusulas, bem como as condições laborais, que se encontram restritas à legislação social, além das normas coletivas, outorgando-se, portanto, baixo grau de liberdade contratual. (SILVA, 2017, s.p).

Assim como o acordo coletivo e a convenção coletiva, segundo o novo parágrafo único do artigo 444 da CLT, o empregado hipersuficiente terá livre autonomia para estipulação dos direitos previsto no art.611–A, que verificaremos a seguir.

2.1 Artigos 611-A e 507-A da CLT e a autonomia do empregado hipersuficiente

Primeiramente cumpre ressaltar que o artigo 611-A, que estudaremos neste tópico, também é uma alteração trazida pela Lei 13.467/17, onde estabelece que:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II -banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

² De acordo com o IBGE, em 2017, o rendimento nominal mensal domiciliar médio *per capita* da população brasileira foi de R\$ 2.112,00, ou seja, 2,2 salários mínimos. (BRASIL, IBGE, 2018)

- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de Insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (BRASIL, 2017).

O rol apresentado pelo artigo citado anteriormente é meramente exemplificativo, uma vez que o legislador incluiu na redação a palavra “entre outros”, ou seja, a norma criou a oportunidade para que demais direitos trabalhistas possam ser incluídos na autonomia do negociado sobre o legislado, conforme explica Gabriela Neves Delgado (2017):

Sendo preceito legal menos favorável - em contraponto ao princípio disposto no art. 7º, caput, da Constituição -, o rol inserido no art.61 1 -A tem de ser interpretado restritivamente, no tocante aos temas e direitos trabalhistas que podem ser negociados coletivamente, com prevalência sobre a legislação heterônoma posta. Embora o caput do art. 61 1-A mencione a expressão “entre outros”, sugerindo se tratar de rol exemplificativo, o fato é que a inserção de novos temas deve ser vista com profunda cautela, de modo a não se desprestigiar, às escâncaras, o princípio constitucional da norma mais favorável. (DELGADO, 2017, p.5).

Os direitos previstos no artigo 611-A, da CLT, (BRASIL, 1944), trata sobre direitos que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7, inciso XXVI (BRASIL, 1988), concedeu autonomia do negociado sobre o legislado em casos de Acordos Coletivos e Convenções Coletivas.

Nesse sentido, Barba Filho (2018, p. 294-295) ressalta que o artigo 611-A, ora proposto pela Reforma Trabalhista, trouxe à tona os aspectos atinentes à prevalência do negociado sobre o legislado, momento em que é possível visualizar a presença da autonomia privada coletiva nas relações empregatícias, neste particular.

Nota-se que conforme o estabelecido no art. 444, parágrafo único da CLT, o empregado hipersuficiente terá a autonomia plena para transigir esses direitos, alcançando o mesmo patamar que os sindicatos nas negociações coletivas, sendo que a alteração legislativa objetiva autorizar as partes, em contrato individual, para que possam fazer a mesma negociação estabelecida entre sindicatos ou sindicatos e empregadores. (SILVA, 2017).

O empregado hipersuficiente poderá, conforme estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho pactuar livremente cláusulas no contrato de trabalho, como destaca Isabelle Ribeiro do Vale (2017):

Salia que as cláusulas inferidas no contrato de trabalho do trabalhador hipersuficiente poderão ser consideradas da mesma forma que é a convenção coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre a lei, por força da norma prevista no artigo 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. (VALE, 2017, p.1).

Neste sentido defendem Araújo Jr. e Barroso, (2017):

Sintetizam que o trabalhador hipersuficiente poderá proceder de maneira a negociar de maneira livre, diretamente com o empregador, as condições estabelecidas no artigo 611-A, como, por exemplo, o tele trabalho, o sobreaviso, além das modalidades referentes à remuneração. (ARAÚJO JUNIOR E BARROSO, 2017, p.4).

A Lei 13.467/17 trouxe ainda para campo da autonomia do empregado hipersuficiente o art.507-A, dispondo que:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, 2017).

Apesar de a norma autorizar o uso da arbitragem para os empregados hipersuficiente, tem-se que a Constituição Federal vigente, em seu art. 114, § 1º, prevê que o uso de arbitragem poderá ocorrer somente em convenção coletiva, afastando-a em casos de direito individual.

A arbitragem, diferentemente do Direito do Trabalho, é muito usada no âmbito civil entre os particulares, existindo lei própria, Lei 13.129/2015 que alterou a Lei 9.307/97. (BRASIL, 2015).

Mauro Schiavi (2017), conceitua a arbitragem da seguinte forma:

Arbitragem é uma forma de composição extrajudicial dos conflitos, por alguns doutrinadores considerada um equivalente jurisdicional. A questão é decidida não por um juiz, mas por uma pessoa ou órgão não investido de poderes jurisdicionais. Nos Estados Unidos é o mais importante mecanismo heterônomo de solução dos conflitos de trabalho. Mas a sua utilização é geral, com maior ou menor amplitude, sendo difícil encontrar um país no qual os conflitos trabalhistas não possam ser decididos por esse meio. (SCHIIVI, 2017, p.56).

A Lei da Arbitragem em seu art. 1º dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Verifica-se que são necessários alguns requisitos para o uso da arbitragem no ordenamento brasileiro, como a pessoa capaz, direitos patrimoniais e direitos disponível.

Ao analisar os requisitos da arbitragem, tem-se que nem todos são compatíveis com o Direito do Trabalho, conforme destaca Delgado e Delgado (2017):

Ora, não é por outra razão que a própria Lei de Arbitragem (n. 9.307, de 1996) dispõe que o peculiar instituto se aplica somente à regulação de direitos patrimoniais disponíveis (art. 12, Lei n. 9.307/1996; grifos acrescidos). Essa circunstância - regência de direitos patrimoniais disponíveis - cria óbvia incompatibilidade quanto à inserção, nesse grupo de direitos patrimoniais disponíveis, dos direitos individuais e sociais fundamentais jus trabalhistas, principalmente quando considerados no plano das relações bilaterais próprias ao contrato empregatício, entre empregado e empregador. (DELGADO E DELGADO, 2017, p. 192).

Uma das maiores características do Direito do Trabalho é a indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos dos empregados, sendo este o fundamento de muitos princípios protetivos das normas trabalhista,

característica essa que é totalmente oposta aos requisitos da arbitragem, que trata de direitos disponíveis, por se tratar de uma negociação entre as partes, que de forma conjunta decidem a relação contratual de forma equilibrada e em igualdade de condições.

Desta forma, verifica-se que existe uma incompatibilidade com os requisitos previstos na Lei de Arbitragem não podendo esta prevalecer na relação empregatícia. Nota-se que, por maior autonomia que o empregado tenha na relação contratual, esta nunca vai equiparar-se a igualdade de partes prevista no Direito Civil, uma vez que, na relação empregatícia, o empregador tem o poder de comando, é o trabalhador o dever de submissão.

Tem-se que os dispositivos até aqui apresentados não encontram parâmetros constitucionais, estando em desacordo com os objetivos fundamentais sociais de proteção ao trabalhador, que serão analisados a seguir.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE TRAZIDA PELA LEI 13.467/2017

A promulgação da Lei 13.467/17 (BRASIL, 2017), trouxe para o Direito do Trabalho uma grande insegurança jurídica ao introduzir mecanismos totalmente incompatíveis com os princípios protetivos constitucionais e trabalhistas.

Mesmo em tempos de grande ativismo estatal, a Constituição Federal sempre manteve a proteção ao empregado, criando dispositivos protetivos, que foram reforçados com a criação trazida pela Carta de 1988, objetivando a complementação dos demais princípios constitucionais já existentes, estando o princípio da isonomia previsto no seu art. 5º, vejamos:

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[...]. (BRASIL, 1988).

Celso de Melo (1991), classifica o princípio da isonomia³ da seguinte forma:

A Lei pode causar ofensa à igualdade quando:

3.1.1 Singulariza um determinado destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas e/ou pessoas indeterminadas ou futuras;

3.1.2 Usa como critério discriminador um elemento ausente dos fatos, situações ou pessoas por tal modo diferenciadas;

3.1.3 Atribui uma desigualdade que não tem correlação lógica com a diferença que pretende referir;

3.1.4 Estabelece uma diferenciação que não tem motivo constitucionalmente relevante;

3.1.5 É pouca clara quanto as suas razões e diferenciações. (MELO, 1991, p.234-236).

Verifica-se que a ofensa ao princípio da isonomia ocorre quando o legislador trata de forma diferenciada determinadas pessoas, confundindo-se muitas vezes com o princípio da não discriminação, entretanto, não há que se falar em singularidades, uma vez que, são princípios distintos, previstos em dispositivos distintos, sendo que o princípio da antidiscriminação já estava previsto anteriormente a Constituição Federal de 1988, e o princípio da isonomia veio com a sua promulgação.

O princípio da não discriminação previsto no art. 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, teve seu reconhecimento na Carta de 1934, conforme escreve Mauricio Godinho Delgado, (2015):

O princípio antidiscriminatório, especificado no art. 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, na verdade, é clássico na tradição constitucional do País, estando presente desde a Constituição de 1934 (art. 12, §2º). Em seguida compareceu na Constituição de 1946 (art. 157, parágrafo único) e até mesmo nos textos constitucionais do período autoritário (1967 e 1969). (DELGADO, 2018, p.418).

Esse princípio trata sobre a proibição de distinção entre a forma de trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos,

³ Etimologicamente, isonomia origina-se do grego ἰσόνουμον; derivado de *isos*, mesmo, e *nomos*, lei, significando a igualdade de direitos políticos dos cidadãos, não devendo ser feita nenhuma distinção entre pessoas que se encontrem na mesma situação. Conforme Pierre Lévêque e Pierre Vidal-Naquet (1983, p.30) isonomia, originalmente, representava a igualdade dos direitos civil somada à idéia de compartilhamento de poder efetivo. O princípio da isonomia foi estabelecido em Atenas em 508 a.C. por Clisthenes, garantindo a todos os cidadãos os mesmos direitos, inclusive o exercício da magistratura.

com a finalidade de proteger a discriminação entre os empregados, objetivando sempre em dar a mesma proteção a todos os trabalhadores.

A Constituição Federal, também conhecida como Constituição Cidadã, visa sempre a igualdade da pessoa humana, sendo este um dos seus princípios basilares, vedando, com base neste princípio, qualquer tipo de discriminação.

O art. 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2017), ao trazer a figura do empregado hipersuficiente, que cria uma diferenciação com relação aos demais empregados, afeta diretamente o princípio da isonomia, nestes termos temos o enunciado 49 da Anamatra, dispondo que:

Enunciado 49 da Anamatra – Trabalhador hipersuficiente. Art. 444, parágrafo único da CLT I - O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a constituição federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a convenção nº 111 da OIT. II - A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção. (Artigo 9º da CLT com o artigo 166, VI, do Código Civil).

Nota-se que com a criação da figura do empregado hipersuficiente, ocorreu uma segregação entre empregados com mesmo empregador. Segundo Delgado (2018) “o caráter discriminatório da regra legal é simplesmente manifesto: ela institui algo inimaginável na ordem constitucional e legal brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregados perante o mesmo empregador”. (DELGADO, 2018, p.436)

A fundamentação trazida pelo legislador, de que o empregado com curso superior e que receba uma remuneração equivalente a dois salários iguais ou superiores ao teto de benefícios da Previdência Social – INSS, tem autonomia e conhecimento próprio para pactuar diretamente com seu empregador, não caracteriza como meio suficiente para afastar a subordinação jurídica existente entre empregado e empregador, assim como não lhe concede a autonomia defendida pelo dispositivo, pois, assevera Mauricio Godinho Delgado (2018):

Na regra enfocada, os dois fatores pinçados para respaldar a diferenciação jurídica (diferenciação jurídica profunda,

radical, enfatiza-se) não afastam e nem diminuem o poder empregatício detido pelo empregador, não afetando a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência jurídicas, sociais e econômicas do empregado. Se não bastasse, esses dois fatores não justificam o tratamento jurídico espartano e segregador conferido a esse profissional relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado no contexto da relação empregatícia. (DELGADO, 2018, p. 437).

O art. 444, parágrafo único, além de ferir os princípios constitucionais conforme estudado, também vai de encontro ao estabelecido na Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, incorporada ao ordenamento brasileiro, nos termos do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. (BRASIL, 1968).

O art. 1º da Convenção traz em seu item 3, que é vedado a diferenciação em relação a condição de emprego, remetendo diretamente as normas imperativas reguladoras das respectivas condições de trabalho, ou seja, no momento em que o art. 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, desiguala os trabalhadores em razão de sua formação escolar ou de sua remuneração, viola o princípio da isonomia insculpido no citado diploma internacional.

A Convenção nº 111 da OIT, em seu art. 2º dispõe ainda que:

Art. 2º. Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria. (BRASIL, 1968).

A OIT tem dentre os seus objetivos a criação de mecanismos para promover a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego.⁴ Neste ponto, podemos verificar que existe uma conduta injusta por parte da figura do empregado hipersuficiente trazida pela reforma trabalhista, uma vez que permite uma distinção dos trabalhadores de um regime de tutela jurídica que pode acarretar em uma crescente desigualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

O Comitê de Peritos da OIT, composto por peritos jurídicos de diversos países, é o órgão independente encarregado de examinar a

⁴ Conforme o Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, de 1919, e o artigo II da Declaração de Filadélfia relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, de 1944.

aplicação das convenções e recomendações da OIT no âmbito interno dos Estados-membros. Conforme a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA (2018):

Ano a ano é divulgada pela OIT uma lista, conhecida como “long list”, de casos que o Comitê de Peritos considera graves e pertinentes para solicitar, dos Estados-membros envolvidos, uma resposta oficial completa, antes de lançar seus relatórios acerca do cumprimento de determinadas normas internacionais. O Brasil figurou na “long list” em 2017, em razão da tramitação do então PL 6.787/2016 (reforma trabalhista). Ao final, porém, o caso não foi incluído na “short list” – ou seja, dentre os 24 casos considerados mais graves para apreciação no decorrer da Conferência Internacional –, basicamente porque o projeto de lei ainda não era definitivo e seguia tramitando no Congresso Nacional. No início deste ano, o Brasil voltou para a “long list” (dentre os mais de 40 casos graves selecionados), desta vez com observações bastante claras quanto à aparente inconveniência de dispositivos que estão na Lei 13.467/2017. Na 107ª Conferência, os peritos confirmaram a inclusão do Brasil na “short list”, compondo o desonroso grupo dos países suspeitos de incorrerem nas mais emblemáticas violações do Direito Internacional do Trabalho em todo o planeta. (ANAMATRA, 2018)

A figura do empregado hipersuficiente tende a inverter o sentido de proteção e igualdade defendido pela OIT, trazendo um grande retrocesso social. Nesse sentido, Delgado e Delgado (2017) esclarecem que:

A inserção do parágrafo único, no artigo 444, da Consolidação das Leis do Trabalho, veio com o intuito de inverter o sentido, bem como os objetivos do Direito do Trabalho, de modo que uma vez prevalecendo à interpretação literal do aludido dispositivo, subsistirá manifesta estratificação jurídica dos empregados, que são submetidos ao mesmo empregador. (DELGADO E DELGADO, 2017, p.157-158).

O dispositivo estudado além de ferir os princípios constitucionais, assim como a Convenção nº 111 da OIT, também é totalmente incompatível com o art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao qual dispõe que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (DELGADO, 2018, p. 437).

O artigo apresentado demonstra que, em nenhum momento, há que se falar em segregação jurídica dos empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário igual ou superior ao teto dos benefícios da Previdência Social - INSS, considerando que todo ordenamento jurídico trabalhista foi criado para trazer uma proteção e igualdade ao trabalhador e não para criar um sistema de desigualdade entre eles. (DELGADO, 2018, p. 418).

Nota-se que a figura do empregado hipersuficiente, trazida pela Lei 13.467/17, que acrescentou o parágrafo único no art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, é incompatível com os princípios constitucionais, normas internacionais e princípios protetivos trabalhistas.

Tem-se que a maior finalidade da alteração aqui discutida foi trazer uma autonomia ao empregado, para que este pudesse pactuar diretamente com o empregador as cláusulas contratuais, tendo um tratamento diferenciado pelas normas trabalhistas, refletindo de fato em grande prejuízo.

A figura do empregado hipersuficiente tem encontrado grandes críticas por partes dos doutrinadores trabalhistas, como Vasconcellos. Pires e Barbosa (2017):

Portanto, pela análise ora realizada, percebe-se que, a partir da vigência da Lei n. 13.467/17, caso não haja insurgência contra alguns dispositivos alterados, a exemplo dos arts. 8º e 444 da CLT, a função tutelar do Direito do Trabalho deixará de existir e, como finalidade, o próprio Direito do Trabalho, retornando, a médio e longo prazos, às relações mais primitivas de exploração do trabalho humano. (VASCONCELLOS; PIRES; BARBOSA, 2017, p. 199-200).

Corroborando a mesma tese, sublinha Vale (2017):

Esse projeto modifica substancialmente a racionalidade do Direito do Trabalho, ignorando que o empregado, mesmo mais esclarecido culturalmente e recebendo remuneração maior, permanece subordinado ao empregador. Eu diria, até, que os hoje intitulados “hipersuficientes” são até mais subordinados que os clássicos operários, pois detém um padrão financeiro que é mais raro de ser encontrado no mercado e, para manter este dito padrão, suportam toda sorte de dissabores perpetrados pelo empregador. (VALE, 2017, p. 1).

Ao colocar o empregado no mesmo patamar que o empregador na relação de emprego, a legislação trabalhista acaba igualando esse contrato

de trabalho a um contrato cível, retirando do empregado hipersuficiente a gama de proteção criada exatamente com a finalidade de protegê-lo.

Nesse mesmo diapasão, também temos a alteração do art. 507–A da CLT, permitindo o uso de arbitragem para os direitos individuais trabalhistas, ferindo mais uma vez o disposto na Constituição Federal, assim como os princípios protetivos trabalhistas.

Mesmo antes da vigência da Lei 13.467/17, a arbitragem sempre foi vista como mecanismo inconstitucional na doutrina trabalhista, conforme escreve Carlos Bezerra Leite (2013):

Não obstante a sua previsão constitucional (CF, art. 114, § 1º e 2º) como meio de solução dos conflitos coletivos de trabalho, a convenção de arbitragem não tem sido adotada na prática trabalhista, sendo certo que, quanto aos conflitos individuais de trabalho, a convenção arbitral (CPC, art. 301, IX, e § 4º) é de duvidosa aplicação na seara laboral, mormente porque o Direito do Trabalho é informado pelo princípio da indisponibilidade dos direitos individuais dos trabalhadores. É por isso que a convenção de arbitragem nos dissídios individuais oriundos da relação de emprego se mostra incompatível com os princípios da proteção do empregado hipersuficiente e da irrenunciabilidade. (LEITE, 2013, p. 110).

Assim como a figura do empregado hipersuficiente, a arbitragem também é considerada por muitos tribunais como inconstitucional, como os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, relatados pelo Ministro Mauricio Godinho Delgado:

A absoluta prevalência que a Carta Magna confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantados pela mesma Constituição. Assim, a arbitragem é instituto pertinente e recomendável para outros campos normativos (Direito Empresarial, Civil, Internacional, etc.), em que há razoável equivalência de poder entre as envolvidas, mostrando-se, contudo, sem adequação, segurança, proporcionalidade e razoabilidade, além de conveniência, no que diz respeito ao âmbito das relações individuais laborativas. Recurso de revista não conhecido. (TST- RR 192700-74.2007.5.02.0002, j. 19.05.2010, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª T., DEJT 28.05.2010).

Neste mesmo sentido, temos o Tribunal Superior do Trabalho em Acórdão relatado pelo Ministro João Batista Brito Pereira:

Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. (RR-79500-61.2006.5.05.0028, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SDI-1, DEJT 30.03.2010).

A maior crítica por parte dos doutrinadores contrários ao uso da arbitragem nas relações trabalhistas envolvendo direitos trabalhistas individuais deve-se ao fato de envolver direitos indisponíveis, não podendo ser renunciáveis por qualquer trabalhador, devido aos fundamentos do ordenamento protetivo brasileiro.

Já para a parte favorável a introdução do uso da arbitragem nos direitos individuais trabalhista trazido pela reforma, é que os chamados direitos trabalhistas irrenunciáveis tornam-se disponíveis, quando convertidos em créditos sujeitos à transação, ou quando ausente a subordinação do trabalhador. (DELAGRAVE; GARCIA, 2018, p.51).

Reforçando ainda a tese dos doutrinadores favoráveis ao uso da arbitragem, dá-se em razão do constante incentivo a conciliação na Justiça do Trabalho, conforme escreve Delagrave Neto e Garcia (2018).

Ademais, fosse mesmo pacífica a indisponibilidade de todos direitos correlatos à relação de emprego, “não teríamos o incentivo à conciliação por parte da CLT (art. 764, 831, 846 e 852- E), ou pela própria Justiça do Trabalho, mediante a promoção de semanas destinadas à realização de audiências conciliatórias”. Se pode conciliar é porque se trata de direitos em alguma medida disponíveis. Logo, sobre eles também cabe a jurisdição arbitral. (DELAGRAVE NETO; GARCIA, 2018, p.52).

Entretanto, conforme demonstram Delgado e Delgado (2017, p. 192), o contrato de trabalho está mais próximo ao contrato de adesão, ou seja, este será sempre imposto ao empregado que inicia a relação de emprego, não tendo oportunidade de mudança, como atualmente defendido pela reforma trabalhista. A mesma inconsistência trazida pelo parágrafo único, do artigo 444, também foi elencada pelo artigo 507-A da CLT, na medida em que houve manifesta desconsideração do fato de que o contrato de trabalho é dotado de adesividade e, diante disso, torna-se fácil que estas

flexibilizações sejam até mesmo impostas ao obreiro. (DELGADO E DEGADO, 2017, p. 192).

Observa-se desta forma, que a possibilidade de aplicação da arbitragem no direito individual do trabalho, apresenta incompatibilidade com as regras protetivas constitucionais e demais normas legais, provocando a instituída possibilidade de arbitragem na relação entre o empregado hipersuficiente e o empregador grandes discussões nos tribunais sobre a sua aplicação no ordenamento trabalhista.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a Lei 13.467/17 trouxe muitas alterações aos direitos alcançados pelo trabalhador, criando a figura do empregado hipersuficiente que, de acordo com o disposto no art. 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, é aquele que pode transigir os direitos previstos no seu art. 611-A, no entendimento direto com o seu empregador na relação de emprego. Outra alteração constatada neste estudo foi a permissão do uso da arbitragem nas relações empregatícias que tratam sobre direito individual trabalhista.

No decorrer do presente artigo foi verificado que a figura do empregado hipossuficiente sempre existiu, tratando-se do empregado vulnerável, que está sob a subordinação jurídica do empregador e, portanto, em situação de desigualdade para pactuar. Por conta dessa relação assimétrica, foram estabelecidos princípios protetivos constitucionais visando restaurar o equilíbrio entre as partes, tais como: o princípio da não discriminação (art. 7º, XXXII, da CF), princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), princípio da igualdade da pessoa humana (art.5º, I, da CF). Já no ordenamento trabalhista, temos o princípio da proteção, que se subdivide em: princípio *in dubio pro operário*, no princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. Princípios que foram criados com a finalidade de proteger o empregado, que é considerado parte vulnerável. Entretanto, com as alterações trazidas pela reforma trabalhista alguns empregados tidos como hipersuficientes acabam por serem segregados dessa proteção.

O maior objetivo deste artigo foi em demonstrar as consequências que as mudanças trarão para os empregados hipersuficientes. Tomando como princípio a inconstitucionalidade das modificações aqui trazidas, temos que as normas recém criadas, trazem um retrocesso social. Nota-se

que, os dispositivos ora estudados dão autonomia ao empregado para que este possa transigir direitos na relação contratual.

Entretanto, há que se verificar que todo contrato de trabalho sempre foi imposto ao empregado, não permitindo a livre pactuação. Desta forma, resta mascarada a intenção do legislador em suprimir cada vez mais os direitos trabalhistas e a proteção que eles trazem, como também restou demonstrado na permissão do uso da arbitragem, sendo este instituto totalmente incompatível com os princípios do Direito do Trabalho, uma vez que os direitos individuais trabalhistas são irrenunciáveis, devendo sempre ser submetidos ao poder judiciário em caso do conflito entre as partes.

Verifica-se que as alterações examinadas vão de encontro à proteção garantida pela Constituição Federal de 1988 aos empregados, além de violarem a Convenção nº 111 da OIT, que tem por finalidade a não discriminação em matéria de emprego e profissão, assim como o próprio art. 3º, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. Portanto, conforme demonstrado ao longo do estudo não há que se falar em figura do empregado hipersuficiente, pois este sempre será subordinado, devendo sempre responder aos comandos dados pelo empregador, assim como não há que se falar em uso de arbitragem, uma vez que se encontra incompatível com o direito individual trabalhista.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., Marco Antonio; BARROSO, Darlan. **Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Caso Brasil na OIT**: Brasil continua na “lista suja” e terá de dar explicações a peritos sobre reforma trabalhista. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26571-caso-brasil-na-oit-brasil-continua-na-lista-suja-e-tera-de-dar-explicacoes-a-oit-sobre-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

BARBA FILHO, Roberto Dala **Reforma Trabalhista & Direito Material do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. IBGE. IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2017.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Intitui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9307 de 23 de setembro de 1993. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Lei. n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. TRT-2. Processo n. 1001143-07.2015.5.02.0614 - RTOrd - 17/08/2015 do TRT-2. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/220434214/andamentodoprocesson1001143-0720155020614-rtord-17-08-2015-do-trt-2>>. Acesso em: 03 de nov. 2018.

BRASIL. TRT-16. Processo n. 0017217-34.2017.5.16.0020 - RTOrd - 22/11/2017 do TRT-16. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/523334770/andamento-do-processo-n-0017217-3420175160020-rtord-22-11-2017-do-trt-16?ref=topic_feed>. Acesso em: 03 de nov. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista**. São Paulo: LTr., 2017.

DELEGRAVE NETO, José Afonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho: ou como garantir aos altos executivos o acesso à justiça. In: Fabrício Bertini Pasquot Polido et al. (orgs.) Jurisdição, acesso à justiça, cooperação jurídica internacional, conflitos da internet e novas tecnologias. **IV Congresso de estudos jurídicos internacionais e I Seminário internacional de pesquisa trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações –TTMMS**. Belo Horizonte: CONPEDI, 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/k7bh2vw/7al29wvx/IH1B89932J0Kc9GJ.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17^a ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11^a ed. São Paulo: LTr. 2013.

LÉVÊQUE, Pierre.; VIDAL-NAQUET, Pierre. **Clisthène l'athénien**: Essai sur la représentation de l'espace et du temps dans la pensée politique grecque de la fin du VI^e siècle à la mort de Platon. Paris: Editions Macula, 1983. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3332869h/f16.item.r=isonomie.texteImage.zoom>> . Acesso em: 24 dez. 2018.

MESSA, Élisson.; CORREIA, Henrique. **Sumulas e OJS do Tribunal Superior do Trabalho**. 7^a ed. São Paulo: Jus Podium, 2016.

NAHAS, Thereza. **Novo Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32^a ed. São Paulo: LTr, 2006.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Declaração de Filadélfia**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão**. Promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2000.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: de acordo com o novo CPC**. 12^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

THOMPSON, Edward Palmer. **A formação da classe operária inglesa**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **A Reforma Trabalhista e o hipersuficiente**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&e src =s& sou rce =we b&c d=1 &ve d=0 ahU Kwi ayqr Lw77ZAhXIgpAKHbHTDikQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.amatra5.org.br%2Fimage s%2Fa%2FA%25 20REFORMA%25 20TRABALHISTA%25 20E%2520O%2520%2520HIPERSUFICIENTE_.pdf&usg=AOvVaw1xlsXdOf5XGJ-0s_y_PREg>. Acesso em: 24 out. 2018.

VASCONCELLOS, Andréa de Campos. PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. **Considerações acerca da tutela empregatícia diante da reforma trabalhista – Lei 13.467/17**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, edição especial, nov. 2017.

EMERGÊNCIA DO DIREITO AMBIENTAL DURANTE A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO PÓS- MODERNO

EMERGENCE OF ENVIRONMENTAL LAW DURING THE FORMATION OF POSTMODERN LEGAL THINKING

Edson Damas Silveira *

Rômulo Souza Barbosa **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Expansão do capitalismo industrial, superexploração dos recursos naturais e visão positivista da sociedade moderna. 2 Pós modernidade e ambientalismo como conteúdos jurídicos. Conclusão. Referências.

RESUMO: O direito ambiental se apresenta como consequência lógica das preocupações características da sociedade contemporânea com irreversível comprometimento das condições de vida no planeta. Sua construção e dificuldades de implementação remontam às próprias incertezas, desestruturação e mudanças sociais ocorridas no processo de transição das práticas institucionais e ideais da sociedade industrial, ápice da modernidade, para os tempos atuais, ditos pós-modernos. A pós-modernidade, como nova consciência de mudanças nos rumos tomados pela cultura e relações sócio humanas, é captada pelo pensamento jurídico por meio do ideário pós-positivista. O subsistema jurídico-ambiental é desenvolvido graças à inclusão de princípios de justiça, reaproximação com a ética e centralidade dos direitos fundamentais, ressignificando antigos institutos de outras áreas jurídicas e impondo superação dos paradigmas individualistas e privatistas positivistas. Para se chegar a tais resultados, esta pesquisa se revelou fruto de uma investigação teórica que empreendeu revisão literária focada nessa transição da modernidade para a pós-modernidade, com ênfase nos impactos sobre o atual e ocidental pensamento jurídico. Metodologicamente ela escorre com um viés bibliográfico e qualitativo, realizada a partir do levantamento e análise de balizadas referências teóricas que enfeixaram a problemática anunciada. Por isso mesmo que o texto seguiu estruturado em duas grandes seções teóricas, a saber: uma primeira, que descreveu criticamente a expansão do capitalismo industrial mediante desencadeamento da superexploração dos recursos naturais, alimentando por consequência uma visão positivista da sociedade moderna; e outra, de conotação mais jurídica e abordando o movimento ambientalista como um fenômeno típico da pós modernidade.

Palavras-chave: Sociedade industrial. Pós modernidade. Pós positivismo. Direito ambiental.

ABSTRACT: *The environmental law is a logical consequence of the contemporary society's concern about the severe degradation of the living conditions on the Earth. Its construction and implementation difficulties reflect the uncertainty, de-structuring and social changes that happened in the transition process of institutional practices and ideals from the industrial society (modernity) to the current times, called postmoderns. Postmodernity, as the new consciousness of changes in culture and socio-human relations, is captured by the legal environment through post-*

* Procurador de Justiça em Roraima. Professor dos Mestrados das Universidades Estaduais de Roraima (UERR) e do Amazonas (UEA). Mestre, Doutor e Pós Doutor em direito.

** Promotor de Justiça no Estado do Amazonas. Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito Ambiental na Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Artigo recebido em 26/02/2019 e aceito em 08/03/2019.

Como citar: SILVEIRA, Edson Damas. BARBOSA, Rômulo Souza. Emergência do direito ambiental durante a formação do pensamento jurídico pós-moderno. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.195, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

positivist ideology. The juridical-environmental subsystem is developed due to the arise of justice principles, rapprochement between Law and Ethics and fundamental rights greater proeminence, what are responsible for resignifying traditional institutes from other legal areas and imposing the overcoming of the (the individualistic and privatista) postpositivism paradigms. This research is based on theoretical research that undertook literary review focused on this transition from modernity to postmodernity, with emphasis on the impacts on the current and western legal thinking. Methodologically it flows with a bias bibliographical and qualitative analysis, carried out from the survey and analysis of theoretical references that bundled the problems announced. That is why the text was structured in two main theoretical sections, namely: a first, which critically described the expansion of industrial capitalism by triggering overexploitation of natural resources, fueling a positivist view of the modern society; and another, of more juridical connotation and approaching the movement as a phenomenon typical of postmodernity.

Keywords: Industrial society. Postmodernity. Postpositivism. Environmental law.

INTRODUÇÃO

A estrutura social moldada pelo capitalismo expansionista e mundializador, que inicia sua trajetória a partir das transformações havidas nos séculos XVI e XVII, veio atrelada à ascensão da burguesia e firme na estruturação dos seus costumes, valores e instituições sociais.

Com a revolução industrial do século XVIII e disseminada pelo mundo no milênio seguinte, o molde do sistema fabril calcado na tecnologia consolida a sociedade petróleo-dependente, alicerçada na exploração sem nenhuma preocupação com riscos ambientais da estrutura econômica da produção e consumo em massa.

O Estado Moderno e sua concepção de direito individualista, pródigo em reconhecer a propriedade e circulação de riquezas, mas tímido em efetivar interesses fora da classe econômica dominante, baseado ainda na superexploração dos recursos naturais, busca imperialista por mercados e fornecedores de matéria-prima, acabaram legando à sociedade novecentista duas Guerras Mundiais, bem como a derrocada da ilusão científica absoluta, impondo a necessidade de se buscar novas formas de superar os arquétipos de ordenação do Estado e da Sociedade, à luz do modelo industrial e cientificista das relações sociais humanas.

Na ebulição cultural dos anos sessenta, nasce o movimento ambientalista, alertando para os riscos inevitáveis da manutenção dos padrões de exploração de recursos naturais para diversos ecossistemas naturais e, por conseguinte, a afetação severa da qualidade de vida do homem no século XX.

E, assim, já nos influxos do que se denomina como tempos pós-modernos, em que se verifica, dentre várias outras marcas, a

reentronização dos valores no pensamento científico, o modo de pensar a complexidade ambiental adentra o plano jurídico, na ambiência da corrente filosófica pós-positivista.

Alterando-se o paradigma do direito positivista, marcadamente privatista, a centralidade da dignidade humana no sistema jurídico pós-positivista vem ao encontro dos anseios do valor tido como de solidariedade universal, ou direitos de terceira geração, sendo o direito ambiental seu mais fiel exemplo, por sua característica disruptiva da anterior dicotomia entre direito público e privado, mostrando-se cada vez mais presente nos debates, convenções, declarações e acordos na comunidade internacional, assim como alvo de intensa atividade legislativa para regulamentação da proteção do macrobem ambiental no âmbito do direito doméstico dos Estados Nacionais.

Este trabalho é fruto de uma investigação teórica, com intuito de se fazer uma revisão da literatura que aborda transição da modernidade para a pós-modernidade, com ênfase nos impactos sobre o pensamento jurídico da sociedade respectiva, enfatizando-se o Direito Ambiental como um específico subsistema e a exemplificar mudanças ocorridas no discurso jurídico da última quadra do século passado.

Por isso mesmo que metodologicamente a pesquisa escorre com um viés bibliográfico e qualitativo, realizada a partir do levantamento de balizadas referências teóricas que enfeixam a problemática anunciada e que seguirão por nós analisada de forma crítica e realista.

Em vista desses procedimentos investigatórios, o texto segue estruturado em duas grandes seções teóricas, a saber: - uma primeira, que descreve criticamente a expansão do capitalismo industrial mediante desencadeamento da superexploração dos recursos naturais, alimentando por consequência uma visão positivista da sociedade moderna; e outra, de conotação mais jurídica e abordando o movimento ambientalista como um fenômeno típico da pós modernidade.

1 EXPANSÃO DO CAPITALISMO INDUSTRIAL, SUPEREXPLORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS E VISÃO POSITIVISTA DA SOCIEDADE MODERNA

A modernidade, como um longo processo de abandono da mentalidade medieval, restou associada à expansão do capitalismo industrial que, em função dos enormes impactos gerados pela evolução tecnológica, condicionam a realidade social, política, econômica e cultural de forma

mais candente nos séculos XVIII e XIX. Foi no intercurso da substituição de ferramentas rudimentares por máquinas movidas pela energia motriz; bem como pela evolução do modo de produção doméstico pelo sistema fabril que se constituiu a Revolução Industrial dos tempos modernos, muito em função do enorme impacto que ela ocasionou sobre a estrutura da sociedade europeia da época, num processo de transformação acompanhado por notável evolução tecnológica (ARRUDA & PILLETI, 1997).

Historiadores costumam apontar que a ambiência propícia para os acontecimentos da Revolução Industrial acabou forjada nas transformações ocorridas no século XVI, quais sejam, renascimento cultural, formação dos Estados Nacionais, expansão do capitalismo comercial com navegações em direção às Américas e Reforma Protestante. Todas essas transformações convergem para a revolução intelectual também ocorrida no século XVIII, ainda denominada de Iluminismo, no qual o desenvolvimento dos ideais de conhecimento - com primazia na natureza e razão humana - suplantam definitivamente o pensamento teológico medieval.

No século XIX, com base no racionalismo, desenvolvimento da técnica e organização do sistema fabril, observa-se o ideal de prosperidade e progresso com fundamento no liberalismo econômico e valorização do trabalho como identidade da dignidade humana, inclusive para os que estavam alijados dos meios de produção, assim denominados assalariados dos capitalistas.

O processo de mudança social gerado pelo desenvolvimento tecnológico tem como uma de suas maiores consequências o êxodo rural, crescimento populacional na virada do século XIX para o XX, avanço técnico e crescimento de produtividade no campo, liberando mão-de-obra para os centros industriais e dando início a um acelerado processo de urbanização. Diante disso foi que a Revolução Industrial concentrou os trabalhadores em fábricas ao redor das cidades, promovendo uma radical transformação no caráter do trabalho urbano, separando de um lado, capital e meios de produção; e de outro, trabalho humano como moeda de troca (ARRUDA & PILLETI, 1997).

De fato, a Revolução Industrial, e mais especificamente na sua segunda fase – quando se transpõe os limites britânicos, chegando à Europa Continental, América, Japão e Rússia nos idos de 1.850 a 1.900 – condiciona a sociedade da era moderna, marcada pela ascensão ao poder da burguesia capitalista, separação entre trabalho e capitais/meios de

produção, bem como advento da tensão política entre as classes sociais da época, ou seja, entre burguesia e proletariado.

Esse espírito da modernidade, com sua racionalidade, crença romântica e onipotência firmada sobre o procedimento científico, assim como forte nos seus métodos e técnicas, acabam sendo incorporados ao discurso jurídico sob uma onda positivista que atravessa todo o século XIX, conhecido entre nós como a era das codificações que se segue até a primeira metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial. Assim, o direito ficaria reduzido ao conjunto de normas em vigor, considerado um sistema jurídico perfeito na medida enquanto dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência (BARROSO, 2006).

Essencialmente em razão da visão de que a discussão sobre legitimidade e justiça não deveria ser travada no âmbito do direito, resta patente no positivismo jurídico o contentamento com o extremo formalismo, se satisfazendo com a idéia de que a validade da norma decorre essencialmente do procedimento seguido para sua criação, independentemente do conteúdo por ela tratado. Por isso mesmo a presença do Estado, como fornecedor monopolista do arcabouço normativo, se torna imprescindível no pólo ativo da política a fim de institucionalizar o discurso institucional da segurança jurídica (FARIAS & ROSENVALD, 2012).

Assim, a partir do momento em que qualquer conteúdo pode se revestir de “norma” - desde que produzido dentro das regras do processamento estatal cominadas, a institucionalizar inclusive interesses burgueses dominantes - , o direito da modernidade se prestaria como instrumento de um acessório normativo da hegemonia de determinada classe que, em nome dessa formal racionalidade que proclama ordem e justiça, visa encobrir uma dominação disfarçada por linguagem que a torna aparentemente natural e neutra (BARROSO, 2006).

À serviço de uma ideologia liberal e individualista, os códigos legais do século XIX vão ser reflexos da preocupação com a garantia da autonomia privada, do contrato enquanto instrumento da relação de circulação de bens e riqueza, bem como da propriedade particular, tudo apoiado nas teorias econômicas de Adam Smith, quando o indivíduo egoísta considerava que a realização de sua felicidade e bem individual acabaria por propiciar o tão desejado bem comum, devendo as Cartas Políticas se restringir à organização dos poderes estatais e pela garantia da esfera de liberdade do cidadão burguês. Isso estava sobejamente pelo Código Civil que, naquele momento, era o centro do universo liberal, ficando a

Constituição à margem desse processo, como se fosse um “satélite” que gravitava ao redor do “Deus Sol”. (FARIAS & ROSENVALD, 2012).

Em suma, a mentalidade da era moderna e concordando com a lúcida análise crítica de Alain Touraine (1995, p.38-40), tem na predominância da sua forma (método empírico); busca da autonomia privada somente pela razão; rejeição das verdades religiosas; visão materialista da perseguição ao progresso e domínio da natureza pelo homem, como seus principais pilares ideológicos.

Nesse passo, e tendo-se por em linha de conta que o direito é sempre “fruto de determinada cultura, nível da própria realidade e elemento constitutivo do modo de produção social” (DERANI, 2008, p.33); configurando-se a lei como expressão superior da razão humana e “domínio asséptico da segurança e justiça” (BARROSO, 2006, p.229); no lado socioeconômico se imagina um controle científico do mundo e estabelecimento de uma sociedade de produção a fim de alimentar o consumo em massa, calcada na superexploração dos seus recursos naturais e se promovendo, por conseqüência, uma “degradação entrópica do planeta pelo efeito de suas sinergias negativas” (LEFF, 2003, p.39).

De fato, os últimos duzentos anos de expansão do capitalismo industrial e financeiro, com o desenvolvimento de tecnologias a serviço da redução de custos com o escopo de atender uma produção em série e massificada, restou marcado pelo uso desmedido dos recursos naturais, quase sem nenhum controle ou prevenção de riscos ao nosso ambiente planetário. E como marco do desenvolvimento da indústria pesada, a partir da segunda metade do século XIX, se verifica a mudança da matriz energética do carvão para o petróleo; substituição do motor a vapor pelo a combustão; aplicação da eletricidade e produção de aço aumentando progressivamente, com impactos negativos causado no ambiente físico em que vivemos.

Acerca dessa problemática inaugurada principalmente com o advento da Era Industrial, se percebe claramente que a relação homem-natureza foi se modificando para uma relação sociedade-natureza, muito mais complexa e mostrando uma produção que excede a capacidade de suporte e resiliência dos nossos ecossistemas naturais. Nesse novo modelo, o consumo passou a demandar maiores quantidades de bens manufaturados e a exigir novos produtos, formatando um sistema produto-consumo que não se suporta por muito tempo, uma vez que as fontes de matéria-prima são limitadas e a nossa capacidade de fossa muito reduzida, embora os

adoradores da tecnologia apregoem que ela será capaz de resolver todos os problemas ambientais (FONSECA, 2011).

Sentindo-se tais implicações já na segunda metade do século XX, sobretudo a partir dos horrores expostos com a Segunda Guerra Mundial, a problemática ambiental começa a ser abordado por uma percepção mais realista, crítica e reflexiva. É que a bipolarização entre as potências rivais, após a vitória naquele último grande embate mundial (Estados Unidos e União Soviética), resultará em tensão constante por territórios de influência no globo, daí a década de sessenta ser marcada pela corrida espacial, incremento do poderio militar, testes nucleares, avanços tecnológicos e celebração do consumo de bens materiais, como estilo ideal de vida.

Nesse cenário de novas ansiedades e indeterminações, pautado por imensa industrialização e fluxo de capitais, assim como pelo uso indiscriminado da tecnologia, ocorre a fragmentação das ideologias, não mais reduzida na binária “luta de classes” da era moderna, mas muito em função da efervescência cultural e política da década de sessenta, culminando com os movimentos estudantis de 1968, quando emergiram vários outros espectros de identidade, tais como os movimentos feminista, pacifista, hippie, de luta pela igualdade racial e também o ambientalista, que se fortalecem na década seguinte (BITTAR, 2009).

A despeito de outros e legítimos interesses, a crítica ao consumismo e contra o desperdício começa a se espalhar pelos núcleos de pensadores mais atentos aos diagnósticos dessa nova era, afirmando-se claramente que poucos se beneficiavam da plethora de bens produzidos pela modernidade, denunciando ainda os imensos recursos desperdiçados na produção de armamentos bélicos, inclusive nucleares, que ameaçavam a vida no planeta, se destacando o ambientalismo como filho direto desse movimento crescente da contracultura (GONÇALVES, 2002).

Com efeito, foi nesse cenário político e acadêmico que a problemática ambiental ganha seus holofotes mais reluzentes, repercutindo todo o temor com os impactos negativos para habitabilidade do planeta gerados pelo crescimento exponencial das atividades humanas, como a queima de combustíveis fósseis e o desmatamento de florestas, preocupação essa mais atinente às pressões internacionais dirigidas ao Governo Brasileiro (MILLER, 2011).

De fato, a crise ambiental relaciona-se com a conscientização de colapso iminente do mundo, diante dos padrões de industrialização calcados no consumismo e na produção em massa, dando ensejo ao debate

para soluções viáveis e com o escopo de limitar a superexploração dos recursos ambientais, ainda controlar de modo eficiente a poluição e o uso de toxinas, bem como a interação destes com os demais fatores antrópicos responsáveis por transformar o Planeta Terra em uma verdadeira bomba-relógio, estando as presentes gerações consumindo reservas naturais pertencentes às nossas futuras civilizações (AMADO, 2017).

A abordagem da questão ambiental tecnicamente encaminhou-se para a subdivisão de três temas que, por sua vez, dão azo ao debate de diversos problemas específicos em cada uma de suas áreas, a saber: depredação dos recursos naturais (limites naturais de reprodução da matéria); geração de resíduos (limites naturais de reciclagem); e problemas relacionados à pressão de uma superpopulação sobre o ambiente (limite para o abastecimento de alimentos e outros recursos) (MATIAS & MATIAS, 2009).

Em vista disso, o ambientalismo dos anos 1960-1970 nasce preocupado com a superpopulação, industrialização excessiva e poluentes lançados na biosfera, tanto que o Relatório Meadows de 1972 e a postura neomalthusiana do Clube de Roma são símbolos dessa primeira fase, cujas discussões e críticas colocaram em pauta os limites do crescimento econômico e insustentável uso dos nossos recursos naturais. Nessa mesma linha, seguiu a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em junho de 1972 na Cidade de Estocolmo, sendo até hoje reconhecida como o marco do Direito Ambiental e a partir da qual a preocupação com a problemática ambiental restou incorporada ao discurso dos Órgãos Internacionais, começando a busca por efetivação de medidas e influência sobre os processos decisórios dos respectivos estados no cenário mundial, sem impeco de ter ficado marcada pela polarização norte-sul, quanto aos interesses dos países desenvolvidos de um lado e países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos de outro.

Somente na década seguinte, e por obra dos debates institucionalmente realizados pela Organização das Nações Unidas (ONU) - iniciados em 1983, conclusos e publicados em 1987, sob a denominação de Relatório Brundtland – é que se apontou de forma mais racional, clara e objetiva, para a necessidade de redução dos riscos gerados pelo sobre-uso dos recursos naturais.

Ocorre que nessa etapa de amadurecimento do pensamento ambientalista já não se lutava mais por um modelo de “crescimento zero”, ou de estagnação econômica, como na década anterior, mas sim o equilíbrio

entre o crescimento econômico e capacidade de suporte dos ecossistemas, inclusive com uma série de medidas a serem adotadas pelos países para promoção do que se convencionou chamar de “Desenvolvimento Sustentável” (MELO, 2011).

Essa nova lógica do pensamento ambiental parte da premissa de que os recursos renováveis que compõem parte do capital natural da Terra podem nos fornecer uma “renda biológica” indefinidamente renovável, desde que não usemos esses recursos mais rápido do que a natureza os renova, significando bem por isso “sustentabilidade” a possibilidade da nossa sobrevivência com essa renda biológica, sem exaurir ou degradar o capital natural que a fornece (MILLER, 2007).

Por fim, e quebrando o paradigma até então de que a lei ampara direitos apenas dos homens viventes no mesmo espaço-tempo da norma em vigor, esse conceito de “desenvolvimento sustentável” e sua previsão no plano jurídico internacional introduz agora a necessidade de preservar ecossistemas também em relação àqueles que ainda não existem ou estão a por vir. É o que chamamos de uma hipótese de “solidariedade intergeracional”, fruto da quadra histórico-cultural da civilização pós-moderna e que está implícito no mesmo conceito de desenvolvimento sustentável, como se fosse firmado um pacto fictício com as gerações futuras e prevendo para elas um direito de acesso aos recursos ambientais a fim de também terem uma vida digna e saudável (AMADO, 2017).

2 PÓS MODERNIDADE E AMBIENTALISMO COMO CONTEÚDOS JURÍDICOS

Com imaginado no item anterior, as décadas de cinquenta e sessenta passadas foram marcadas pela contraposição às certezas, ao poder absoluto da razão e às ideias científicas da modernidade, processo este desencadeado pela reflexão dos pensadores acerca dos horrores da Segunda Guerra Mundial e, principalmente, pelos acontecimentos que tiveram o seu ápice em 1968, com a desencadeação de múltiplos movimentos de protestos populares.

Lembrados marcos temporais, dentre outras circunstâncias culturais do período, são associados à ruptura da era moderna e nascimento da sociedade pós-industrial ou pós-modernidade, correspondendo um processo de mudanças que dizem respeito a novas concepções quanto às regras da vida, instituições, valores e necessidades coletivas. Esse movimento teórico busca entender e descrever o grande ceticismo que se

abateu no mundo a partir da decepção com a idade moderna; com o fim do racionalismo e vazio teórico, alimentada com a insegurança jurídica que se observa efetivamente na sociedade; descrença no modelo de Estado e formas econômicas por ele defendidas; desesperança na ciência, princípios e valores prevalentes nos dias atuais (MARQUES, 1999).

Nesta era pós-moderna se fincaram consensos mínimos justamente a partir das principais críticas que se ergueram contra os pilares da modernidade, quais sejam, obsessão dela pela ordem e pela aplicação da razão científica sobre todos os campos do saber. Agora, o lugar não é mais dos padrões estanques, sacralizados, universais, eternos e imutáveis. Com o advento da pós-modernidade abre-se caminho para éticas pulverizadas, para a tolerância e diferentes formas de saberes, nas quais o multifário tem maior prevalescência que qualquer unicidade ou outro determinismo educacional (BITTAR, 2009).

E o direito, como invento humano e fenômeno histórico-cultural, não tem como não ser influenciado por essa mutação cultural contemporânea e que vem sendo vivenciada desde os últimos cinquenta anos. Obviamente que sua técnica para solução de conflito e pacificação social não passaria imune às novas necessidades de busca por essas liberdades fundamentais reconhecidas depois do advento da Segunda Guerra Mundial que, no plano internacional, reavivou a chamada “virada kantiana”, significando dizer, volta da influência de Emmanuel Kant sobre a filosofia contemporânea e reaproximando os campos da ética e do direito, dando novos contornos para fundamentação moral dos direitos humanos, com a busca da justiça fundada num “imperativo categórico” que se apresenta como fórmula universal para convivência harmônica de toda a nossa humanidade (TORRES, 2005).

Em contraposição as experiências jurídico-políticas traumáticas dos regimes totalitaristas da primeira metade do século XX, se assume na ordenação da vida social o papel central do valor da pessoa humana e, por sua vez, dos mecanismos para sua promoção e proteção internacional, considerando o estágio de pensamento político e novos valores jurídicos eleitos como essenciais pela sociedade pós-moderna. Essa experimentação histórica levou Hannah Arendt concluir por uma cidadania mundial, onde a maior expressão do direito é ter direitos, porquanto a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos é uma construção da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum (LAFER, 1997).

Os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana passam a ser efetivamente considerados e, por consequência, aplicados objetivamente

tanto na fase de elaboração quanto de aplicação das normas jurídicas, configurando exemplo prático da reaproximação entre o direito e ética na pós-modernidade. Devidamente previsto na Constituição Brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, tanto dos individuais quanto dos políticos e sociais. Esse princípio tem sido hodiernamente objeto de intensa elaboração doutrinária, assim como de maior busca por sua densidade jurídica (BARROSO, 2006).

Neste início do século XXI, a realidade vivida no planeta aponta riscos de destruição irreversível aos mais diversos ecossistemas naturais, herança dos duzentos anos de operação da sociedade industrial petróleo-dependente governada pelo *homo economicus*, em que passou vigorar o modelo produção-consumo alicerçado nos combustíveis fósseis (FONSECA, 2011, p.397).

Essa tomada de consciência e ampliação do âmbito de incidência do direito à saúde e promoção da qualidade de vida indica a necessidade de controlar os fatores de degradação da qualidade de vida do homem. Nessa quadra histórica, une-se a temática ambiental ao discurso dos direitos humanos, uma vez que o meio ambiente equilibrado é apresentado como *conditio sine qua non* para o resguardo da dignidade humana, porquanto sua difusidade é um bem jurídico que interessa a todos, indistintamente, sendo comum seu uso pelo povo e também necessário à sadia qualidade de vida de toda a humanidade. É um direito fundamental no sentido de que, sem ele, a pessoa humana não se realiza plenamente; é dizer, a vida na terra depende, para sua integralidade, entre outros fatores, da proteção do meio ambiente com todos os seus consectários (SILVEIRA, 2010).

Com efeito, por intermédio da interpretação progressiva e *pro homine* do direito internacional, com fundamento ainda na indivisibilidade e interrelação dos direitos humanos, os Tribunais Regionais Internacionais gradativamente vêm superando a inexistência de expressa norma com judicialidade respectiva, uma vez que a maioria dos tratados de direitos humanos são da última década de sessenta, antes da questão ambiental ganhar destaque junto à comunidade internacional. O Sistema Africano, a despeito de não contar com um tribunal propriamente dito, mas tão somente com uma Comissão de Direitos Humanos, já tutela o meio ambiente por ser o sistema criado mais recentemente (Carta de Banjul, de 1984) (KOURY & SOUSA, 2009).

A identificação do fenômeno denominado esverdeamento dos direitos humanos (*greening*) refere-se à posição dos Tribunais Regionais de Direitos Humanos (especialmente da Corte Europeia), de ampliar o alcance de diversos direitos fundamentais – como direito à vida, saúde, integridade física, privacidade e à vida familiar –, determinando que apenas é possível a total garantia deles se os seres humanos também gozarem de um direito ao meio ambiente sadio (ARAÚJO, 2011).

De fato, configura-se desafio dos tempos pós-modernos a efetiva proteção da dignidade humana e manutenção da habitabilidade do planeta, albergadas pelo direito internacional e interno dos países, como resposta da sociedade contemporânea ao acirramento, em maior ou menor grau, conforme a posição de cada nação, da discussão acerca do desmatamento, contaminação atmosférica, aquecimento global, desertificação, uso racional da água e a cada vez mais crescente carência por água potável, para citar alguns dos principais itens da problemática ambiental.

Mas tudo isso passou à margem da sacralização do conhecimento científico e fetichização do progresso, como afirmações do espírito moderno e características da sociedade novecentista industrial, restando absorvidos pelo sistema jurídico respectivo e convertidos nos seguintes dogmas positivistas: (a) neutralidade (caráter descritivo da realidade, afastando das especulações filosóficas juízos de valor); (b) objetividade (separação sujeito e objeto); (c) estatalidade (ordem uma oriunda do Estado); (d) formalismo (redução do direito a norma, e discussão de sua validade reduzida ao processo de criação); (e) completude (sistema perfeito, endógeno e autossuficiente de normas em vigor) (BARROSO, 2011)

Ao modo adaptado, muitas dessas características e com fundamento no positivismo comteano¹ acabaram impregnando também o mundo do direito. As pretensões positivistas das ciências sociais encontram seu paralelo na ciência normativa-jurídica, da seguinte forma: (a) busca pela domesticação do mundo por meio da “ordem”, nas ciências sociais, é a busca pelo estabelecimento rígido de uma “ordem jurídica” no campo do direito; (b) “método empírico” de produção do conhecimento, nas ciências sociais, traduz-se no “processo legislativo” como gênese normativa do sistema jurídico; (c) descoberta das “leis naturais” que regem a vida

¹ Augusto Comte é autor do “Curso de Filosofia Positiva”, que tem como fundamentos da evolução da humanidade a passagem pelos “três estados”, sendo o primeiro, o Estado Teológico, seguido do Estado Metafísico e, por último, que para ele seria o auge, o Estado Positivo, marcado pelo discurso cientificista embasado na razão e no método das ciências matemáticas e físicas, que deveriam ser aplicadas igualmente às ciências sociais, ao que se denomina física social e mais tarde sociologia (COMTE, 1990).

social correspondem à promulgação das “leis pátrias”, vigentes em um determinado tempo e território; (d) credibilidade das teorias acerca das relações sociais, buscada pelas ciências sociais, correspondem à segurança jurídica ambicionada pelo direito positivado (MOTA, 2017).

Notadamente em razão da visão de que discussão acerca de questões como legitimidade e justiça não deveriam ser travadas no âmbito do direito, o positivismo jurídico – como herdeiro do racionalismo iluminista e útil aos interesses do capitalismo industrial - mostrou-se insuficiente para a percepção de mundo que se passa a estabelecer pós Segunda Guerra Mundial. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século passado, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, cujos movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promovendo uma barbárie em nome da lei, sendo isso provado pelos principais acusados de Nuremberg quando invocaram o cumprimento da lei e obediência a ordens emanadas da autoridade competente (BARROSO, 2006).

Por decorrência dos novos valores culturais e paradigmas epistemológicos erguidos depois da Segunda Guerra Mundial, no pós-positivismo se desfizeram os mitos da neutralidade do intérprete e da objetividade do direito, justamente aqueles que se demonstraram insuscetíveis de realizar no pensamento, haja vista a contribuição dos marxistas sobre a influência da ideologia, de Freud sobre o papel do inconsciente e sem olvidar de Einstein, responsável pela substituição da certeza intelectual definitiva pela certeza intelectual aplicável de acordo com as circunstâncias de certo domínio de validade.

Da mesma forma, mostra-se impraticável a concepção legalista de apego ao formalismo, figurando-se igualmente importante para o direito, além da obediência ao procedimento correto de criação, o conteúdo justo das normas como critério de validade. Essa reconfiguração da preconizada estatalidade não mais reduzida a norma produzida pelo Estado, mas também àquelas por ele reconhecidas, como nos casos de pluralismo jurídico e a exemplo do direito comunitário praticado dentro dos territórios indígenas.

As lições legadas pelos eventos traumáticos da Segunda Guerra, tais como totalitarismo, Holocausto e tragédia atômica da população japonesa, é de que jamais o pensamento jurídico deve se apartar das ideias de justiça e legitimidade, considerando-se abertamente a influência

recíproca entre direito e demais ramos do conhecimento, como a moral, política, linguística, sociologia e psicologia, dentre outros.

De fato, o pós-positivismo e como marca do pensamento jusfilosófico que respalda a produção jurídica na era pós-moderna, é caracterizado pelo retorno aos valores concernentes à reaproximação do direito com a ética, identificado por um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo, tendo por marca a ascensão dos valores e reconhecimento da normatividade dos princípios. Com ele, a discussão ética volta ao campo do direito, se destacando o pluralismo político e jurídico, bem como a compreensão de uma nova hermenêutica diante da possibilidade de ponderação dos interesses em conflito, como componentes dessa nova reelaboração teórica, filosófica e prática (BARROSO, 2006).

Encerra-se o protagonismo do direito civil/comercial por se tornar insuficiente ao ordenamento, em vista de se configurar em aparato legiferante a serviço da burocracia administrativa racional, útil à justificação do Estado Moderno e coadunada ao interesse da ideologia burguesa da sociedade moderna. Assume agora papel central do sistema jurídico a Constituição, passando o seu núcleo axiológico ser a dignidade da pessoa humana, valor-fonte do direito pós-positivista, desenvolvendo-se os mecanismos para sua promoção e proteção. Assim surge o movimento pós-positivista, como uma tentativa de encontrar um ponto intermediário para a solução da clássica antinomia entre direito natural e positivo, não implicando isso num abandono da positividade do direito, mas de uma superação daquele positivismo estrito e prevalência da Constituição, encarregada agora de consagrar os valores fundamentais de uma sociedade (NOVELINO, 2008).

Dentro desses contornos dogmáticos, os demais ramos do direito passam a ter suas normas interpretadas à luz dos princípios e diretrizes asseveradas nas Constituição dos Estados Nacionais, ficando essa transformação responsável pela reconfiguração de institutos tradicionais como a propriedade e o contrato; legitimidade da ascensão dos princípios como primeira etapa de jurisdicização dos valores éticos consensuados; redefinição do papel do Estado na garantia da ambiência propícia para que cada um possa desenvolver suas potencialidades com universalização dos direitos que configurem o mínimo existencial; e, ainda, procura cada vez mais sofisticada por instrumentos jurídicos e técnicas interpretativas para efetivar a liberdade, igualdade material e solidariedade humana

O direito ambiental, com suas características únicas, só poderia mesmo ser viabilizado no estágio desse pensamento pós-moderno, com

respaldo nos seus pilares pós-positivistas e suplantadores do paradigma anterior, perfeitamente compreendidos dentro da ordem dos valores culturais dessa sociedade contemporânea. Por ser reformulador e modificador por excelência, o direito ambiental veio para atingir toda a organização da atual civilização, cuja trajetória conduziu à ameaça da existência humana pela atividade do próprio homem, surgindo ainda para rever e redimensionar conceitos que dispõem sobre a convivência das atividades sociais (DERANI, 2008).

O direito ambiental, em razão dessas particularidades, apresenta lógica distinta face aos demais ramos jurídicos tradicionais, cunhados na pré-modernidade e disseminados durante a modernidade, reproduzindo feição, valores, estágio do pensamento e anseios dessa sociedade pós-moderna. Nesta era em curso, convive-se com:

(a) visão complexa e integradora do modo de pensar pós-moderno, presente no meio acadêmico-científico, rompendo-se com o cartesianismo e se afastando do pensamento departamentalizado, marcante característica da comunidade científica moderna. Aí se encontra a matriz da transdisciplinaridade do direito ambiental, por conta mesmo da imprescindível influência dos demais ramos do conhecimento científico para sua operacionalização, porquanto não apenas congrega conhecimentos de inúmeras ciências dedicadas à questão ambiental, como ainda penetra horizontalmente nas disciplinas jurídicas tradicionais (BORATTI, 2008);

(b) partindo da premissa de que não há verdade a ser revelada, mas a viabilidade para construção de várias verdades a partir de determinadas circunstâncias inerentes a específico domínio de validade, fica evidente que não há qualquer desobediência à lei quando o operador jurídico se pauta em critérios estabelecidos pelo próprio direito ambiental para adaptá-la a uma situação concreta. Ao fazer essa concordância prática (ou harmonização) de normas, o intérprete deve ter em mente que quanto maior o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro, tendo sempre em mente que não havendo possibilidade da sua aplicação simultânea, um deles deverá necessariamente ser afastado, após ponderação para verificar qual deles possui peso relativo maior (NOVELINO, 2008);

(c) revelação da não-linearidade do tempo, como se fosse algo hetero, mas sim compreendendo o tempo como um “lugar” e a partir da sua realocação enquanto “espaço”, que sub-repticiamente empodera o discurso da solidariedade intergeracional, ou mesmo como co-titularidade

entre presente e vindoura geração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em suma, pode-se dizer que as futuras gerações são subjetividades coletivas formadas por indivíduos com menos de 18 anos de idade, e por todos aqueles que ainda não nasceram e que, sequer, foram concebidos. Referidas subjetividades coletivas, e nos termos disciplinados pelo direito ambiental, são portadoras de direitos e interesses difusos planetários, isto é, fundamentais para a perpetuação da espécie humana no Planeta Terra (RAMOS Jr., 2012);

(d) novos aspectos da fragmentação do indivíduo na pós-modernidade, não mais identificado por disposição em classes (burguês X proletário), nem mais pela binária classificação dos interesses a serem protegidos (público X privado), mas agora em vista do caráter difuso do macrobem ambiental e, por isso mesmo, indisponível, muito embora pertencente a todos os viventes e aqueles que ainda estão por vir. Esse macrobem ambiental se denota *sui generis* na medida em que sua imaterialidade e natureza difusa não se encaixam, nem mesmo forçosamente, nas tradicionais categorias de bens públicos e privados. Em razão dessa originalidade do direito ambiental e seu problemático enquadramento nas tipologias clássicas, teremos que necessariamente repensar as técnicas que estão voltadas para a defesa exclusivamente patrimonial de uns sujeitos contra os outros (MATEO, 1995).

Com efeito, e diante dessas breves e relevantes características apontadas, seus desdobramentos e implicações restaram alinhadas para reforçar a essência pós-moderna do direito ambiental, só possível de ser construído a partir das premissas do pós-positivismo e estágio de pensamento emancipado nesta atual quadra histórica. E a problemática ambiental da segunda metade do século XX, que levou o mundo jurídico a se manifestar como um sistema de ordenação social eficaz, precisa compreender a estética e técnicas de aplicação das normas ambientais dentro dos novos paradigmas dogmáticos aceitos desde a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente voltados para a garantia e promoção da sadia qualidade de vida, real núcleo essencial da norma ambiental.

Assim, o direito ambiental enquanto categoria do aparato jurídico de oferta das condições para se alcançar a dignidade pessoal, ao transcender ainda a lógica individualista ou essencialmente coletiva das questões jurídicas da sociedade industrial, haverá de corresponder efetivamente aos

valores consensuados da cultura e preocupação, dentro e fora da ciência jurídica, por um mundo mais justo e ambientalmente saudável.

CONCLUSÃO

A crise ambiental e as mudanças sociais que se seguiram à segunda Guerra Mundial, bem como os movimentos globais dos anos sessenta do século passado, são marcas dessa crise da modernidade e, conseqüentemente, do fracasso político desse positivismo jurídico e sua visão cientificista, imaginando-se convicta de poder conduzir o progresso da humanidade apartado de todas as demais subjetividades, especulações, preferências e valores insuscetíveis de comprovação pelo método empírico.

A transição paradigmática da pós-modernidade e seu impacto sobre o pensamento jurídico, com o restabelecimento da razão prática e seguindo para validação de uma respectiva teoria da argumentação, retoma valores e centralidade na dignidade da pessoa humana, se acomodando perfeitamente à formação de um Direito Ambiental ascendente nos últimos quarentas anos.

Em pleno desenvolvimento da pós-modernidade neste século XXI, a reafirmação do direito a um meio ambiente hígido como condição inafastável de promoção da sadia qualidade de vida, revitaliza a inclusão do discurso ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos internacionais, assim como em diversos países e com repercussão em todos os quadrantes do planeta, uma vez que se apresenta como direito de características *sui generis* e muito alinhado com a experiência ético-jurídica.

Como exemplo de ciência normativa dos tempos pós-modernos, na sua tarefa de construir normas tendentes a introduzir ordem e justiça na vida social, o ramo do Direito Ambiental, ou dizendo de maneira mais correta, as regras e princípios relativos ao meio ambiente alcançam neste ápice do momento civilizatório ordenamentos jurídicos nacionais e primazia na discussão jurídica internacional, num mundo marcado por incertezas e prognósticos catastróficos quanto às condições de resiliência do planeta em futuro próximo.

Assim, importante entender as condições que levaram o posicionamento do discurso ambiental, primeiro como compromisso ético com a biodiversidade e futuras gerações para, logo em seguida e como parte integrada ao plano jurídico, procurar compreender os desafios do Direito Ambiental como subsistema jurídico capaz de instrumentalizar sua efetivação, sem perder de vista um mundo que ainda convive com enraizados

valores da moderna sociedade industrial, malgrado reconhecido processo histórico para instauração de uma nova ordem que se convencionou chamar, desde os eventos da Segunda Guerra Mundial e movimentos emancipatórios da década de sessenta do século passado, de pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2017~.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILLETI, Nelson. **Toda a história: história geral e história do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1997.

ARAÚJO, Luisa Athayde de. O direito ao meio ambiente sadio como um direito humano: uma análise da jurisprudência dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Disponível: <https://ww.pucrio.br/pibic/relatorio>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo, C.B. **O Direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BORATTI, Larissa Verri. Aspectos teórico-jurídicos do risco ambiental no espaço urbano. Disponível: <https://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 17 ago.2017.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Martin Fontes, 1990.

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

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: obrigações**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012.

FONSECA, Osório. **Pensando a Amazônia**. Manaus: Valer, 2011.

GONÇALVES, Carlos Walter P. Ambientalismo, ciência e poder: diálogo de diferentes matrizes de racionalidade. SORRENTINO, Marcos (coord.). Ambientalismo e participação na contemporaneidade. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2002.

KOURY, Ana Beatriz.; SOUSA, Daniel Leão. O direito ambiental sob a perspectiva da proteção internacional à pessoa humana. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 8, p. 306-345, 2009.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Disponível: <https://www.scielo.br>. Acesso em: 08 ago 2017.

LEFF, Enrique. **A complexidade ambiental**. Tradução de Eliete Wolff. São Paulo: Cortez, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 237–248, jan./jun., 1999.

MATEO, Ramón Martins. **Manual de derecho ambiental**. Madri: Trivium, 1995.

MATIAS, Iraldo Alberto Alves; MATIAS, Rui Carlos Alves. **Crise ambiental e sustentabilidade**: princípio para uma crítica à ecologia política. Disponível: <https://www.ifch.unicamp.br>. Acesso em: 11 ago 2017.

MELO, Marciano Almeida. **O desenvolvimento industrial e o impacto no meio ambiente**. Disponível: <https://www.jurisway.org.br>. Acesso em: 13 ago 2017.

MORRINSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTA, Guilherme Gustavo Vasques. Aula ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, **Universidade do Estado do Amazonas**, 22 de jun. de 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2008.

RAMOS JR., Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVEIRA, Edson Damas. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1995.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

DISCURSO JURÍDICO IDEOLÓGICO: A DESUMANIZAÇÃO DA SOCIEDADE VOLTADA AO SISTEMA EDUCACIONAL

IDEOLOGICAL LEGAL DISCOURSE: THE DESUMANIZATION OF THE SOCIETY RETURNED TO THE EDUCATIONAL SYSTEM

Marli Marlene Moraes da Costa *

Betina Galves Rui **

SUMÁRIO: Introdução. 2. Linguagem, discurso e ideologia: conceitos e aplicações. 3. Ideologia, discurso e a desumanização da sociedade com o sistema educacional. Conclusão. Referências.

RESUMO: Fundamentada através de preceitos constitucionais fundamentais e nos direitos humanos a educação é uma garantia inerente ao ser humano, simplesmente pelo fato deste ser considerado pessoa e por garantir o desenvolvimento intelectual e físico de cada sujeito. Logo, ela é uma garantia a ser desenvolvida pelo Estado e para a sociedade através de políticas públicas. Ocorre que, quando o Estado não acarreta a devida importância a esse instituto desenvolvendo legislações dotadas de lacunas e insuficiências, o resultado é uma sociedade também desinteressada. Por esse motivo originou-se o seguinte problema: como um discurso ideológico implantado através de mecanismos jurídicos pode acarretar a desumanização da sociedade com relação à educação? Para resolução do problema tem-se, num primeiro momento, o objetivo de compreender os conceitos e aplicações da linguagem, do discurso e da ideologia, tendo como marco teórico Carlos Roberto Jamil Cury, Louis Althusser e Michel Foucault e, num segundo momento, o objetivo é entender como ideias e conceitos podem ser transmitidos à sociedade de forma tendenciosa e errônea envolvendo o Plano Nacional da Educação, que recebe um discurso incorreto sobre a realidade das disposições contidas nele. Como meio de desenvolvimento da pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento sistemático e a técnica de pesquisa realizada em artigos, livros, bibliografias e legislações, sendo possível entender como o Estado desenvolve percepções incorretas através de um discurso jurídico ideológico. Assim sendo, este artigo científico demonstrou que a grande despreocupação do sistema educacional brasileiro tanto pelo Estado como pela sociedade deriva, também, de falsos discursos desenvolvidos por aquele e que envolvem a sociedade de tal forma a acreditarem no mesmo como correto.

Palavras-chave: Discurso. Educação. Políticas Públicas.

ABSTRACT: *Based on fundamental constitutional precepts and human rights, education is an inherent guarantee for human beings, simply because it is considered a person and for guaranteeing the intellectual and physical development of each human being. Therefore, it is a guarantee to be developed by the State and to society through public policies. It happens that, when the State does*

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos – Espanha, com bolsa CAPES. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar.

**Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada.

Artigo recebido em 21/02/2018 e aceito em 18/10/2018.

Como citar: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RUI, Betina Galves. Discurso jurídico ideológico: a desumanização da sociedade voltada ao sistema educacional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.217, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

not give due importance to this institute by developing legislation with gaps and insufficiencies, the result is a society that is also disinterested. For this reason, the following problem arose: how can an ideological discourse implanted through legal mechanisms lead to the dehumanization of society in relation to education? In order to solve the problem, the objective is first of all to understand the concepts and applications of language, discourse and ideology, with Carlos Roberto Jamil Cury, Louis Althusser and Michel Foucault as the theoretical framework. objective is to understand how ideas and concepts can be transmitted to society in a biased and erroneous way involving the National Plan of Education, which receives an incorrect speech about the reality of the dispositions contained in it. The method of deductive approach, the method of systematic procedure and the research technique carried out in articles, books, bibliographies and legislations were used as a means of developing the research, and it is possible to understand how the State develops incorrect perceptions through an ideological legal discourse. Thus, this scientific article has shown that the great lack of concern of the Brazilian educational system, both by the State and by society, also derives from false speeches developed by the latter and that involve society in such a way as to believe it to be correct.

Keywords: *Discourse. Education. Public Policy.*

INTRODUÇÃO

Uma das principais formas de crescimento e evolução do ser humanos é a educação, uma vez que esta torna possível a existência de capacidade para reflexão e manifestação das pessoas através dos direitos e obrigações derivados das legislações e da própria realidade do homem, conseqüentemente desenvolvendo sentidos humanitários e respeito entre os sujeitos. Em decorrência disso, a educação pode ser considerada um direito humano, logo, inerente aos seres humanos.

Mas o fato de ser um direito humano e uma das principais formas de evolução das pessoas não está garantindo, pelo menos no Estado brasileiro, a adequada consecução de políticas públicas que atinjam a sociedade diretamente e de forma completa, principalmente com relação à expansão do entendimento e noção de importância dessa área. Isso ocorre pelo fato do Estado não dar a devida importância ao instituto e, através de discursos implantados na sociedade, originar uma ideia incorreta de que estão sendo desenvolvidas políticas públicas de qualidade para o desenvolvimento educacional dos cidadãos, mesmo que na prática isto não seja observado. O Plano Nacional da Educação é uma exemplificação disso, a partir do momento em que muitos aspectos reivindicados pela sociedade deveriam estar contidos no Plano, mas não estão, embora o discurso feito sobre ele seja de que o mesmo abrange todas as necessidades educacionais.

Por esses motivos é que se originou o seguinte problema: como um discurso ideológico implantado através de mecanismos jurídicos, pode acarretar a desumanização da sociedade com relação à educação?

Para que se possa resolver ao problema proposto utilizou-se o método de abordagem dedutivo, que através da exposição de informações em cada capítulo da pesquisa torna-se possível chegar a uma conclusão do que está sendo trabalho e uma solução do problema proposto, o método de procedimento sistemático, que através de disposições ordenadas de informações é possível fazer conclusões relativas ao problema da pesquisa e a técnica de pesquisa em artigos, livros, bibliografias e legislações voltados para a percepção de como o Estado desenvolve os discursos que transmitem à sociedade uma ideia errônea de desenvolvimento e qualidade da educação.

A fim de cumprir com as previsões, a pesquisa é dividida em dois capítulos. O primeiro contextualizará os conceitos e aplicações dos institutos da linguagem, do discurso e da ideologia, tendo como marco teórico Carlos Roberto Jamil Cury, Louis Althusser e Michel Foucault. Enquanto que o segundo, possibilitará o entendimento de como a união do discurso e da ideologia podem fazer com a sociedade se torne desumanizada em relação ao sistema educacional.

Por fim, a importância da presente pesquisa se dá pelo fato de analisar como a sociedade indiretamente e sem a necessária e devida reflexão, pode se tornar indiferente e despreocupada, logo, desumanizada, com relação a uma das principais áreas de desenvolvimento humano, que é a educação, com simples discursos que causam percepções incorretas.

1 LINGUAGEM, DISCURSO E IDEOLOGIA: CONCEITOS E APLICAÇÕES

Desde os períodos primórdios em que se iniciou uma civilização, a comunicação entre as pessoas era algo fundamental para que as mesmas pudessem se entender e, conseqüentemente se relacionar, formando uma interação social tendo em vista a necessidade do ser humano de conviver e interagir com os seus iguais para desenvolver seu bem-estar e qualidade de vida.

O fato dessa tendência do ser humano em conviver e se comunicar, aos poucos foi originando formas de entendimento entre eles, como a existência de gestos, sons, fala e a escrita, que com o passar de muitos séculos foram sendo desenvolvidas e aprimoradas, tanto é assim que existiram várias fases da escrita, como a pictográfica que era feita através de desenhos em cavernas até a fonética, que é a linguagem utilizada atualmente.

De todo modo, qualquer meio de comunicação utilizado, sejam os de antigamente ou os atuais, o entendimento somente é possibilitado através da utilização de signos que, se unidos e dotados de ideologia e conhecimentos, formam a linguagem, porque estão inseridos nela. Assim, o fato dos signos estarem inseridos na linguagem é o que possibilita a compreensão dela, visto que “o signo é um fato da linguagem”. (WOJSLAW, 2010, p. 4). Ou seja, o signo é um símbolo que pode ser representado de inúmeras formas, mas que somente faz sentido e pode ser entendido quando dotado de ideologia, que é um instituto que permite ganhar e dar significado às coisas.

A junção desses fatores origina a linguagem, que é uma forma de compreensão universal das coisas e pessoas e das relações que são formadas entre estes. Nesse sentido, a linguagem somente existe e pode transmitir conceitos, ideias e interesses quando inserida num contexto social, principalmente pelo fato desse contexto garantir a reunião de entendimentos e conceitos que são transmitidos automaticamente e instantaneamente entre as pessoas através de relações formadas ou de contatos simples e rápidos. Explicando e fundamentando essas afirmações pode-se recorrer ao estruturalismo, movimento do século XX que tentou explicar a realidade através das estruturas sociais, analisando a linguagem como transformações decorrentes do ser social. “O ponto de partida da linguística de caráter estruturalista é a ideia de que a linguagem não pode ser limitada às relações entre as palavras e as coisas [...]”. (AZEVEDO, 2016, p. 5).

Quer-se dizer, então, que as gerações históricas possibilitam a análise de relações formadas através do saber, do poder, da economia e outros fatores que dão origem a conceitos, entendimentos e costumes que são passados para as gerações seguintes e se mantêm através de uma ideologia que é justificada e fundamentada historicamente, influenciando a sociedade atual como uma única verdade.

Um nobre exemplo que pode ser citado é a criação do contrato social. Em meados do século XVI à XVIII, a partir dos estudos iniciados por Hobbes, Locke e Rousseau, surge o contrato, que foi criado contrapondo o estado de natureza em que os indivíduos viviam. “Isso foi feito através da criação de um Estado de regras, que garantiria melhores condições existenciais e que seriam pensadas em prol dos interesses coletivos e bem-estar comum ao invés dos individuais e particulares”. (SANTOS, 2006, p. 317-318).

A justificativa para a criação deste contrato diz respeito à suposta anarquia vivida pelos indivíduos no estado de natureza, onde não existiam regras e, portanto, estas seriam necessárias para garantir a emancipação social. Por esse motivo,

o contrato social é assim a expressão de uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, colectiva, entre o interesse particular e o bem comum. (SANTOS, 2006, p. 317).

Com a criação desse contrato e as medidas estabelecidas tornou-se possível a regulação da sociedade e suas formas de alcance do bem-comum, sob uma perspectiva de criação de um Estado, naquela época considerado uma instituição nova, para que a sociedade concedesse ao mesmo a responsabilidade de satisfação e busca de pretensões por ela. Em outras palavras, quer-se dizer que esse contrato não existiu literalmente e expressamente, mas foi utilizado como um discurso, dotado de uma ideologia que considerava o estado de natureza insuficiente, e aplicado na sociedade, que adotou a ideia e considerou como verdade. Tanto é assim que até hoje vivemos nessa forma de Estado.

Mas para que a análise da história das relações fundamente novos conceitos e entendimentos ou para que simplesmente se mantenham relações sociais, a linguagem deve ser transmitida de uma forma ordenada e fundamentada, e isso se dá através do discurso. Ou seja, o discurso é um instituto que unifica todas as características da linguagem já mencionadas, de forma ordenada a fim de fazer sentido para quem detém o poder discursivo numa determinada conversa e que será transmitido ao ouvinte. Da mesma forma que este, após ouvir o primeiro, torna-se também detentor do poder discursivo, pois assume essa função para contrapor ou concordar o que foi passado pelo primeiro. Afirma-se, então, que discurso e poder se relacionam. Claramente se percebe tais afirmações quando Althusser afirma como é assegurada as relações de produção envolvendo a linguagem e as formas de poder,

mas visto que considerámos indispensável ultrapassar esta linguagem ainda descritiva, diremos: é, em grande parte, assegurada pelo exercício do poder de Estado nos Aparelhos de Estado, no Aparelho (repressivo) de Estado, por um lado, e nos Aparelhos Ideológicos de Estado, por outro lado. (ALTHUSSER, 1970, p. 25-26).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o discurso é um conjunto de enunciados decorrentes de uma mesma formação discursiva transmitindo significados, conceitos e entendimentos para a formação de uma estrutura social por meio da linguagem que é a intermediadora. Ele se origina através das necessidades e deveres cotidianos que cada pessoa vive na sua realidade prática e histórica, permitindo com que entendimentos e conceitos sejam transmitidos e alterados ou mantidos com o passar do tempo. E isso ocorre justamente porque as fases e períodos históricos dotados de ideologias e poder são perpassados entre as gerações que podem manter ou alterar esses significados de acordo com a realidade e visões vividas e tidas com as próprias experiências.

A noção de formação discursiva é estabelecida, segundo Foucault, a partir da ordem, correlação, funcionamento e transformação, regida por um conjunto de regularidades que determinam sua homogeneidade e seu fechamento. (AZEVEDO, 2016, p. 8).

Os enunciados discursivos não são entendidos literalmente como são transmitidos, porque ao serem incluídos no discurso automaticamente assumem um pensamento geral que os regula, passando a ser homogêneos, por exemplo, enunciados que derivam ou pertencem a uma corrente teórica ou ideológica etc. – em outras palavras, todos os enunciados pronunciados formarão e pertencerão a um único tipo de discurso formado, que irá formar um modo de pensamento de acordo com o que cada pessoa transmitir.

Ademais, como cada sociedade adquire questões culturais e sociais próprias, isso cria a possibilidade inúmeras formas discursivas. Por exemplo, desde o nascimento, as pessoas estão subordinadas a pré-conceitos que estão inseridos na sociedade e se manifestam, de forma primária, na família, por ser o primeiro grupo que esse novo sujeito passa a conviver. Como já mencionado, esses conceitos ou enunciados são fundamentados pela história, cultura, a forma de pensar de determinada sociedade tudo isso sendo passados de acordo com a forma de vida, teorias e pensamentos de costumes dos antecedentes que vão sendo modificados com o tempo.

Entretanto, ressalta-se que a prática social também pode formar discursos. Isso porque o discurso é uma junção e relação dos enunciados com práticas sociais, que são independentes, pelo menos de forma inicial, de conceitos comuns, porque a formação discursiva permite que esses enunciados sejam dotados de homogeneidade, que é garantida por uma regra universal que é transmitida pelas instituições e ditadas por questões e

costumes históricos de relações de poder. Por isso se afirma que as práticas discursivas sociais também serão relacionadas com os demais enunciados históricos. “Significa afirmar que este conceito reúne elementos tanto da fabricação e ajuste dos discursos quanto de aplicação e produção”. (AZEVEDO, 2016, p. 9).

Quando o indivíduo nasce numa sociedade automaticamente fica exposto a pré-conceitos, sejam eles culturais, religiosos, históricos ou qualquer outro, de modo a crescer e conviver com esse pré-conceitos que são entendidos como única verdade ou melhor verdade e necessários para o desenvolvimento da pessoa de forma correta. Da mesma forma que o pouco contato com a realidade discursada facilita e aumento o número de pessoas adeptas ao discurso ideológico. Por esse motivo, desvincular-se dessas formas de pensamento que de certa forma são impostos, vez que não existe opção de escolha inicialmente, torna-se tarefa difícil.

Como exemplo, cita-se o acontecimento histórico do Holocausto, tratado por Baumann no livro *Modernidade e Holocausto*. Existem duas formas de ver o Holocausto, segundo o autor, “a primeira seria apresentar como um evento da história judaica, acontecido apenas contra judeus, enquanto que a segunda seria um caso extremo de uma categoria de fenômenos sociais dos quais podemos conviver, embora seja repulso”. (BAUMANN, 1998, p.14). Embora sejam diferentes, ambos possuem o mesmo resultado final, que é o desvio deste acontecimento como um caso familiar na história.

Isso porque na época em que aconteceu o Holocausto, as pessoas que o ajudaram a praticar eram pessoas comuns, como a maioria da população hoje, mas que mesmo assim se submeteram a tal perversidade. Afirma ainda que essas pessoas não eram loucas nem possuíam outros tipos de problemas ou transtornos, mas apenas concordaram na execução de tais atos, pelo fato de um falseamento da realidade.

Baumann menciona o estudo realizado por Helen Fein, para explicar que o Holocausto teria sido um acontecimento determinado por uma ruptura do controle civilizatório através de elementos psicológicos e sociais, ou seja, através de uma ideologia adotada por um líder que, através de um discurso e juntamente com o comportamento e outros atos falseou o verdadeiro significado da barbárie fazendo com que os cidadãos da época praticassem as atrocidades por estarem seguindo a lei e, portanto, estarem agindo corretamente.

O aumento da distância física e/ou psíquica entre o ato e suas consequências produz mais do que a suspensão da inibição

moral; anula o significado moral do ato e todo conflito entre o padrão pessoal de decência moral e a imoralidade das consequências sociais do ato. Com a maioria das ações socialmente significativas mediadas por uma extensa cadeia de dependências causais e funcionais complexas, os dilemas morais saem de vista e se tornam cada vez mais raras as oportunidades para um exame mais cuidadoso e uma opção moral consciente. (BAUMANN, 1998, p. 31).

Manifesta o autor que o menor contato entre a atitude perversa e o resultado e consequências ou inclusive o maior afastamento entre eles torna possível a explicação ou ação muito mais teórica de “apertar o botão, puxar o gatilho” do que se houvesse o contato permanente com as consequências. Isso reduz a característica moral da atitude porque não é possível sentir as consequências dos atos praticados pela pessoa que os praticou.

O sucesso técnico-administrativo do Holocausto deveu-se em parte à hábil utilização de pílulas de entorpecimento moral” que a burocracia e a tecnologia modernas colocavam à disposição. Dentre elas destacavam-se a natural invisibilidade das relações causais num sistema complexo de interação e o “distanciamento” dos resultados repugnantes ou moralmente repulsivos da ação ao ponto de torná-los invisíveis ao ator. Mas os nazistas se sobressairam especialmente num terceiro método, que também não inventaram mas aperfeiçoaram a um grau sem precedentes. Foi o método de tornar invisível a própria humanidade das vítimas. (BAUMANN, 1998, p. 32).

É por isso que os conceitos, visões e entendimentos são influenciados e fundamentados, corretamente ou não, por algum conteúdo, ou seja, algum significado que normalmente deriva de outro e assim sucessivamente, e isso se vincula à ideologia. Isso porque as informações recebidas por qualquer pessoa e os entendimentos formados pelos discursos existentes nas relações sempre são compreendidos de uma forma que já é pré-determinada por um conteúdo ideológico, e que pode se manifestar por meio da história, da cultura e em diversos lugares, como as escolas, a televisão, as rádios e etc. Logo, se presume que o discurso é parcial e condicionado a essas formas pré-determinadas. Nesse sentido, a ideologia nada mais é do que uma visão de mundo derivada da sociedade ou das classes sociais. Ela não “é um conjunto de ideias que surge do nada ou da mente privilegiada de alguns pensadores”. (FIORIN, 1997, p. 30).

A base que o discurso utiliza para se formar advém de conhecimentos gerais, populares e específicos. Nesse sentido, a forma

mais fácil de um discurso ser implantado e ganhar adeptos da mesma opinião ou gerar uma percepção de verdade, seria utilizando como fundamentação teorias e conhecimentos que a grande massa já acredita e conhece. Ademais, a fundamentação do discurso é importante para que os sujeitos de um diálogo, onde o discurso será implantado e desenvolvido acreditem ou não nas informações que são trocadas, podendo ou não contraporem. Isso porque a formação social e intelectual de cada pessoa permite que a mesma tenha convicções diferentes ou iguais com relação ao referencial teórico obtido no discurso. Nesse interim, o discurso é uma prática social que produz significados entre as pessoas, e por isso, possui força de estruturação social.

Ainda é importante entender a relação existente entre discurso e poder, mencionada anteriormente. Essa relação é essencial para que o discurso consiga produzir significado, porque se todos os sujeitos possuem igualdade dentro de um diálogo é porque as convicções são as mesmas e, não existindo diferenças entre as opiniões não é possível a reflexão sobre os novos enunciados, não existindo, portanto, interesse numa nova forma de pensar. Foucault estabeleceu o conceito e forma de poder em duas fases, a arqueológica e a genealógica, e Silva afirma:

na arqueologia o poder aparece na discussão saber/poder e sobre verdade científica na qual Foucault se posiciona, afirmando que aquilo que é tomado como verdadeiro em uma época está ligado ao sistema de poder. Na fase genealógica a ênfase recai sobre as práticas de poder e seus efeitos na construção da subjetividade [...]. (SILVA, 2004, p. 160).

É importante entender a dimensão das variáveis do poder, a fim de compreender que, num discurso, sempre existirá uma relação de poder, em outras palavras, uma das pessoas que detiver o poder discursivo no diálogo irá dominar a opinião da outra. Normalmente e popularmente, o poder é compreendido como uma forma de repressão, mas ele também pode ser benéfico, como por exemplo, produzindo discurso e formando saber. A partir do momento em que se pode, numa relação, deter o poder no diálogo mantido entre as pessoas, é porque esse poder se manifesta, também, individualmente.

A grande importância estratégica que as relações de poder disciplinares desempenham nas sociedades modernas depois do século XIX vem justamente do fato de elas não serem negativas, mas positivas, quando tiramos desses termos qualquer juízo de valor moral ou político e pensamos

unicamente na tecnologia empregada. É então que surge uma das teses fundamentais da genealogia: o poder é produtor de individualidade. O indivíduo é uma produção do poder e do saber. (FOUCAULT, 1979, p. XIX).

Ou seja, o poder não é estático e único. É uma relação, porque pode ser adquirido e usufruído por qualquer ser humano envolvendo-se com suas características e posições ocupadas intelectualmente e socialmente.

O poder é um instituto variável, ele não é uma coisa concreta, mas uma prática social, que se constrói com o tempo e pode ser perceptível em várias formas e pode interferir diretamente nos indivíduos, atingindo sua realidade individual. (FOUCAULT, 1979, XI – XIII).

Por ser uma relação variável, torna possível que seja resistido através da apresentação de contra discursos. A individualidade e disciplina permite que cada homem seja produtor de poder e saber. “O saber, igual ao poder, é uma prática e uma peça de um dispositivo político e a partir dessas práticas e dispositivos originam-se domínios de saber, donde criam-se as ciências humanas”. (FOUCAULT, 1979, p. XXI).

Esse tipo de relação possibilitada e estabelecida pelo poder garante uma evolução social, pois permite que as pessoas que compõem os infinitos diálogos que são compostos e transmitidos através de discursos consigam estabelecer formas discursivas que garantam a reflexão própria e do outro sujeito com quem aquela conversa, a fim de, nessa reflexão, haver comparações e conexões de conceitos, exemplos e entendimentos internos que possam ser alterados simplesmente porque uma nova opinião ou nova forma de pensar foi estabelecida ou fornecida.

Outrossim, a forma que o poder se manifesta e é utilizado pelas pessoas ele também pode o ser pelo Estado como uma forma de coerção e imposição de fatores diversos, o poder utilizado ou usufruído de forma mascarada e por meio de práticas discursivas pode moldar as coisas e as pessoas e garantir nova instrumentalização dos sujeitos, ajustando-os à necessidade de que o detém.

Por esses motivos que entender o conceito de ideologia é importante. Primeiramente, ressalta-se que o termo ideologia não contém um conceito determinado e universal, mas apenas uma compreensão próxima e de acordo com o seu propósito. Entende-se que a ideologia não é algo que se possa mensurar ou tocar, porque trata-se, de certo modo, de uma abstração inserida no inconsciente das pessoas.

Nesse sentido, a ideologia pode ser conceituada como um conjunto de enunciados e conceitos históricos que possibilitam formar uma linha de pensamento ou reflexão, fundamentada em experiências de casa pessoa ou da história ou da própria sociedade e que se inserem no inconsciente dos sujeitos, ou ainda, que está compreendida na consciência das pessoas.

A palavra “ideologia” é um texto, tecido com uma trama inteira de diferentes fios conceituais; é traçado por divergentes histórias, e o importante é determinar o que há de valioso em cada uma delas e o que pode ser descartado. (EAGLETON, 1997, p. 15).

Isso é explicado através do que foi mencionado anteriormente sobre as pessoas estarem sujeitas a conceitos e ideias pré-determinadas desde o nascimento. Essas predeterminações podem derivar de inúmeros fatores como cultura, classe social, profissão, local onde vive ou trabalha, instituição em que estuda, do curso que estuda etc. Entretanto, todas essas peculiaridades são certamente regidas das por uma primordial, que é a história. Em outras palavras, qualquer acontecimento histórico influenciou e influencia até hoje nos meios de agir e também nas crenças das pessoas.

Foucault, ao trabalhar a ideologia na fase arqueológica, afirma que “a ideologia é um saber, um poder que pode gerar opressão através dos discursos, já que o poder é um produto da ideologia”. (FOUCAULT, 1979, p. 104). E a principal forma em que a ideologia se manifesta é por meio das relações que são construídas entre os seres humanos, com os discursos preponderantes instigados pela linguagem e pelo pensamento. “Estes, quando são dominantes, são a expressão ideológica das relações materiais dominantes concebidas sob a forma de pensamentos, por conseguinte os pensamentos de sua dominação”. (AZEVEDO, 2016, p. 12). Ou seja, a função de uma dominação social acaba por ser a ideologia.

A ideologia se estabelece através de situações e momentos que podem ser chamados ou entendidos como verdade/poder, pois quando aplicada sempre atribui uma relação de oposição a alguma verdade. Foucault afirma que “a ideologia é secundária, pois sempre se encontra em situação subordinada a uma relação concreta, que deve existir para que aquela se estabeleça”. (FOUCAULT, 1979, p.8). Mas a relação de poder também se encontra com a conexão da verdade, porque esta relação, quando se caracteriza como verídica, toma lugar de dominação.

Assim, afirma-se que a ideologia é formada por uma estrutura rígida de ideias pré-concebidas e o objetivo é mascarar e distorcer o entendimento

por meio da dominação que é garantida pelo poder e que é proporcionado através da veiculação que o discurso possibilita. Ao fim e ao cabo, o discurso possibilita a ideologia e é utilizado por pessoas, instituições e pelo Estado para se concretizar. Fácil a percepção quando Althusser utiliza a escola e a igreja como uma forma de implementação ideológica:

por outras palavras, a Escola (mas também outras instituições de Estado como a Igreja ou outros aparelhos como o Exército) ensinam «saberes práticos» mas em moldes que asseguram a sujeição à ideologia dominante ou o manejo da «prática» desta. (ALTHUSER, 1970, p. 10).

Quando duas pessoas dialogam, cada uma entenderá o assunto de forma determinada e de acordo com os entendimentos e convicções próprios, embora a forma de compreensão do debate seja sempre induzida e determinada pela ideologia da pessoa que discursa ou da que houve, mesmo que inconscientemente. Dessa forma a ideologia deve ser entendida simplesmente como algo que a outra pessoa tem e que é estabelecida de acordo com as particularidades intelectuais e vividas por cada um através do inconsciente.

Para que a ideologia se estabeleça é necessária uma base empírica comum, porque como esta possui uma relação com o ser humano e este é formado por crenças e experiências, torna-se importante que a ideologia utilize compreensões básicas e verdadeiras que as pessoas e a sociedade acreditem, por exemplo, crianças, deficientes e idosos não poderem ser maltratadas. A base empírica mencionada possibilita que a ideologia crie compreensões inverídicas ou não de situações, desvirtuar ou não o entendimento das pessoas que ouvirem o discurso ideológico. Assim se explica porque há ideologias que são positivas ou benéficas para a sociedade, contudo, a presente pesquisa tem o intuito de tratar de ideologias negativas que são impostas à sociedade.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros, as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 1979, p. 12).

Deve-se atentar também, que nem todas as situações ou costumes são considerados ideologia, por exemplo, os atos de comer, falar e conviver, que são costumes naturais do ser humano. O fato de a ideologia se estabilizar por meio do inconsciente dos sujeitos, então, não pode ser comparado com costumes naturais, que possuem decorrências distintas, já que o inconsciente é dotado de subjetividade. Assim, a ideologia cria falsos conscientes por meio das bases empíricas e se divide com elas. Logo, o falso consciente não é uma falsidade completa, vez que existem verdades básicas que possibilitam a inserção ideológica.

É por meio dessas particularidades que a ideologia é implantada e o meio que intermedia essa corrente às pessoas é o discurso. Por esses motivos é que a ideologia se relaciona com o poder, porque origina ideais e formas dominantes de conceitos e entendimentos através do discurso, sendo importante conhecer as partes que dialogam, o propósito, o local do diálogo e todas as outras características tratadas.

Por fim, o próximo capítulo demonstrará como esses institutos podem ser concretizados a partir de medidas aparentemente simples e que na maioria das vezes não são percebidas pela sociedade, embora seus efeitos sejam imediatos e atuem, na maioria das vezes, no inconsciente da sociedade.

2 IDEOLOGIA, DISCURSO E A DESUMANIZAÇÃO DA SOCIEDADE COM O SISTEMA EDUCACIONAL

Conforme tratado no item anterior, discurso, poder e ideologia se relacionam e possibilitam a formação de um conjunto de forças que transmitem à sociedade determinadas ideias, conceitos e entendimentos que podem ser benéficos ou não, e tudo isso somente é possibilitado através da linguagem.

Com o sistema educacional não seria diferente, vez que a compreensão da educação e também a do seu sistema é abrangida pelo que foi mencionado, seja com relação a informações de políticas públicas já existentes, com a criação destas e também com relação aos déficits e desenvolvimentos que esse instituto possui, principalmente pela competência dessa área ser, de forma principal, do Estado brasileiro e também de seus entes federativos. “O direito à educação, [...] é um direito que foi garantido ainda no decorrer do século XVIII. Assim, a Declaração francesa de direitos de 1793 foi o primeiro instrumento [...] ao afirmar que a instrução é uma necessidade de todos”. (BEDIN, 1998, p. 71).

Entretanto, também é dever da sociedade controlar o desenvolvimento e aplicação de subsídios no sistema educacional para o bom desenvolvimento deste, na forma de cumprimento do dever de cidadão, e ainda, observar e opinar com relação a manutenção do sistema e as carências existentes. Esse dever cidadão é de considerável importância pelo fato da educação ser um direito humano e, por isso, é inerente a qualquer pessoa que esse instituto se desenvolva da melhor forma possível, bem como pela sociedade viver num sistema que se dita democrático, sendo esse o principal ponto da necessidade de existência da opinião popular e da transparência governamental.

Por esta razón, los derechos humanos hegemonzados por occidente son como una especie de traje o vestido, com chaqueta y corbata que se tiene que poner todo el mundo, incluso aquellos hombres y mujeres que no necesitan usarlo porque tienen outra forma de concebir lar opa o porque sus cuerpos o figuras no encajan em ese molde. (FRUTOS; RUBIO, 2013, p. 51).

Nesse sentido, torna-se importante comentar sobre o Plano Nacional de Educação (PNE), no intuito de compreender as breves metas do mesmo para poder entender se estas são suficientes e condizentes com as necessidades atuais do país e, ainda, se a sociedade e o Estado deram e estão dando a devida importância para o instituto, principalmente pelo fato deste plano durar até o ano de 2024, bem como por ser uma forma de delimitação das previsões do Estado com relação à educação.

A existência de um PNE decorre da competência privativa da União para legislar sobre questão sociais e de interesse geral, mas também dos Estados e Municípios em legislar sobre a matéria de interesse estadual e municipal, a ponto dessas competências se darem de forma comum e concorrente. Nesse caso, a União estabelecerá diretrizes gerais de educação, que serão pormenorizadas e efetivadas nos âmbitos estaduais e municipais, que elaborarão seus próprios planos, conforme artigos 21, inciso IX, 22, inciso XXIV, 23, inciso V, 24, inciso IX e § 1º a 4º, e 214 da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o Plano Nacional da Educação (PNE) terá um compilado de diretrizes que deverão ser completadas pelos Estados e Municípios através de planos educacionais próprios, que deverão obedecer às indicações do PNE, ou seja, com seus fundamentos e objetivos.

Por meio de um projeto de Lei é que se possibilita a criação do PNE, sendo este projeto proposto pela União e, posteriormente, enviado ao Congresso, utilizando-se como fundamento as diretrizes e bases nacionais da educação, contidas na Lei nº 9.394/1996. Em seu artigo 87 existe a previsão da década da educação, cujo objetivo é o envio pela União de um Plano Nacional de Educação com período de validade de dez anos em que serão estabelecidas diretrizes e metas educacionais que devem ser cumpridas no período de tempo mencionado e, conforme o parágrafo 3º do artigo, os Estados, Municípios e o Distrito Federal deverão complementar com suas competências respectivas.

Ressalta-se ainda, que a alteração do artigo 214 da Constituição Federal de 1988 com a Emenda Constitucional número 59/09, possibilitou o surgimento do PNE com um regime de colaboração de ações integradas entre os Poderes Públicos.

Logo, sendo consideradas a duração decenal do PNE e suas diretrizes mínimas, sem possibilidade de perda do seu sentido, ele deve ser complementado pelos entes federativos, a fim de que definitivamente possa ser alcançada a valoração dos princípios que dão origem ao plano e que devem ser aplicadas no sistema educacional como um todo.

Um plano de Estado é um instrumento político cuja finalidade é ser um guia na tarefa de cumprir determinados objetivos dentro de uma metodologia tida como a mais pertinente para a política almejada. Um plano atende tanto a princípios quanto a regras dentro de uma determinada normatividade jurídica. Pressupõe um esforço consciente e contextualizado de metas cujo sucesso exige o conhecimento sistemático de limites, possibilidades e recursos. (CURY, 2011, p. 17).

Por conseguinte, a origem de um plano educacional exige um planejamento, no intuito de avaliar as condições do sistema educacional existente para, posteriormente, estabelecer metas e diretrizes que deverão ser cumpridas, ocasionando resultados determinados que são esperados no futuro. Dessa maneira, o planejamento serve para estabelecer objetivos e formas de alcance dos resultados por meio do PNE. De todo modo, quaisquer previsões feitas serão complementadas pelos estado e municípios seguindo, conforme já mencionado, a essencialidade do PNE.

O Plano Nacional da Educação atual foi consolidado a partir da Lei 13.005 de 25 de junho de 2014 e tem duração de dez anos, logo, até o ano de 2024. Nessa Lei, o artigo 2º determina as dez diretrizes do plano,

que são utilizadas como fundamento e base para o alcance das vinte metas e estratégias contidas no PNE.

A existência desse plano é de fundamental importância para a concretização do direito humano educacional, mas somente se ele realmente é debatido, criado e executado de acordo com as necessidades sociais e, posteriormente, das previsões nele contidas. É por isso que o discurso efetuado sobre o PNE com relação a essas características foi de que todas foram obedecidas, entretanto, muitos aspectos sociais que deviam estar incluídos no plano, inclusive pelos protestos efetuados por movimentos sociais, não o foram e, conseqüentemente, não estão sendo colocados em prática.

Nota-se que as metas e as suas respectivas estratégias previstas no PNE em nenhum momento levam em consideração a questão de gênero, com exceção da previsão de desigualdade no mercado de trabalho com relação à “desocupação de mulheres negras” (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2014, p. 34), de portadores de deficiência e idosos. Também não faz previsão de discussão aprofundada sobre os idosos, portadores de deficiência e negros, apenas mencionando-os com relação a representação numeral na rede pública. O grande problema dessas questões não estarem contidas no plano nacional é que a implementação dessa discussão não se torna obrigatória e, portanto, não se garante que todos os Estados e Municípios estabeleçam em seus planos o debate.

O fato do PNE não conter em suas metas ou estratégias a questão do gênero decorre de bancadas que compõem o congresso nacional, mais especificamente a Câmara de Deputados, e de muitos fatores, opiniões sociais e movimentos ideológicos que entendem essa pauta como uma forma de incitação à sexualidade ou apenas a postulam ou rejeitam por interesses próprios. Por esse motivo, a discussão sobre gênero acaba sendo postergada e reprimida, embora também existem muitos movimentos e opiniões a favor, mas que ainda não se tornaram maioria em quantidade ou qualidade de representação no intuito de ensejar tal inclusão. Nesse sentido, importante ressaltar que

o objetivo dos novos movimentos sociais é assegurar direitos sociais e por esse motivo recusam uma política de cooperação com entidades governamentais e o próprio Estado. A ideia é apenas assegurar o que a sociedade possui, mas não lhe está sendo efetivado ou não está sendo eficaz, sem negociações e lutas de poder. (GOHN, 2006, p. 124).

Cabe mencionar ainda, que as diretrizes, metas e estratégias do PNE se resumem em inclusão de crianças, jovens e adultos principalmente nas escolas, mas também em nível superior. Isso demonstra o atraso educacional do país, que necessita criar e estabelecer um plano de educação para que os cidadãos do território tenham acesso ou se motivem a comporem o âmbito educacional.

Por óbvio, esse tipo de meta se tornou necessário porque não é dado a educação e demais formas de políticas públicas periféricas a esse sistema e que dizem respeito ao desenvolvimento social como um todo a devida importância. A bem da verdade, o plano de educação, seja ele nacional, estadual ou municipal, deveria conter metas e estratégias de melhoramentos em condições já existentes de educação ou ainda, questões mais maduras de discussão de assuntos e práticas que abrangem a realidade social e que são prejudiciais a própria sociedade individualmente e como um todo.

Mas não é o que se observa, pois, a partir do momento que o Estado Nacional deixa de incluir um debate que é constante não só na mídia, mas na casa e realidade diária de muitas pessoas como os casos de gênero, idosos e deficientes, principalmente em decorrência da violência existente, assume uma posição negligente e de indiferença ao problema¹. “Inclusive pelo fato de hoje em dia os novos padrões de desigualdade não serem apenas dados, mas também serem influenciados por políticas governamentais [...]”. (GIDDENS, 1999, p. 60).

Em outras palavras, quer-se dizer que para a parte da sociedade que não possui o conhecimento intelectual específico para análises sobre este assunto ou simplesmente não aprofunda os conhecimentos gerais sobre a matéria, o discurso passado pelo Estado era de que o plano estava sendo cumprido e efetivado da melhor e em todas as necessidades sociais, usando como citação comprobatória o aumento de matrículas e acesso escolar de brasileiros, mas em nenhum momento foi possível observar a frequência dos alunos, a qualidade desse ensino e se realmente o aumento das matrículas ocasionam a realização das aulas através de estrutura e existência de professores em todas as regiões.

Mas pode-se analisar o andamento educacional da sociedade a partir de outros fatores como notícias, protestos de movimentos sociais e o nível intelectual das próprias pessoas. Nesse aspecto, se percebe como

¹ Ao leitor que não concorda com a opinião abordada, explica-se que este contexto refere-se ao fato do Estado não abordar questões que deveriam ser de interesse social mínimo, por dizer respeito aos direitos humanos que são inerentes às pessoas.

movimentos sociais são importantes na luta da garantia de direitos e fiscalização da realização dos mesmos.

Isso porque uma das principais características dos indivíduos formadores desses grupos é que são sujeitos de identidades e pensamentos coletivos, difusos, não havendo centralidade nos interesses individuais. (GOHN, 2006, p. 122).

Compara-se aqui, a questão do proletariado tratado por Marx, quando indica a necessidade e desejo dos mesmos de mudanças de uma forma pacífica, mas que acabam no fracasso ao mencionar que

rejeitam, por isso, toda a acção política, nomeadamente toda a acção revolucionária, querem atingir o seu objectivo por via pacífica e procuram, com pequenos experimentos naturalmente condenados ao fracasso, abrir pela força do exemplo o caminho ao novo evangelho social. (FRIEDRICH; MARX, 1998, p. 61).

Além disso, os meios de comunicação eletrônicos, através do fenômeno da globalização, facilitam a disseminação de acontecimentos reais e que muitas vezes não são divulgados ou mencionados, mas que atingem a população de outras formas, demonstrando as diferenças existentes entre os discursos estatais e a realidade vivenciada.

A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista. [...] Com essa grande mudança na história, tornamo-nos capazes, seja onde for, de ter conhecimento do que é o acontecer do outro. Nunca houve antes essa possibilidade oferecida pela técnica à nossa geração de ter em mãos o conhecimento instantâneo do acontecer do outro. Essa é a grande novidade, o que estamos chamando de unicidade do tempo ou convergência dos momentos. (SANTOS, 2002, p. 12-14).

Dessa forma, aos poucos a sociedade percebe como os discursos são falseados através de uma ideologia baseada em legislações criadas e critérios de avaliação que utilizam dados básicos no intuito de demonstrar que as medidas estão funcionando e sendo cumpridas, quando na verdade não estão e o resultado é vislumbrada em pequeno ou grande período de tempo, bem como suas consequências, demonstrando como a educação no Brasil é precária e o interesse do Estado com relação a manutenção de políticas públicas em subsídios e efetivação das necessidades sociais.

O Estado utiliza seu poder de disseminação de informações e competências educacionais para impor discursos que são meio verdades, mas que, ao serem disseminados ganham característica de verdade completa e são assim considerados pela sociedade através dos dados e fundamentos mínimos informados, somente conseguindo ser perceptível a mentira quando a sociedade descobre, mesmo que minimamente, a realidade.

A partir desses descobrimentos a sociedade percebe a existência do falseamento de informações que colocam a confiança entregue ao Estado em dúvida e, com este sentimento sendo alimentado inúmeras vezes e de diversas formas, atinge-se o cansaço social perante tais situações e com o seu causador. “É por isso que cada vez mais se fala em substituição do Estado, pelo fato de existirem novas variáveis que colocam o controle do Estado de lado pela prevalência de outros autores econômicos”. (ARNANUD, 2001, p. 153).

A falta de confiabilidade gera um desinteresse na sociedade com relação ao Estado e às políticas públicas por ele desenvolvidas, que deveriam ser elaboradas e mantidas como um comprometimento de desenvolvimento humano e transparência por parte do Estado e, a partir do momento que não o são, também transmitem à sociedade condição de desinteresse e descrédito. Assim também foi com o movimento 15M, que afirmava que “frente a lo constituido tenemos más problemas para nombrar lo constituyente: una multiplicidad de luchas por la conquista de nuevos derechos que se quieren conquistar primero y escribir después”. (UNIVERSIDAD NÓMADA, 2011, p. 12).

E é justamente o descrédito e a falta de confiança que tornam a sociedade desinteressada e possuidora de uma esperança de melhoramento das condições existentes, principalmente baseadas nos esforços próprios que fazem para obter o melhor desenvolvimento. Inclusive porque a existência de um ordenamento jurídico inclui deveres morais da sociedade com o Estado e vice-versa, que quando não são cumpridos violam o dever moral existente, que gera e engloba a criação da legislação como um dever-ser no direito. “O discurso moral refere-se ao dever-ser universal”. (NEVES, 2008, p. 119).

A bem da verdade, pode-se afirmar que o desinteresse não é na educação, vez que esta nunca deixou de ser importante, mas sim no sistema educacional como política pública, que além de não receber a devida importância tanto subjetiva como de investimentos e manutenção, também

engana a sociedade através de falseamento de resultados e intenções, gerando na mesma a sensação de ser um grupo insignificante.

Desse modo se percebe como o Estado, através do falseamento de discursos, possibilita esse desinteresse social forçado pelo cansaço de enganações, através da utilização de uma ideologia de criação de políticas públicas, nesse caso o PNE, e de dados falseados que, quando apresentados para a sociedade como verdade e através do envolvimento da mesma com características de interesse básico, como, por exemplo, simples números ou exemplos isolados e benéficos, são adotados como verdade pela sociedade, porque assim parecem. E isso determina a desumanização da sociedade, pois a falta de confiança que é gerada impossibilita a movimentação das pessoas e grupos para um desenvolvimento que, segundo os falseamentos e manipulações estatais, não irá acontecer, simplesmente por não ser dada a importância que merece.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se que o Estado, ente dotado de poder, diretamente ou indiretamente é o grande causador do cansaço e, conseqüentemente, do desinteresse da sociedade perante o sistema educacional. Isso porque se utiliza os mecanismos de discurso, ideologia e poder para falsear realidades do Estado perante a sociedade.

Conforme tratado no decorrer da pesquisa, a ideologia é um instituto que é inserido na sociedade e nela se mantém através de uma base de fundamentação que considera verdades mínimas e básicas adotadas pela sociedade e, nesse sentido, passa a ter uma fundamentação razoável que é adota por determinadas pessoas, por se identificarem ou concordarem com o suposto objetivo, sendo o poder um meio de disseminação e persuasão de determinada opinião.

E é exatamente dessa forma que se explica como um discurso ideológico implantado através de mecanismos jurídicos, pode acarretar a desumanização da sociedade com relação à educação, respondendo ao problema proposto.

O Estado consegue falsear e manipular o entendimento e a opinião social com relação ao sistema educacional. A criação do Plano Nacional da Educação, que possui metas resumidas apenas em inclusão de cidadãos brasileiros no sistema educacional, sem tratar diretamente e de forma pormenorizada da qualidade de ensino e de diversas outras questões

que deveriam ser debatidas nas salas de aula, não transparece a realidade das necessidades brasileira.

Nesse sentido, a partir do momento que a sociedade percebe que todo o discurso elaborado pelo Estado, seja através de propagandas ou discursos de políticos, não transparecem a realidade, principalmente pela forma repetitiva com que isso é feito, cria-se um descrédito do ente estatal perante toda a população, que descredita na eficácia e efetivação da política pública voltada ao sistema educacional, bem como a qualquer movimento social ou manifestação que se reflita em esforços para alteração da situação vivida.

Logo, a desconfiança e a sensação de falta de comprometimento com um direito humano tão importante para o desenvolvimento social das pessoas que é a educação, desumanizam as pessoas a partir do momento que o descrédito perante o Estado as impossibilita ou dificulta a terem esperança e a praticar condutas que contestem a situação, bem como que possam melhorar o sistema educacional, simplesmente por serem vencidas pelo cansaço. Nesse sentido, não significa que a sociedade não acredita ou não quer a evolução educacional, mas sim que não acredita no desenvolvimento do sistema a partir do momento que o principal sujeito competente para tal ato seja um Estado manipulador da sociedade e da realidade.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Lisboa: Presença; Martins Fontes, 1970.

ARNANUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovas, 2001.

AZEVEDO, Sara Dionizia Rodrigues de. Formação discursiva e discurso em Michel Foucault. **Revista Eletrônica de Pesquisa na Graduação em Filosofia**, Marília, v. 6, n. 2, p. 148-162, 2013. Disponível em: <<https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/saraazevedo.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. **Planejando a próxima década**: conhecendo as 20 metas do plano nacional da educação. Brasília, DF: Ministério da Educação; Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino, 2014. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Por um novo Plano Nacional de Educação. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 41, n. 144, p. 790-811, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v41n144/v41n144a08.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 1997.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e ideologia**. São Paulo: Ática, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRUTOS, Juan Antonio Senent de; RUBIO, David Sanchez. **Teoría crítica del derecho**: nuevos horizontes. San Luis Potosi: CENJUS, 2013.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil - o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SILVA, Francisco Paulo da. Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (Org.). **Foucault e os domínios da linguagem**: discurso, poder, subjetividade. São Carlos: Claraluz, 2004. p. 159-179.

UNIVERSIDAD NÓMADA. **Democracia distribuida**: miradas de la Universidad Nómada al 15M. Madrid, 2011. Disponível em: <www.trasversales.net/ddun15m.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

WOJSLAW, Eliane. Reflexões sobre diferentes abordagens do conceito de signo linguístico. **Uniletras**, Ponta Grossa, v. 32, n. 1, p. 91-105, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/uniletras/article/download/2530/1934>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O CONTRIBUTO DAS EMPRESAS FRENTE ÀS POLÍTICAS ESTATAIS DE CONCRETIZAÇÃO DESSES DIREITOS POR MEIO DO ACESSO AO EMPREGO E RENDA

INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS AND THE CONTRIBUTION OF COMPANIES TO THE STATE POLICIES OF REALIZING THESE RIGHTS THROUGH ACCESS TO EMPLOYMENT AND INCOME

Gina Marcilio Pompeu *

Andreia Maria Santiago **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Internacionalização dos direitos humanos. 2 Estado, empresas e as diretrizes internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos. 3 Estado brasileiro e o plano político-normativo diante do trinômio: direitos humanos, desenvolvimento e empresas. Conclusão. Referências.

RESUMO: Por meio do presente estudo, pretende-se analisar como a internacionalização dos direitos humanos, sobretudo no contexto normativo da Organização das Nações Unidas, repercute no âmbito dos Estados-parte. A adoção dos preceitos, pela ONU determinados, conduz à elaboração de normas internas que proíbam a violação de direitos humanos, bem como promovam desenvolvimento de políticas públicas que incentivam às empresas a incluírem em suas gestões a promoção de direitos fundamentais. Nesse escopo, quer o artigo demonstrar que as empresas possuem papel singular na efetivação dos direitos humanos, além da figura do Estado em que estejam inseridas. As empresas devem se adequar à conjuntura internacional, e esta demanda atuação pautada em princípios internacionais. Por fim, conclui-se que o Estado brasileiro tem desenvolvido ações para inserir as empresas no compromisso e responsabilidade de proteger, respeitar e reparar a efetivação dos direitos humanos. Essas ações aliam-se à busca de conciliar crescimento econômico com desenvolvimento social, por meio da geração e do acesso ao emprego e à renda. A metodologia de pesquisa assenta-se em estudo descritivo-analítico, com abordagem qualitativa, desenvolvida por meio de um referencial teórico do tipo bibliográfico, legislativo e documental.

Palavras-chave: Internacionalização dos Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas. Pacto Global. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável; Responsabilidade Social das Empresas.

*Doutora em Direito pela Universidade de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora e Coordenadora dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Unifor. Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. E-mail: ginapompeu@unifor.br.

**Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista de produtividade em pesquisa pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina – REPJAL, sob a orientação da Doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu. E-mail: andreiamsantiago@gmail.com.

Artigo recebido em 10/12/2018 e aceito em 30/01/2019.

Como citar: POMPEU, Gina Marcilio; SANTIAGO, Andreia Maria. Internacionalização dos direitos humanos e o contributo das empresas frente às políticas estatais de concretização desses direitos por meio do acesso ao emprego e renda. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.241, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyze how the internationalization of human rights, especially in the normative context of the United Nations, has repercussions within the States Parties and leads to the elaboration of internal norms that prohibit the violation of human rights, and to the development of public policies that encourage companies to include in their efforts the promotion of human rights. In this scope, the article demonstrates that companies have a unique role, disassociated from the state in which they are inserted, in the realization of human rights, therefore, must conform to the international situation that demands a performance based on respect for these rights. It is concluded that the Brazilian State has developed some actions to insert companies in the commitment and responsibility of protection and promotion of human rights, allied with these actions in the search to reconcile economic growth with social and human development. Thus, the process of internationalization of human rights assists States Parties in strengthening mechanisms realization of social development through access to employment and income. The methodology is based on a descriptive-analytical study, with a qualitative approach, developed through a theoretical reference of the bibliographic and documentary type.*

Keywords: *Internationalization of human rights. United Nations Organization. Global Compact. Sustainable development goals. Corporate social responsibility.*

INTRODUÇÃO

A internacionalização dos direitos humanos pretende viabilizar, no âmbito interno dos Estados-partes da Organização das Nações Unidas (ONU), o cumprimento do arcabouço normativo previsto pela Carta Internacional de Direitos Humanos que tem por escopo a proteção e a promoção desses direitos. Com efeito, em face da transnacionalização das empresas e das consequências da mundialização de capitais, decorrente do processo de globalização, a responsabilidade dos Estados-partes ganha novos parâmetros que perpassam pela necessidade de reformulação de políticas públicas com vista a criar medidas de fiscalização e punição de terceiros que venham a ferir direitos humanos.

Nessa linha de pensamento, é indiscutível a capacidade das empresas de alocar recursos para onde se instalam e de promover desenvolvimento econômico nesses locais. No entanto, é certo também que suas atividades ocasionam mudanças ambientais e estruturais que, por vezes, as colocam como agentes de violações de direitos humanos.

Diante desse quadro, nota-se a imprescindibilidade em se discutir o papel das empresas tanto em âmbito global quanto nacional, pois, por meio da conscientização de direitos e deveres, em face da temática de direitos humanos, poder-se-á caminhar com o escopo de se encontrar soluções viáveis para que as empresas se adequem à agenda de direitos humanos exigida internacionalmente.

Diante dessas colocações, pretende-se, por meio deste artigo, contribuir para o cumprimento da sistemática normativa mundial de direitos

humanos, no âmbito nacional. Nesse desiderato, o artigo contempla, inicialmente, relato sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, com a finalidade de identificar os fatos que levaram à origem do sistema global de proteção desses direitos. Em seguida, apresenta casos de violações de direitos humanos perpetrados por empresas que ganharam repercussão em função da abrangência dos danos acarretados. A terceira seção volta-se para a apresentação de iniciativas da ONU que têm o condão de incentivar os Estados-nação a adotarem políticas públicas compatíveis com as recomendações do *sistema global de direitos humanos*, bem como estimular as empresas a estabelecerem mecanismos de *accountability*, no intuito de gerenciar adequadamente suas ações para que não incidam em violação de direitos humanos. Por fim, apresentam-se ações desenvolvidas pelo Estado Brasileiro para reforçar o compromisso e a responsabilidade das empresas com o fito de proteger e promover os direitos humanos.

Assim, pretende-se demonstrar como o processo de internacionalização dos direitos humanos auxilia os Estados-partes no fortalecimento de mecanismos de inclusão e concretização do desenvolvimento social, por meio do acesso ao emprego e renda. Quer ainda evidenciar que planos de ações estatais que tenham o condão de regular, fiscalizar e punir violações de direitos humanos, decorrentes de atividades empresariais, contribuem para o combate às desigualdades sociais e para o justo desenvolvimento nacional, baseado em sustentabilidade e na viabilidade de conciliar o planeta à aferição de lucro e ao desenvolvimento das pessoas.

1 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O processo de internacionalização dos direitos humanos foi deflagrado, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos graves danos cometidos contra a dignidade da pessoa humana. Em resposta ao quadro de violações de direitos no seio dos Estados-nação, a sociedade internacional, no pós-guerra, mobilizou-se no sentido de promover a reconstrução dos direitos humanos, para além do âmbito interno dos Estados, o que implica em responsabilização estatal em casos de abusos desses direitos (PIOVESAN, 2012b, 38-39).

Nesse contexto, instaura-se uma nova ordem mundial, na qual as relações internacionais passam a pautar-se no escopo de manutenção da paz e da segurança internacional, bem como no desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, em conjunto com a cooperação

internacional nas esferas econômicas, sociais e culturais (ONU BRASIL, 1945). A esse conjunto de preocupações, acresce-se a necessidade premente de promoção e proteção dos direitos humanos, a qual se consubstancia por meio da Carta Internacional de Direitos Humanos que é composta de três documentos: *i*) Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); *ii*) Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e seus dois Protocolos Opcionais; *iii*) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu Protocolo Facultativo. Estes documentos formam o sistema de promoção e proteção dos direitos humanos que instrumentaliza sua internacionalização. Essa compilação inaugura o sistema global de proteção dos direitos humanos e implica no comprometimento dos Estados-partes com as normas do sistema da ONU, bem como sua submissão ao controle da comunidade internacional.

Para Flávia Piovesan (2012a, p.365), a consolidação dos direitos humanos como tema global, externa a interdependência existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos. De igual forma, essa relação de interdependência é declarada expressamente no §8º da Declaração de Viena de 1993: “A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente” (ONU BRASIL, 1993). Nessa linha, Martha Nussbaum (2013, p. 350-351) dá enfoque aos direitos humanos na perspectiva do desenvolvimento das capacidades e inclui em sua lista para o desenvolvimento as liberdades políticas, de livre escolha de trabalho e uma variedade de direitos econômicos e sociais.

Em outro sentido, cumpre relatar que o envolvimento de empresas em casos de violações de direitos humanos ocupa espaço de destaque nos fóruns de discussão internacional, principalmente, a partir da década de 1990. A doutrina apresenta como exemplo o caso da empresa *Nike* que teve sua imagem desgastada em face da divulgação de pagamento de baixos salários na Indonésia, na China e no Vietnã, bem como, a utilização de trabalho infantil no Camboja e no Paquistão, fato que ocasionou uma onda de protestos contra o trabalho infantil e um movimento de boicote aos produtos da *Nike* (OLIVEIRA, 2008).

Nesse viés, Danielle Pamplona, ao analisar as violações de direitos humanos, destaca o caso *Bhopal* ocorrido na Índia, em dezembro de 1984, no qual mais de três mil pessoas morreram e milhares sofreram algum tipo de dano, quando ocorreu um vazamento de gás industrial Metil Isocyanate (MIC) da fábrica *Union Carbide India Limited* (UCIL). A empresa indiana

com matriz americana negou total responsabilização pelos danos e atribuiu a culpa pelo acidente ao governo indiano por ser ineficaz na fiscalização do cumprimento de leis de segurança. Apresenta, também, o caso *Unocal*, empresa com sede nos Estados Unidos que se utilizou das forças armadas do Myanmar para fazer a segurança da obra de construção e instalação de gasoduto naquele país. “Os militares forçaram os locais ao trabalho de limpar a área para a instalação do gasoduto, utilizando de táticas como estupros, torturas e assassinatos” (PAMPLONA, 2018, p. 173). Em 1996, habitantes da vila onde a *Unocal* atuava processaram a empresa, que foi condenada pela Justiça Estadual como responsável pelo ocorrido, fato que provocou a aproximação das partes que acordaram, em Juízo, que a empresa pagaria a quantia de sessenta milhões dólares

No Brasil, exemplo emblemático é o caso *Samarco*¹ ocorrido no município de Mariana, Estado de Minas Gerais. Em 05 de novembro de 2015, houve o rompimento da barragem de Fundão que acarretou o extravasamento de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica. Tais rejeitos se uniram a córregos e formaram ondas com alta velocidade que soterraram grande parte do Subdistrito de Bento Rodrigues. O desastre de Mariana ceifou a vida de 19 pessoas, desalojou inúmeras famílias e atingiu reservas dos povos indígenas *Krenak*, *Tupiniquim* e *Guarani* (BRASIL. MPF, 2015).

O Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, ao visitar o município de Mariana, constatou que houve clara falha no plano de contingência da empresa, que desrespeitou o estabelecido no processo administrativo² para exame de revalidação de licença de operação, em 2013, que condicionava a licença a “Apresentar plano de contingência em caso de riscos ou acidentes, especialmente em relação à comunidade de Bento Rodrigues, distrito do município de Mariana, nos termos da Deliberação Normativa COPAM nº 62/2002”. Observa-se que no processo administrativo de 2013, já havia previsão de um plano de contingência, sendo este uma das condicionantes para que a empresa funcionasse no município de Mariana. Contudo, constatou-se que não houve avaliação das condicionantes, muito menos procedeu-se o alerta antecipado. O Grupo de Trabalho pontuou que um alerta antecipado por parte da empresa ou da

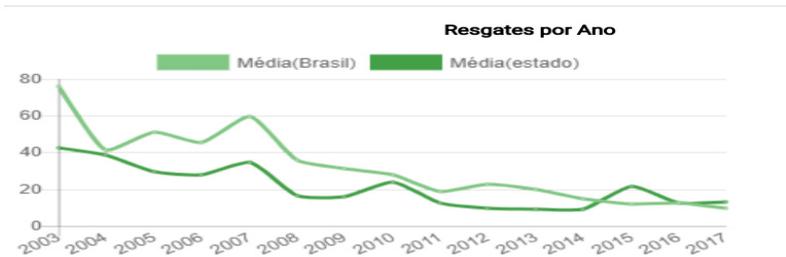
¹ É válido destacar que após elaboração do presente estudo, em 25 de janeiro de 2019, ocorreu rompimento de outra barragem, em Brumadinho, que vitimou 300 pessoas e degradou 112 hectares de florestas nativas (BRASIL, CÂMARA LEGISLATIVA, 2019).

² Processo Administrativo para exame de revalidação de licença de operação. Samarco Mineração S/A. Barragem de contenção de rejeitos/resíduos. Mariana/MG - PA 00015/1984/095/2013

Defesa Civil poderia ter salvado vidas. Ressaltou ainda que o Ministério Público de Minas Gerais tentou acordo com a Samarco para indenizar as vítimas, no valor de 300 milhões de reais, no entanto, a empresa não aceitou o acordo, fato que acarretou a impetração de Ação Civil Pública³ (ONU BRASIL, 2016).

Outra forma grave de violação de direitos humanos, recorrente no cenário nacional, identificada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), é o trabalho análogo a escravo. Estudos desenvolvidos pelo Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil, identificaram o estado do Maranhão no ranking dos estados que mais resgataram trabalhadores exercendo atividades de forma análoga a escravo, conforme o gráfico abaixo:

Trabalho Escravo



Fonte: (BRASIL. MPT, 2017) - Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil. Disponível em: <https://observatorioescravo.mpt.mp.br>.

Mais recentemente, o MPT, quando realizou uma operação de fiscalização, entre 25 de setembro a 05 de outubro de 2018, resgatou 22 trabalhadores nos municípios Maranhenses de Vargem Grande e São Bernardo que estavam submetidos a trabalhos análogos aos de escravos, na cadeia produtiva da cera de carnaúba (BRASIL. MPT, 2018).

Frente às inúmeras violações de direitos humanos praticadas por empresas, a comunidade internacional despertou para a necessidade de responsabilização dessas corporações por eventuais danos acarretados por suas atividades. Nesse cenário, organismos internacionais passaram a atuar como mediadores desse processo, com destaque para a ONU que, dentro de agenda voltada para o desenvolvimento, passou a traçar estratégias, desde a década de 1990, para inserção das empresas como

³A Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal e tramita na 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas de Gerais. Processo nº: 0023863-07.2016.4.01.3800.

agentes de desenvolvimento e corresponsáveis pela proteção e promoção de direitos humanos.

Vale acrescentar a crítica de Nitish Monebhurum, (2015, p.37) quando ao discutir a questão da inclusão da responsabilidade social das empresas nos novos acordos de cooperação e de facilitação dos investimentos do Brasil, apontou para a ausência de disposições inerentes ao combate à corrupção. Diante da ausência de determinações internacionais, a empresa internacional deve respeitar a política interna de cada país, assim como tentar corresponder aos critérios da aceitabilidade social.

2 ESTADO, EMPRESAS E AS DIRETRIZES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O processo de globalização e transnacionalização de capital e empresas com a abertura dos países em desenvolvimento ao capital estrangeiro, resultou em modelos de crescimentos econômicos desagregados de desenvolvimento humano. Thomas Piketty (2014, p.09) explica que, quando a taxa de remuneração do capital ultrapassa a taxa de produção e de renda, criam-se desigualdades insustentáveis, dinâmica observada sobretudo nos países periféricos, dominados por Estados hegemônicos.

Esse desequilíbrio entre países tornou-se notório nas últimas duas décadas do século XX, quando a economia mundial abriu suas portas para as diretrizes estabelecidas pelo Consenso de Washington, instalando-se um paradigma econômico e político conhecido por neoliberalismo. Esse sistema foi desenvolvido pelas Nações Unidas e seu termo sugere um conjunto de princípios que, apesar de novos, se baseiam nas ideias do liberalismo clássico. Para Noam Chomsky (2002, p.15), os princípios que orientam o mercado, estabelecidos pelo Consenso de Washington, foram traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla, sendo implementados com rígidos programas de ajuste nas sociedades mais vulneráveis.

No contexto mundial de aplicabilidade desses princípios neoliberais, percebe-se o agravamento de problemas estruturais da sociedade, como a impossibilidade de desenvolvimento de pequenas economias em bases nacionais, sobretudo em razão da corrupção e da ausência de planejamento. Em âmbito nacional, esse quadro é percebido quando se atesta o descumprimento, por parte de quem governa, de preceitos da ordem econômica, previstos no art. 174, da Constituição de

1988, que dita que o Estado deve agir como um ente regulador da atividade econômica e nessa função deve fiscalizar as atividades econômicas, manter a legislação atualizada e desenvolver planejamentos e políticas públicas capazes de gerar desenvolvimento humano. O descumprimento desses preceitos contribui para o aumento das desigualdades e exacerbação da pobreza, acentuando-se a exclusão social.

Sobre o tema, Danielle Roland (2018, p. 450) destaca que, nessa conjuntura internacional, os estados emergentes tornam-se sujeitos às ingerências dos estados hegemônicos, o que os fazem reféns do capital financeiro. Essa realidade é agravada pela falta de estabilidade em suas democracias, por vezes, resultantes da própria submissão aos interesses de agentes econômicos internacionais.

A comunidade internacional, ao analisar essas questões, constata que a promoção de direitos humanos está diretamente correlacionada com os processos de crescimento econômico e desenvolvimento social. Nessa perspectiva, demonstra-se que questões de crescimento econômico, desenvolvimento social e efetivação de direitos humanos são de responsabilidade não apenas dos Estados, mas também dos atores econômicos, com destaque para as empresas.

Diante dessa realidade, a ONU voltou seu olhar para empresas transnacionais e passou a se movimentar no sentido de desenvolver mecanismos que as tornem conscientes do dever de cooperar com os Estados para promoção de direitos humanos. Assim, em 1999, iniciou um movimento em que as empresas, de forma voluntária, passam a aderir aos valores discutidos pelo Fórum Econômico Global e estabelecidos no documento denominado Pacto Global. Este Pacto elenca dez princípios a serem seguidos pelas empresas, dentre os quais se destacam o reconhecimento, apoio, e não violação das empresas aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. (PACTO GLOBAL, 2000).

A ideia transmitida pelas Nações Unidas com essa iniciativa é de que as empresas são protagonistas do desenvolvimento social das nações em que se inserem. Nessa perspectiva, Jonh Elkington (2012, p. 107-108) aponta para a sustentabilidade empresarial em três dimensões denominadas “*triple bottom line*”, quais sejam, ambiental, econômica e social. Essas dimensões orientam o desenvolvimento para incluir além do desempenho econômico, a preocupação com o planeta e com as pessoas. Esse movimento cíclico e dinâmico é capaz de gerar equilíbrio sustentável.

Em outra linha de ação, Kofi Anan, então Secretário Geral das Nações Unidas, convidou o professor de Harvard John Ruggie⁴ para desenvolver, na esfera do Conselho de Direitos Humanos da ONU, estudos baseados em normas jurídicas já existentes no sistema internacional e que digam respeito à área de direitos humanos e empresas. Desse estudo, resultou um relatório que constatou que as empresas têm responsabilidade diante dos direitos humanos, responsabilidade esta estruturada em três pilares, quais sejam: proteger, respeitar e reparar os direitos humanos (RUGGIE, 2017).

Sob esses três pilares da responsabilidade das empresas frente aos direitos humanos, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou, em junho de 2011, um conjunto de 31 *princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos* que representam o parâmetro global sobre o que se espera dos Estados e das empresas em relação às próprias empresas e aos direitos humanos (ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

SegundoFreitasePamplona(2016,p.155),osprincípiosorientadores deixam claro que a responsabilidade das empresas é distinta das do Estado. E essa diferenciação evidencia-se quando o relatório utiliza conceitos distintos: obrigações para se referir aos Estados e responsabilidades para se referir às empresas. As autoras ainda informam que “A responsabilidade das empresas seria definida pelas expectativas sociais”.

Vale lembrar que em agosto 2015, com a realização da Cúpula das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável, a Organização das Nações Unidas, em parceria com governos de 193 países, empresários e milhares de pessoas ao redor do mundo, lançou a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável mundial com 17 objetivos e 169 metas, em documento chamado de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Os ODS começaram a ser elaborados na Conferência Rio + 20, já com a pretensão de substituírem os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs). Deve-se registrar que, desde a primeira reunião para a elaboração dos ODS, houve o cuidado de reunir as três dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, econômica, social e ambiental.

⁴ Ex representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos. Profesor Berthold Beitz en Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, Kennedy School of Government, Universidad de Harvard. Presidente de la Junta de Shift. Disponível em: https://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/UNGPRF_SP-Dec2017.pdf.

Conforme o texto da Agenda 2030, no item 10, os ODS são guiados pelos propósitos e princípios da *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, desse modo, estão integrados e buscam o equilíbrio das três dimensões do desenvolvimento sustentável, em movimento cíclico que objetiva concretizar os direitos humanos, ponto em que se destaca o lema “ninguém será deixado para trás” (ONU BRASIL, 2015).

Nessa ótica, a Agenda 2030 salienta que o respeito aos direitos humanos inclui o direito ao desenvolvimento (item 35 da Agenda), assim as nações não podem se utilizar do princípio da autodeterminação dos povos para criar medidas que afetam negativamente o desenvolvimento econômico, social e ambiental. Nesse dinâmica, chama-se ao feito os *stakeholders* que interferem, em alguma medida, no processo de desenvolvimento, em especial as empresas. Exige-se deles o respeito aos direitos humanos, que adotem no centro de suas gestões uma governança pautada na ética e na transparência de suas ações. Assim, devem reordenar suas atividades de modo a atender o regramento internacional de promoção e respeito aos direitos humanos.

Diante dessas colocações, percebe-se um comando positivo aos Estados no sentido de estabelecer normas de controle e fiscalização, bem como a formulação de medidas que combatam de modo efetivo abusos empresariais de desrespeito aos direitos humanos. Consta-se, assim, que os Estados-partes da ONU, além da função de promover e proteger os direitos humanos, devem estabelecer políticas públicas de combate a violações por parte das empresas a esses direitos. Tais medidas conferem ao arcabouço normativo internacional de direitos humanos e empresas, densidade normativa. Nesse diapasão, evidencia-se um caminho sem volta para as empresas que não podem ir de encontro às diretrizes internacionais de respeito aos direitos humano, de modo a se adequarem às perspectivas de desenvolvimento delineadas pelos ODS, com destaque para promoção do ODS nº 8: “crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos” (ONU BRASIL, 2015).

3 ESTADO BRASILEIRO E O PLANO POLÍTICO-NORMATIVO DIANTE DO TRINÔMIO: DIREITOS HUMANOS, DESENVOLVIMENTO E EMPRESAS

Com o processo de redemocratização, iniciado a partir de 1985, o Estado Brasileiro rompe com o ciclo de autoritarismo e reestrutura a

ordem normativa interna que tem por marco jurídico a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nela, o constituinte de 1988, inseriu um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, o que contribuiu para o implemento dos direitos às liberdades e à livre iniciativa, bem como para abertura do Brasil à nova ordem internacional.

Cabe destacar que o constituinte de 1988 concedeu especial atenção à temática dos direitos humanos e logo no art. 4º, II, estabeleceu a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais. Além disso, o art. 5º, §2º, incorporou a ordem jurídica interna à aceitação da internacionalização dos direitos humanos⁵. Dado parágrafo, ao receber interpretação casada com §1º do mesmo artigo, resulta na aplicabilidade imediata desses direitos⁶. Dessa análise, nota-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro confere aos tratados de direitos humanos, patamar especial, bem como adota importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção desses direitos.

Em outro aspecto, é importante ressaltar no que concerne às empresas, pessoa jurídica de direito privado, que a Constituição assegura o direito à livre iniciativa, a proteção à imagem, às marcas e às patentes. No Título VII, que inaugura a Ordem Econômica e Financeira, assegura, ainda, a proteção à propriedade privada, à livre concorrência e o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Sem olvidar de estabelecer a função social da empresa disposta nos art. 5º, XXIII, e no art. 170, III.

Depreende-se desse elenco que a ordem econômica brasileira fundada na livre iniciativa, inseri-se no modelo liberal capitalista e prima pelo respeito ao arcabouço normativo no qual está instalada, assim, seu principal agente (as empresas) deve cumprir seus ditames, desenvolvendo suas atividades sem causar prejuízos à sociedade, conferindo aos bens de produção destinação que se compatibiliza com a geração de emprego e renda, o que contribui para o desenvolvimento nacional e para a concretização de um patamar mínimo civilizatório. Nesse aspecto, Pompeu e Siqueira (2017, p. 165) apontam para a necessidade de implementação desse patamar mínimo civilizatório de direitos sociais, haja vista ser ele fundamental para o nascimento de outros direitos.

⁵“§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CRFB, 1988).

⁶“§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nesse contexto, a empresa passa a ser vista como relevante agente de desenvolvimento econômico e social. Nessa mesma linha de pensamento, Gabriela Mezzanotti (2003, p. 22) considera a empresa como elemento fundamental na manutenção dos princípios humanos básicos e, portanto, deve atuar como ferramenta no combate à desigualdade social, em busca da defesa dos direitos à dignidade humana e a favor de uma sociedade mais justa. Nesse viés, Barbosa e Simão (2018, p. 09) aduzem que a maximização do lucro não é o fim único da atividade empresarial contemporânea, uma vez que “a nova empresarialidade” age consoante modelo de desenvolvimento sustentável e de inclusão social. Tais ideias se compatibilizam com a responsabilidade social da empresa que alberga questões sociais, ambientais e de produção, com vistas a colaborar com a comunidade e com o Estado na qual está inserida, no intuito de alcançar lucros, e promover parâmetros de bem-estar coletivo (responsabilidade externa) e, conseqüentemente aceitabilidade social.

Avelãs Nunes (2003, p. 22) esclarece que o desenvolvimento não pode ser confundido com o mero crescimento de produção, ele deve integrar transformações na estrutura da propriedade, nas relações de produção e na própria estrutura social e de poder político. Deve a questão do desenvolvimento colocar-se fundamentalmente a serviço das necessidades básicas das populações, como alimentação, saúde, educação de base, serviço de água, saneamento, transporte e habitação. Ao tratar da temática, Fukuyama apresenta quatro fatores que considera essenciais para a promoção do desenvolvimento, quais sejam: projetos e gerenciamentos organizacionais, concepção do sistema político, base de legitimidade e fatores culturais e estruturais (FUKUYAMA, 2005, p.37).

Ante o exposto, observa-se que o Estado Brasileiro se preocupa em desenvolver mecanismos que assegurem o fortalecimento da democracia, orientando sua legislação no sentido de promover um desenvolvimento nacional baseado no compromisso de respeito aos direitos humanos por parte das empresas, de modo a salvaguardar uma sociedade inclusiva e justa. É certo que ainda existe um longo caminho a percorrer, haja vista não se ter desenvolvido ainda mecanismos de fiscalização eficazes que efetivem todas as normas previstas. O fato é que iniciativas têm sido tomadas, o que reforça o compromisso do Brasil em atender as diretrizes internacionais das quais faz parte.

CONCLUSÃO

Ao proceder-se à análise da internacionalização dos direitos humanos, observa-se que o entendimento sobre a concepção do que seriam esses direitos sofreu mudanças ao longo dos tempos, e atualmente predomina a concepção ampliada de direitos humanos. Essa concepção entende que direitos civis e políticos apresentam relação de complementariedade com os direitos sociais, econômicos e culturais, em dialética que oportuniza o reconhecimento das individualidades, vulnerabilidades e capacidades em âmbito plural.

Com efeito, para conseguir salvaguardar o conjunto de valores que integram o atual conceito de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, a Organização das Nações Unidas atua em parceria com Estados-membros no intuito de dar cumprimento à Agenda Mundial de combate à violação e pela promoção desses direitos. Nesse cenário, constata-se que, a partir da década de 1990, as Nações Unidas passaram a se preocupar com o papel das corporações, haja vista serem atores da economia global e, por conseguinte, potenciais violadores de direitos humanos. A preocupação com o impacto gerado pela atividade das grandes corporações trouxe à pauta a necessidade de se estabelecer patamar mínimo de ética nos negócios e nas relações trabalhistas. Nesse escopo desenvolveu-se o chamado Pacto Global que prima por uma gestão empresarial pautada em dez princípios que dialogam com o implemento da responsabilidade social empresarial.

A segunda iniciativa desenvolvida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2011, resultou nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. Destacou-se dessa iniciativa a constatação de que a proteção dos direitos humanos não é dever apenas do Estado, mas de todos, inclusive das empresas. Percebeu-se que houve uma separação entre a responsabilidade do Estado e a das empresas frente às violações de direitos humanos. Destacou-se também a conclamação das empresas para incorporação de mecanismos de *accountability*, uma vez que, por meio destes, elas podem antecipar as possíveis vulnerabilidades de suas atividades que acarretariam em violação de direitos humanos, prevenindo possíveis danos.

Verificou-se ainda o engajamento das Nações Unidas com a Agenda 2030, que trouxe em seu bojo os objetivos de desenvolvimento sustentável. Eles representam o planejamento global de integração, com vistas à solidariedade entre as nações e o compromisso dos Estados de

estabelecerem legislação local que vincule as corporações às práticas de promoção e não violação de direitos humanos. Assim, a pauta da agenda governamental local precisa incluir o estabelecimento de normas e de políticas públicas de incentivo, cobrança e fiscalização. Nessa perspectiva, constata-se que o Estado brasileiro tem desenvolvido algumas ações para inserir as empresas no compromisso e responsabilidade de proteção e promoção dos direitos humanos, aliando essas ações à busca de conciliar crescimento econômico com desenvolvimento humano. Exemplo recente pode ser verificado diante da promulgação do Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, o qual estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Kelly de Souza; SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 269-294, jan./abr. 2018. doi; 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.16376.

BRASIL. Câmara Legislativa. **Danos ambientais do desastre em Brumadinho são detalhados em comissão**. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/573031-DANOS-AMBIENTAIS-DO-DESASTRE-EM-BRUMADINHO-SAO-DETALHADOS-EM-COMISSAO.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Brasília, DF: Casa Civil, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://observatorioescravo.mpt.br/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **O Desastre**. 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/o-desastre>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Operação flagra trabalho degradante no interior do Maranhão**. 2018. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/3e388600-2afa-46dd-8629-1bb540f438f7. Acesso em: 09 dez. 2018.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ELKINGTON, Jonh. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca**. Tradução de Milton Mira de Assumpção Filho. São Paulo: M. Books, 2012.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **A Responsabilidade Corporativa de Respeitar os Direitos Humanos: Um Guia Interpretativo**. 2011. Disponível em: www.business-humanrights.org. Acesso em: 02 nov. 2018.

FREITAS, Ana Rachel; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? *In*: BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo; DOMINIQUINI, Eliete. **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paul: Método, 2018.

MEZZANOTI, Gabriela. **A Disciplina da Empresa: Reflexos da autonomia privada e a solidariedade social**. Novo Hamburgo: Feevale, 2003.

MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 32-38, 2015.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Caminho, 2003.

OLIVEIRA, José Antonio Pupim de. **Empresas na sociedade:** sustentabilidade e responsabilidade social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ONU BRASIL. **Grupo de trabalho da ONU sobre empresas e direitos humanos.** 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos-divulga-relatorio-sobre-o-brasil/>. Acesso em: 07 nov. 2018.

ONU BRASIL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030** para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ONU BRASIL. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** 1993. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 07. nov. 2018.

PACTO GLOBAL. **Os dez princípios do Pacto Global.** 2000. Disponível em: <http://pactoglobal.org.br>. Acesso em: 02 nov. 2018.

PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações. *In:* PIOVESAN, Flavia; VIRGÍNIA, Inês P. Soares; TORELLY Marcelo (org.). **Empresas e direitos humanos.** 1ed.Salvador: Ius Podivum, 2018, v. 1, p. 171-184.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Tradução: Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012a.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas. *In.:* POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio (org.). **Democracia Contemporânea e os Critérios de Justiça para o Desenvolvimento Socioeconômico: Direito constitucional nas relações econômicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.139-170.

RUGGIE, Jonh. **Principios rectores de las Naciones Unidas marco para el informe**. 2017. https://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/UNGPRF_SP-Dec2017.pdf. Acesso em: 02 nov. 2018.

RUGGIE, Jonh. **Relatório do representante especial das Nações Unidas para o tema Empresas e Direitos Humanos**. Disponível em: www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf. Acesso em: 04 nov. 2018.

ROLAND, Manoela Carneiro. El valor del “consenso” en la elaboración de normas sobre Empresas y Derechos Humanos. *In: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. Disponível em: <http://homacdhe.com/index.php/2018/08/02/homa-publica-quarta-edicao-da-revista-internacional-de-direitos-humanos>. Acesso em: 03 nov. 2018.

WORLD BANK. **The world’s top 100 economies: 31 countries; 69 corporations**. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/world-s-top-100-economies-31-countries-69-corporations>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SANZ, Rafael; FOLLONI, André. El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoria de la complejidad. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 14, n. 3, p. 243-259, 2018.

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO E SUA AFIRMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO (SOCIAL) DA REPÚBLICA BRASILEIRA DE 1988

THE SOCIAL VALUE OF LABOR AS HUMAN RIGHT AND ITS AFIRMATION IN THE (SOCIAL) CONSTITUTION OF BRAZILIAN REPUBLIC OF 1988

Luciani Coimbra de Carvalho *

Geraldo Furtado de Araújo Neto **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A justificativa filosófica dos direitos humanos (ou tentativa de justificá-los). 1.1 Introdução. 1.2 Do jusnaturalismo clássico a Kant. 1.3 A historicidade dos direitos humanos. 2 Os direitos sociais (conceito e história de sua afirmação). 3 O valor social do trabalho humano inserido na Constituição (Social) Brasileira de 1988. Conclusões. Referências.

RESUMO: Este trabalho visa analisar o valor social do trabalho como direito humano e o contexto social em que se deu sua inserção na Constituição da República de 1988. Será analisada a justificativa ou tentativa de se justificar os direitos humanos do ponto de vista filosófico, a afirmação dos direitos sociais no mundo contemporâneo e como se deu a inserção do valor social do trabalho como fundamento da República Brasileira. Este presente trabalho é relevante à comunidade jurídica, haja vista o esclarecimento dos direitos sociais (neles incluído o valor social do trabalho) como direitos humanos e sua importância no contexto da promulgação da Constituição da República Brasileira de 1988. Será usado o método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e histórica.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Historicidade. Valor Social do Trabalho.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the social value of labor as a human right and the social context in which they gave their insertion in the Constitution of the Republic of 1988. Will be examined the justification or attempt to justify human rights from a philosophical point of view, the affirmation of social rights in the contemporary world and how did the insertion of the social value of work as the foundation of the Brazilian Republic. This work is relevant to the legal community, in view of the clarification of social rights (included in them the social value of labor) as human rights and its importance in the context of the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988. The deductive method will be used, by means of historical and bibliographical research.*

Keywords: *Human Rights. Historicity. Social Value of Labor.*

* Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.

** Formado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região e mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.

Artigo recebido em 14/01/2019 e aceito em 06/03/2019.

Como citar: CARVALHO, Luciani Coimbra de; ARAÚJO NETO, Geraldo Furtado de. O valor social do trabalho como direito humano e sua afirmação na Constituição (Social) da República Brasileira de 1988. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.259, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

A tentativa de justificar os direitos humanos, do ponto de vista racional, seria uma maneira de convencer os cidadãos e governantes sobre sua importância e a necessidade de garanti-los.

Neste trabalho, será investigado como as mais diversas teorias na história sobre os direitos humanos trataram a matéria do ponto de vista jurídico/filosófico, como as teorias jusnaturalistas e utilitaristas. Além disso, será abordada a teoria da historicidade dos direitos humanos e como eles são edificados com o passar do tempo.

Após essa primeira abordagem, será analisado como os direitos sociais surgiram e em que condições históricas o mundo vivia no instante das reivindicações e ebulições sociais que apareciam na época.

Ao final, será abordada a evolução do tema direitos sociais em nossas Cartas Magnas e em que contexto social foram formuladas, até chegarmos à Carta Magna de 1988, que, conforme será visto, previu o valor social do trabalho como fundamento da República.

Busca-se, assim, averiguar as correntes sobre as teorias que tentam fundamentar os direitos humanos, o contexto social em que surgem os direitos sociais e, no caso brasileiro, como se apresentava o momento histórico na promulgação da Constituição da República que alçou o valor social do trabalho a fundamento da República.

Esse artigo será estruturado em três seções. Na seção 1 será abordada a justificativa (ou tentativa de justificar) dos direitos humanos como tais; na seção 2 será analisada a consagração dos direitos sociais no mundo, principalmente no final do século XIX e início do século XX e na seção 3 falar-se-á da importância do valor social do trabalho na Constituição Federal Brasileira de 1988.

O objetivo deste trabalho é esclarecer se as correntes de pensamento sobre a fundamentação dos direitos humanos realmente se sustentam ou se o caráter histórico deles é que predomina, com enfoque em como se deu a afirmação dos direitos sociais no mundo, bem como a inclusão do valor social do trabalho como fundamento da República Brasileira em 1988.

Tendo em vista que se investigará a natureza e a historicidade dos direitos humanos, será usado o método dedutivo/indutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e histórica.

1 A JUSTIFICATIVA FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS (OU TENTATIVA DE JUSTIFICÁ-LOS)

1.1 Introdução

No presente capítulo far-se-á, em um primeiro momento, um estudo de como se deu a justificativa dos direitos humanos do ponto de vista jusnaturalista, clássico e moderno, passando pela teoria utilitarista e, por fim, a ideia de Emmanuel Kant. Ao final do capítulo, serão abordados os direitos humanos na perspectiva da teoria da historicidade.

1.2 Do jusnaturalismo clássico a Kant

O jusnaturalismo clássico surge na Grécia Antiga, na figura de Antígona, na tragédia de Sófocles, na qual ela não obedece às ordens do rei, uma vez que, segundo ela, as ordens políticas não se sobreporiam às ordens dos deuses. Nasce, assim, o conceito de “justo por natureza” e “justo por lei”. O direito natural clássico vislumbrava o indivíduo inserto numa realidade objetiva, onde sua vontade seria traduzida como simples cumprimento de possibilidades ideais predeterminadas, ou substituída pelo instinto natural (COSTA, 1953, p. 71).

Depois, os filósofos cristãos desenvolveram, na Idade Média, a noção de dignidade pessoal a cada indivíduo, baseado na crença do homem como imagem e semelhança de Deus, estando as normas “divinas” acima do próprio direito positivo. Para São Tomás de Aquino, “a dignidade é inerente ao homem, como espécie.”¹

Com o iluminismo (século XVIII), veio a ótica do jusnaturalismo moderno, fundada nos ensinamentos de filósofos da época, como John Locke, para quem o “verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural”. Para o inglês, a função do governo é, exclusivamente, garantir os direitos naturais do povo, como a liberdade, proteção à vida e propriedade. Nesse sentido, restou escrito no artigo 1º da Declaração de 1789, que proclama que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (BOBBIO, 2004, p. 118).

A base dessa declaração é a ideia central do jusnaturalismo moderno, desenvolvida a partir de Hugo Grotius: a de que os homens

¹ Cf. Summa Theologiae.

nascem iguais em direitos, ou seja, a de que cada homem possui, por sua própria natureza (e, portanto, desde o nascimento), certos direitos que decorrem da sua condição humana, derivações racionais de sua própria natureza. Os direitos humanos seriam, assim, conceitos mais aprofundados dos direitos naturais (BIAZI, 2016, p. 401).

Também no século XVIII, foi desenvolvida a doutrina utilitarista, segundo a qual deve-se agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de felicidade possível. Seus maiores expoentes foram Jeremy Bentham (1748 – 1832) e John Stuart Mill (1806 – 1873). O primeiro despreza os direitos naturais, chamando-os de “absurdos totais”, pois o mais elevado objetivo da moral é a felicidade geral, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor (SANDEL, 2016, p. 135-143).

Para Bentham a sua doutrina poderia se transformar em ciência moral e servir de base para uma reforma política. Uma ideia de Bentham consiste em abrigar mendigos. Segundo ele, o sofrimento desses produz infelicidade na população em geral, que os via em situação deplorável. Assim, propõe que os mendigos sejam, forçadamente, colocados em abrigos, o que produzirá uma felicidade geral na sociedade, ainda que a custa da infelicidade dos miseráveis (SANDEL, 2016, p. 140).

A lógica utilitarista, portanto, sugere que a vontade do indivíduo somente pode ser considerada à luz da coletividade. Isto é, o indivíduo somente pode ter sua vontade respeitada se essa também for o desejo da maioria, pois é essa quem determina o princípio da máxima felicidade.

No entanto, foi Emmanuel Kant quem acrescentou uma base filosófica mais moral aos direitos humanos. Ele fundamenta Direito e Estado a partir de princípios de uma razão prática pura, sendo que sua filosofia pertence ao direito natural. (HÖFFE, 2005, p. 233)

Repudiando os utilitaristas, Kant diz que as ideias desses não são éticas, porquanto se baseiam na utilidade em que seus atos poderiam ter. Diferentemente, afirma que a atitude somente pode ser ética se for realizada sem finalidade, não influenciada por qualquer contingência. Determinado ato deve ser feito, simplesmente, porque é a coisa certa a se fazer (SANDEL, 2016, p. 140).

Se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva. O respeito à dignidade humana exige que tratemos todas as pessoas como fins em si mesmas (SANDEL, 2016, p. 135-143).

É verdade que Kant levava sua teoria tão a sério que chegou a condenar o suicídio, uma vez que se um indivíduo põe fim a si mesmo o faz para se livrar de determinado sofrimento e isso, em sua visão, seria se utilizar como próprio meio (SANDEL, 2016, p. 155). Além disso, diz que o sexo casual seria antiético, tendo em vista que usaria outra pessoa como meio para alcançar o gozo pessoal (SANDEL, 2016, p. 162).

No entanto, é inegável que o esforço moral de Kant foi essencial para a sofisticação do conceito de direito humano. Vale lembrar que o filósofo alemão viveu na época da Revolução Francesa, a qual proclamou a primeira Declaração formal de direitos humanos.

De outro lado, Norberto Bobbio irá criticar a tentativa desmesurada de se justificar os direitos humanos do ponto de vista jurídico/filosófico.

1.3 A historicidade dos direitos humanos

Para Norberto Bobbio, é uma ilusão a busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos, que seria o fundamento irresistível no mundo das ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo das ações (BOBBIO, 2004, p. 12).

Além disso, faz uma dura crítica à tentativa de se justificar os direitos humanos com base na natureza do homem:

Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis (BOBBIO, 2004, p. 12).

Ele dá explicações pelas quais a busca de fundamento absoluto é infundada. Primeiramente, para ele, “direitos do homem” seria uma expressão vaga e que deságua em definições tautológicas. Ademais, tais direitos constituem uma classe variável. Tais direitos se modificaram e continuam a se modificar, conforme o andar da história. Também, diz que a classe de direitos humanos é heterogênea, não havendo um elo que os ligue. Vale mencionar a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual engloba direitos diversos, com intenções distintas e, até mesmo, com incompatibilidades entre alguns.

Ademais, traz outro ponto de vista interessante. É falsa a crença de que se acharmos um fundamento absoluto a implementação dos direitos

humanos seria eficaz. Basta verificar a história. Para ele, os ditos direitos naturais são, na verdade, direitos históricos.

Por isso, consigna: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 16).

Assim, ele admite uma crise de fundamentos dos direitos humanos. Em vez de superá-la, a tarefa deveria ser mais modesta, isto é, dever-se-ia buscar vários fundamentos possíveis, utilizando-se do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos.

Nesse sentido é o escólio de Maria Esther Martínez Quinteiro, segundo a qual deve-se reconhecer a incapacidade atual de conferir uma razão absoluta aos direitos humanos e buscar direitos que solucionam os desafios de cada época vivida. Mais precisamente:

Incluso después de la negación postmoderna Del progreso de la razón en la historia de la humanidad, podemos lograr una posición equilibrada acerca de la posibilidad de comprender El entorno y actuar sobre El con criterios lógicos. Cabe, en efecto, aceptar nuestra incapacidad para dar con verdades absolutas y definitivas, atemporales y creer, sin embargo, en nuestra capacidad para consensuar razonablemente “verdades” compartibles, no puramente aleatorias, susceptibles de guiar conductas acordadas y de responder a los desafíos de la época vivida (QUINTEIRO, 2016, p. 42)².

Portanto, uma das características fundamentais dos direitos humanos é sua constante transformação. Vladimir da Silveira e Maria Rocasolano chamam isso de *dinamogesis*, que é um processo pelo qual são reconhecidos e positivados os valores morais e/ou éticos que fundamentam esses direitos e que podem ser resumidos no respeito e concretização da dignidade humana (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 185).

Hodiernamente, há o reconhecimento de direitos além dos direitos civis, políticos e sociais. Há, ainda, uma terceira geração/dimensão de direitos, ligados à coletividade de modo geral (p. ex.: solidariedade e meio-ambiente saudável). Isto é, direitos de todos, mas individualmente

² Inclusive depois da negação pós-moderna do progresso da razão na história da humanidade, podemos alcançar uma posição equilibrada acerca da possibilidade de compreender o ambiente e atuar sobre os critérios lógicos. É necessário, na verdade, aceitar a nossa incapacidade para alcançar verdades absolutas e definitivas, atemporais e crer, sem contestar, na nossa capacidade para concordar razoavelmente “verdades” compartilháveis, não puramente aleatórias, suscetíveis de conduzir condutas acordadas e de responder aos desafios da época vivida. (Tradução livre).

de ninguém. Há quem defenda uma quarta geração de direitos, da qual depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, como os direitos à democracia, informação e pluralismo (BONAVIDES, 2007, p. 571).

Paulo Bonavides vai além. Para ele também existe uma quinta geração de direitos e nela estaria a paz. Uma vez que tal direito não se concretizou em momento oportuno (na terceira geração), seria imperativo sua busca no mundo moderno (BONAVIDES, 2007, p. 579-593).

Daí que se pode afirmar que os direitos surgem conforme a demanda da sociedade de cada época vivida. É dessa atmosfera de pressões e conflitos que fazem surgir os direitos humanos e fundamentais. Os direitos humanos têm íntima ligação com a política, sendo que essa se desenvolve através de conflitos que nunca se resolvem em definitivo (BOBBIO, 2015, p. 205).

Esse é o caráter dialético dos direitos humanos. No escólio de Vladimir Silveira e Maria Rocasolano:

Também é necessário ressaltar o caráter dialético dos direitos humanos, o qual se traduz como uma tensão em todos os planos da realidade social delineada pela teoria desses direitos, como a que existe entre a ideologia dos direitos humanos dominante e os poderes sociais dominados, ou ainda entre os direitos reconhecidos pelo Estado como direitos fundamentais e os direitos humanos não positivados, mas socialmente exigidos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 237)

Portanto, independentemente do fundamento absoluto, os direitos humanos de cada geração/dimensão devem ser entendidos e compreendidos em cada época, levando em conta os movimentos e reivindicações populares. Cada tempo revela seus desafios e anseios.

2 OS DIREITOS SOCIAIS. HISTÓRIA DE SUA AFIRMAÇÃO

Portanto, os direitos humanos são, na verdade, históricos, uma vez que se formulam e se edificam com base nas reivindicações de cada época. Com os direitos sociais (nos quais está inserido o valor social do trabalho), não é diferente.

Pode-se dizer que o valor social do trabalho tem sua origem no homem, em momento anterior à convivência na sociedade, tendo em vista

que sua realização estava ligada à sobrevivência do ser humano (ARAÚJO, 2017, p. 117).

Mas por que é preciso trabalhar? “O homem, para continuar existindo, precisa estar continuamente produzindo sua própria existência através do trabalho. Isso faz com que a vida do homem seja determinada pelo modo como ele produz sua existência” (SAVIANI, 2003, p. 52).

Embora seja senso comum a expressão que o trabalho dignifica o homem, nem sempre na história assim se pensou. A escravidão foi uma das formas de organização do trabalho que reinou. Os nobres acreditavam que o trabalho faria perder sua dignidade. Os escravos, geralmente, eram prisioneiros de guerra ou inimigos que acabavam se tornando propriedade. Havia até quem justificasse a escravidão.

Aristóteles refutava a escravidão pela violência, chamada por ele de escravidão “por lei”. Entretanto, ao tentar justificá-la, entendia que a escravidão legal somente seria justa no caso em que escravos por lei e por natureza se coincidissem. Para ele, havia pessoas que nasciam para ser comandadas, como os bárbaros (obviamente, tirava os gregos dessa categoria). Isso talvez fosse uma justificativa, não racional, mas ideológica da escravidão (TOSI, 2003, p. 71).

A escravidão, embora rechaçada dentro da Europa desde o século XVIII, continuou em colônias européias até o século XX.

Conquanto possa ser dito que o fim da escravidão derivou de ideais liberais europeus, há também quem diga que o abolicionismo foi fruto de interesses econômicos. Os ingleses, que tinham a supremacia internacional na produção e comercialização de açúcar no final do século XVIII, a fim de impedir a expansão da produção francesa das suas colônias (suprida por escravos de traficantes ingleses), achou conveniente patrocinar os abolicionistas franceses. Em certo sentido, a Revolução Francesa veio ao encontro dos interesses ingleses (SOUTO MAIOR, 2017, p. 37).

Outra forma de organização do trabalho foi o sistema feudal, com predomínio na Idade Média. A economia feudal era fechada e sua produção visava à população interna dos feudos, com base na troca. Os servos estavam ligados à terra do seu senhor e não poderiam abandoná-las, ainda que não fossem considerados escravos, pois detentores de alguns direitos e proteção pelos senhores feudais. Era uma sociedade estamental, de modo que a posição social era definida pelo nascimento. O senhor tinha a posse legal da terra e o servo, conquanto não proprietário, tinha a posse útil.

Contudo, foi no capitalismo que a exploração do trabalho ganhou os contornos vistos hoje. Assim observa Maurício Godinho Delgado:

O pressuposto histórico-material (isto é, trabalho livre) do elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surge, na história ocidental, como elemento relevante, a contar da Idade Moderna. De fato, apenas a partir de fins da Idade Média e alvorecer da Idade Moderna verificaram-se processos crescentes de expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho. Esse quadro lançaria ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário desses meios (DELGADO, 2011, p. 86-87).

O liberalismo deu o primado da liberdade e seu corolário, a liberdade de contratar. As partes eram tidas como iguais e o contrato deveria fazer lei entre as partes. Era a supremacia da vontade individual. Nesse sentido:

Formou-se a partir dessa ideologia liberal aquilo que hoje se denomina modelo clássico de contrato, assentado nas concepções de ampla liberdade de contratar e de total submissão a seus termos, como se fosse lei entre as partes. Os princípios da igualdade das partes, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade (liberdade contratual), da relatividade dos contratos (efeitos restritos às partes), e da intangibilidade destes, se por um lado foram concebidos para garantir ampla e total liberdade entre os contratantes, para dispor de seus interesses da forma como bem desejassem, por outro, o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor. (BIERWAGEN, 2003, p. 25-26)

A mudança no modo de organização do trabalho foi expressiva. O trabalho foi transformado no capitalismo, mais uma vez, em algo servil e desconstituído de conteúdo humano. O trabalhador passou a ser visto

como parte de uma engrenagem, substituível por qualquer outra, a qualquer tempo (SERRA NETO; KOURY, 2015, p. 144).

O trabalho, agora, é extremamente influenciado pela tecnologia, sendo essa desenvolvida com o intuito de incrementar os resultados da indústria, a fim de maximizar os lucros, principal intenção do capitalista. Ademais, a especialização das funções e controle da produção (inclusive sobre o empregado) do sistema capitalista dificultava a integração social dos trabalhadores (SERRA NETO; KOURY, 2015, p. 145-146)

Foi a partir desse contexto de tecnologia, maximização dos lucros e descaso com o ser humano, que começaram as primeiras reivindicações por melhores condições de trabalho. Isso ocorreu no auge da Primeira Revolução Industrial na Inglaterra, já no século XIX (COGGIOLA, 2010, p. 06).

O movimento ludista ocorreu em 1811 na Inglaterra, fruto de manifestações contra a substituição de mão-de-obra pelo maquinário. O nome do movimento se deriva de um seus líderes, Ned Ludd. Avançando no tempo, na década de 1830, temos o movimento cartista, também na Inglaterra, caracterizado pelo primeiro movimento de massa pugnando por melhores condições de trabalho. A Carta do Povo, a qual também continha reivindicações eleitorais, como direito a voto universal, não foi aprovada pelo Legislativo. Nesse mesmo período, foram criadas as *trade unions*, que foram os primeiros sindicatos de trabalhadores ingleses, buscando segurança, melhores condições de vida e fortalecimento da luta operária (COGGIOLA, 2010, p. 06-08).

Desse momento turbulento, algumas leis surgiram, a fim de atender aos anseios dos trabalhadores e acalmar os ânimos. Podemos citar o Peel's Act de 1802, que foi voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores. Por outro lado, nessa época as leis eram dirigidas a reduzir a violência brutal da superexploração, contudo, o espectro normativo trabalhista ainda era disperso, não podendo ser considerado como ramo autônomo do direito (DELGADO, 2011, p. 95).

Com o fim de contribuir para a afirmação dos direitos sociais, alguns movimentos mundiais foram cruciais para a sua consolidação internacional.

Um desses marcos fundamentais está no “Manifesto Comunista”, de Marx e Engels, em 1848. Embora Marx diga, em contraponto ao que é discutido neste trabalho sobre o valor social do trabalho e seu aspecto de integração social e dignidade do trabalhador, que o trabalho é considerado objeto da exploração e elemento de alienação (MARX, 1964, p. 264).

No entanto, é inegável que os pensamentos dos autores demonstravam aos trabalhadores os vários aspectos de exploração pelo capitalista e a necessidade de uma insurgência da massa operária.

A Encíclica Católica *Rerum Novarum* data de 1891 e também foi importante marco. Percebe-se do texto a preocupação com a urgência em socorrer a classe operária, com o objetivo de instruí-la da consciência de seus próprios valores e para a necessidade da solidariedade, para se evitar a corrupção dos costumes, diante da apatia do Estado quanto ao trabalho. Diferentemente do Manifesto Comunista, a Encíclica do Papa Leão XIII defendeu a propriedade privada, sugerindo uma conciliação entre o capital e trabalho (CARDOSO, 2017, p. 38).

Do outro lado do atlântico, a Constituição Mexicana de 1917 trazia uma ampla gama de direitos sociais. Foi baseada em um manifesto clandestino do grupo *Regeneración* em 1906, tendo sido a primeira a instituir os direitos dos trabalhadores como fundamentais, ao lado da liberdade e direitos políticos (SOUSA, 2010, p. 03).

A Constituição de Weimar na Alemanha, em 1919, e as convenções aprovadas na Organização Internacional do Trabalho (OIT)³, também no mesmo ano, trilharam caminhos parecidos. A Constituição de Weimar foi instituída em uma Europa de profunda crise do Constitucionalismo Liberal. A carta é marcada por contradições dialéticas, em virtude da tentativa de conciliação entre o Liberal e o Social (BONAVIDES, 2007, p. 232).

Como consigna Paulo Bonavides, falando sobre as Constituições Sociais desse período:

A instabilidade e o compromisso marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar (BONAVIDES, 2007, p. 232).

A OIT foi criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes (Parte XIII), que pôs fim à Primeira Grande Guerra Mundial. O órgão tem como objetivo

³ A abreviação OIT passará a indicar a Organização Internacional do Trabalho durante todo o artigo.

principal estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações trabalhistas e garantir justiça social, por meio de suas convenções⁴.

Cumprir registrar que a OIT reflete o credo de que a paz mundial somente será alcançada se for acompanhada de justiça social, conforme Preâmbulo da Constituição da Organização.⁵

O Brasil é um dos países fundadores da OIT. Desde a sua criação, os membros tripartites da OIT adotaram 189 Convenções Internacionais de Trabalho e 205 Recomendações sobre diversos temas (emprego, proteção social, recursos humanos, saúde e segurança no trabalho, trabalho marítimo etc).⁶

Entretanto, ainda assim, o tema envolvendo os direitos sociais encontra-se em extrema ebulição e fricção, máxime no contexto de neoliberalismo e a globalização. O neoliberalismo é uma doutrina econômica difundida, principalmente, a partir da década de 1970 e que teve e tem como intuito a mínima interferência do Estado na economia. Na verdade, tal doutrina é um contra-ataque ao Estado de Bem-Estar Social desenvolvido na primeira metade do século XX e ao assistencialismo estatal (MUSTAFÁ; DE SOUZA SILVA; ANSELMO, 2018, p. 417).

Norberto Bobbio denunciou que o neoliberalismo é um ataque à própria democracia e que aquele considera essa sua inimiga. Para ele, a democracia é quem propicia os direitos sociais. Com a maior participação popular na vida política, obviamente, os pobres passaram a reivindicar direitos mínimos para sua vida digna. (BOBBIO, 2015, p. 196). Ele ainda assevera:

Pode-se descrever sinteticamente este despertar do liberalismo através da seguinte progressão (ou regressão) histórica: a ofensiva dos liberais voltou-se historicamente contra o socialismo, seu natural adversário na versão coletivista (que é, de resto, a mais autêntica); nestes últimos anos, voltou-se também contra o Estado do bem-estar, isto é, contra a versão atenuada (segundo uma parte da esquerda também falsificada) do socialismo; agora é atacada a democracia, pura e simplesmente... A acusação que o neoliberalismo faz ao Estado do bem-estar não é apenas a de ter violado o princípio do Estado mínimo, mas também a de

⁴ Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>> Acesso em 17 de abril de 2018.

⁵ Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>> Acesso em 17 de abril de 2018.

⁶ Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>> Acesso em 17 de abril de 2018.

ter dado vida a um Estado que não consegue mais cumprir a própria função, que é de governar (o Estado fraco). O ideal do neoliberalismo torna-se então o do Estado simultaneamente mínimo e forte (BOBBIO, 2015, p. 199).

Outrossim, a globalização vem acarretando problemas sérios para os países pobres, entre eles, claro, o Brasil. O fenômeno tem gerado desequilíbrio, em um processo de grande concentração de renda. Um setor minoritário que se integra com rapidez e entusiasmo aos benefícios da globalização e outro setor, geralmente das massas, que fica com a desgraça do processo (TORRADO, 2000, p. 56).

A favor da globalização (e, também, das ideias neoliberais), está o aparato ideológico. Sem ele, resta impossível a dominação e alienação. Como nos diz o professor espanhol:

El ultimo elemento componente de la globalización – el aparato ideológico – constituye un poderoso instrumento al servicio del mantenimiento de la misma y consiguientemente uno de los primeros obstáculos que es preciso remover en la defensa de los derechos humanos (TORRADO, 2000, p. 58)⁷

A consequência da globalização, conforme o citado autor, é o desrespeito das normas internacionais do trabalho em todo mundo, o dismantelamento das leis trabalhistas, a introdução de reformas na previdência, a flexibilização do mercado de trabalho, a extensão generalizada do trabalho precário, aumento do desemprego, expansão das zonas francas e a repressão às entidades sindicais (a semelhança de fatos com o Brasil não é mera coincidência) (TORRADO, 2000, p. 59-60).

Portanto, a valorização dos direitos sociais, como nunca, é imperiosa. Em face dos perigos do neoliberalismo e globalização, a proteção dos direitos mais caros ao trabalhador é medida que se impõe, a fim de evitar precarização das condições de labor e maior desigualdade social.

Ainda mais em países periféricos como o Brasil (os quais sofrem com maior peso o neoliberalismo e a globalização), a valorização do trabalho, como instrumento modificador de vidas e de integração das pessoas, confere dignidade ao obreiro, ao invés de colocá-lo como mero insumo na produção.

⁷ O último elemento componente da globalização – o aparelho ideológico – constitui um poderoso instrumento ao serviço da manutenção da mesma e conseqüentemente um dos primeiros obstáculos que é necessário remover na defesa dos direitos humanos. (Tradução livre).

3 O VALOR SOCIAL DO TRABALHO HUMANO INSERIDO NA CONSTITUIÇÃO (SOCIAL) BRASILEIRA DE 1988

Já foi visto que os direitos humanos não são concessões dos governantes. Repetindo Hannah Arendt, não são um dado, mas construído. São frutos de legítimas e verdadeiras conquistas. resultado da ação de organização humana, ainda que orientada para princípios de justiça. Para a autora, não se nasce igual, torna-se igual (ARENDR, 2012, p. 410).

Como será visto a seguir, os movimentos, revoluções, valores e direitos humanos reconhecidos internacionalmente e consagrados em Constituições país afora influenciaram na realização das mais diversas Constituições Brasileiras. A ebulição interna também favoreceu a criação de princípios e normas próprios, mais atinentes à realidade brasileira. A depender do momento histórico e da força do capital em cada um, os direitos básicos dos trabalhadores poderiam ser contemplados ou não.

Na Constituição da República Brasileira de 1934 insere-se uma gama de direitos até então ignorada pelo direito positivo do país. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos humanos e faziam ressaltar o aspecto social. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo da Constituição de Weimar, em um processo chamado de transmigração. A Constituição de 34 trouxe avanços importantes e previsões normativas especiais, agora com caráter constitucional, como a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, entre outros (BONAVIDES, 2007, p. 366-369).

Mais tarde, Getúlio Vargas, diante do avanço da ideia comunista no país⁸, estabeleceu em 1935 um Estado de exceção que impulsionou uma perseguição aos comunistas e que culminou na Constituição de 1937, a qual considerava a greve como um recurso antissocial nocivo ao trabalho e o capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional (artigo 139). Verifica-se que a preocupação com o aspecto social do trabalho é mitigada. O trabalho já é visto como dever social (artigo 136) e a “A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima

⁸ Houve tentativa de tomada das cidades de Natal, Rio de Janeiro e Recife, pelos comunistas brasileiros auxiliados pelo Partido Comunista da União Soviética, em 23 de novembro de 1935. Essa insurreição durou poucos dias e, logo, foi dominada pelas forças federais. Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. História do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017, p. 238.

para suprir as deficiências da iniciativa individual” (artigo 135) (SOUTO MAIOR, 2017, p. 238-239).

A Constituição de 1946, durante a Segunda República, por sua vez, assegurou que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social (artigo 145), conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Anos depois, mais uma vez, em vista da suposta ameaça comunista e tendo como prisma econômico a ideia de recuperação da credibilidade do país junto ao capital estrangeiro, os militares tomaram o poder. Governaram mediante Atos institucionais até 1967 e tinham como objetivos o corte severo nos gastos públicos e arrocho salarial (SOUTO MAIOR, 2017, p. 238).

A Constituição de 1967 é promulgada. Conquanto previsse que a Ordem Econômica tinha por fim a realização da justiça social e não houvesse proibição de greve (salvo nos casos de serviços públicos e atividades essenciais), o ambiente democrático e o alto capital estrangeiro investido eram um entrave ao desenvolvimento de uma verdadeira justiça social no país (SOUTO MAIOR, 2017, p. 281).

Na década de 1980, marcada por protestos populares pela democratização e inflada pela crise econômica que passava o país, os militares resolvem deixar o poder. Após eleições indiretas em 1985, Tancredo Neves foi eleito com expressiva maioria: 480 votos. Antes de tomar posse, o presidente eleito veio a falecer, substituindo-o o vice, José Sarney.

José Sarney começou seu governo “sob a sombra de Tancredo” e precisava não frustrar os movimentos sociais e de caráter democrático que se evidenciavam. Vários Planos econômicos foram colocados à prova na época, na tentativa de alavancar os ganhos dos trabalhadores e impedir a inflação (ainda que isso não tivesse sido alcançado) (SOUTO MAIOR, 2017, p. 354).

Foi nesse clima de redemocratização e de certa turbulência social, o que colocava em evidência os trabalhadores como classe social significativa, que foi feita a Assembleia Nacional Constituinte em 1988 (SOUTO MAIOR, 2017, p. 354).

Mais uma vez, o caráter histórico dos direitos humanos se reafirmava. Os direitos mais caros aos cidadãos derivavam dos fortes movimentos sociais, em busca não só de mais democracia, mas também de transformação social. Assim analisa Jorge Luiz Souto Maior:

É inegável que a Constituição brasileira preservou as bases do modelo capitalista: direito de propriedade, livre-iniciativa e direitos individuais. No entanto, não o fez a partir de uma ordem jurídica liberal. O sistema jurídico constitucional fixou como parâmetros a efetivação de valores que considera essenciais para a formação de um “desenvolvimento sustentável”, ou, em outras palavras, um capitalismo socialmente responsável a partir dos postulados do Direito Social (SOUTO MAIOR, 2017, 355)

O Preâmbulo de nossa Constituição chama a atenção do intérprete:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

É fácil observar que o legislador constituinte colocou os direitos sociais à frente de todos os outros como objetivo maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 deixou claro em seu texto que a República Federativa Brasileira tem como fundamentos, em especial, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

Verifica-se que as expressões “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa” estão colocadas no mesmo inciso (IV), o que evidencia a proposta, baseada no poder constituinte originário, de se conciliar os interesses do empresariado e dos trabalhadores.

Além disso, a Constituição de 1988 enunciou que a valorização do trabalho humano deve fundamentar a Ordem Econômica⁹, lembrando, mais uma vez, que o progresso econômico deve andar junto com os direitos

⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr, 2019.

sociais mais caros ao trabalhador. Isto é, não há desenvolvimento querido pela Constituição sem a promoção da dignidade do trabalhador.

Vale registrar que a Dignidade da Pessoa Humana estrutura o Estado Democrático de Direito e é o princípio balizador de todo o ordenamento jurídico. O valor social do trabalho, nada mais é, portanto, que um reflexo da dignidade da pessoa humana no âmbito laboral. É um princípio amplo, ao redor do qual gravitam outros princípios/normas trabalhistas. Não pode haver norma infraconstitucional que retire da pessoa, no âmbito laboral, valores e atributos inerentes ao exercício da dignidade, sob pena de inconstitucionalidade (ARAÚJO, 2017, p. 118-124).

Com efeito, pode-se dizer que tal princípio é o elemento de integração entre trabalho e dignidade, qualificando os trabalhadores a participar do processo socioeconômico que promove a emancipação. O objetivo do trabalho passa a ser, além de suprir as necessidades básicas do trabalhador, dignificar o trabalhador (ARAÚJO, 2017, p. 118).

A intenção do legislador constituinte, certamente, é atribuir ao trabalhador a possibilidade de satisfazer suas necessidades biológicas (pois, com o trabalho, poderá o obreiro sustentar-se financeiramente) e de existência (na esteira do pensamento de Dermeval Saviani, como já exposto acima).

Nesse sentido:

A valorização do trabalho humano não apenas importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como ocorreu no caso do Estado de Bem-Estar Social, mas sim admitir o trabalho e o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. Com isso o capital deixa de ser o centro dos debates econômicos, devendo-se voltar para o aspecto, quem sabe subjetivo, da força produtiva humana. [...] A livre iniciativa, bem compreendida, além de reunir os alicerces e fundamentos da ordem econômica, também deita raízes nos direitos fundamentais. É daí que surge a observação de que as leis restritivas da livre iniciativa, vale dizer, aquelas que asseguram o acesso de todos ao livre exercício de profissão ou ofício, devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como uma espécie de limite negativo ao legislador, fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Carta de 1988 (MARQUES, 2007, p. 115-116).

Logicamente, tal princípio inscrito tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana e é direcionado não somente ao empregador,

para que esse resguarde o trabalhador de qualquer ofensa à dignidade no âmbito do trabalho (tais como a intimidade, a higidez física e mental, o salário mínimo, entre outros), mas também para o Estado. Nos dizeres de Jailton Macena de Araújo:

Pode-se justificar, então, que a evolução do Estado brasileiro, no contexto constitucional fundado a partir de 1988, determina um conjunto de ações do Poder Público que devem estar voltadas à administração e distribuição dos recursos sociais, de forma a contribuir para a garantia e realização do desenvolvimento (ARAÚJO, 2007, p. 121).

Em vista desse forte mandamento constitucional, o Estado deve propiciar condições para que os trabalhadores se realizem em sua esfera pessoal e de existência, atuando ativamente por meio de ações governamentais. Tanto que na condição de contratante de mão-de-obra, ao invés de esquivar-se da responsabilidade¹⁰, sua missão é garantir o mínimo existencial aos trabalhadores.

Não é difícil chegar à conclusão, portanto, que se pugna por um Estado Democrático de Direito socialmente justo, alicerçado em valores nobres, com objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem geral e erradicar a pobreza e marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O Estado Social-Democrático Brasileiro, enquanto perfil político-jurídico dotado de um sistema de princípios e regras, voltado a limitar e controlar o poder estatal e garantir a efetivação do preceito de dignidade humana, desempenha papel primordial na valorização do trabalho, em seu aspecto social.

Não à toa, Paulo Bonavides assim assevera:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social (...) Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a

¹⁰ Como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, com julgamento em 24.10.2010, que declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, o qual assim preceitua:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder (BONAVIDES, 2007, p. 231).

Logo, o trabalho não pode servir como insumo de produção. Na esteira de Kant, o trabalhador não pode servir como meio para se atingir determinada finalidade, qual seja, o lucro do empresário e o desenvolvimento econômico (desacompanhado da promoção social dos indivíduos).

Nesse sentido, Jailton Macena de Araújo:

Reafirma-se, pois, do seu valor social que o trabalho humano não é um mero recurso econômico destinado à subsistência do sujeito, mas é, principalmente, um fator de promoção da dignidade humana e, como consequência, torna-se um fundamento para a promoção do homem e a expansão do bem-estar (ARAÚJO, 2007, p. 118).

No entanto, a Constituição Social, desde 1988, vem sofrendo vários ataques. Mais uma vez o capital mostra sua força. Poderosas coligações têm conspirado contra o regime de 1988 e tentam se apoderar do aparelho estatal a fim de imputar retrocessos na lei maior e revogar importantes conquistas sociais, fazendo-se, assim, um inevitável antagonismo entre Estado e sociedade (BONAVIDES, 2007, p. 371).

A ideia fundamental do liberalismo brasileiro (e isso se faz por meio da mídia) é contrapor a ação, supostamente, demoníaca do Estado com a ação virtuosa do mercado. Isso porque, na prática, nas poucas vezes em que se verificou qualquer preocupação política com as demandas das classes populares, essa partiu do Estado. Logo, surge o interesse em desqualificar os atos estatais que visam os direitos sociais (SOUZA, 2015, p. 53).

Desde a democratização, o valor social do trabalho vem sendo ameaçado, seja pela legislação ordinária (vide a recente Reforma Trabalhista, anunciada com ares de modernização), seja pela interpretação dos juristas (SOUTO MAIOR, 2017, p. 360-373).

Como temos visto, a desigualdade social no mundo vem crescendo em níveis alarmantes e o conto de fadas neoliberal vem virando um pesadelo para os trabalhadores e as pessoas mais pobres. A tese do gotejamento, segundo a qual criar condições para os mais ricos (e capazes) prosperarem favorece os mais pobres indiretamente (ainda que cresça a desigualdade) já não se sustenta mais (BAUMAN, 2015, p. 51).

É justamente nesse cenário nebuloso, com forte influência neoliberal, que o valor social do trabalho deve ser fortalecido. Em um ambiente de globalização e flexibilização dos instrumentos de proteção do trabalho, o grande desafio socioeconômico da atualidade é assegurar a efetividade do valor social do trabalho, de modo a promover uma maior abrangência e um impacto social de suas acepções protetiva e geradora de oportunidades sociais (ARAÚJO, 2007, p. 118).

Por isso, urge a preocupação de juristas com a importância do valor social do trabalho no Constitucionalismo Brasileiro e o compromisso do Estado com sua afirmação e realização no âmbito laboral.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos são históricos, pois decorrem de lutas e conquistas dos cidadãos em busca de melhores condições de vida.

Os direitos sociais são frutos de várias lutas travadas a partir do século XIX. Diferentemente dos direitos burgueses de primeira geração, a implementação dos direitos sociais gera um agir do Estado e há, obviamente, resistência por parte do poder comandante, gerido pelos detentores do grande capital.

Mesmo assim, os direitos sociais vêm sendo, paulatinamente, reconhecidos na seara internacional como direitos humanos, como se vê das diversas Convenções da OIT.

Internamente, as Constituições Republicanas Brasileiras previram direitos sociais mínimos, em maior ou menor grau, aos trabalhadores, em resposta aos anseios populares.

Algumas Cartas Européias serviram de inspiração, como na Constituição Brasileira de 1934, inspirada na Constituição de 1919 de Weimar, na Alemanha.

Em 1988, em um âmbito de democratização e de evidência da classe trabalhadora no aspecto político nacional, a Constituição (Social) da República Brasileira nos trouxe novas esperanças. O valor social do trabalho foi alçado a direito fundamental e, no Preâmbulo, os direitos sociais aparecem em primeiro lugar em relação aos direitos individuais, realçando a intenção do legislador constituinte em um país com justiça social.

O valor social do trabalho pode ser explicado na ótica do próprio princípio da dignidade humana. Aquela é reflexo desse, no âmbito laboral.

Esse princípio básico constitucional-trabalhista atua no intuito de preservar o trabalhador contra a exploração da atividade econômica.

No entanto, como todo direito humano, o valor social do trabalho dialoga com os fatos e a política. A onda neoliberal, que se traduz em ideologias liberais econômicas passadas por meio da mídia e, também, pela interpretação dos juristas, pode causar retrocesso social.

É nesse contexto que devemos fortalecer, ainda mais, o valor social do trabalho. Os juristas verdadeiramente preocupados com os princípios constitucionais e a intenção do legislador constituinte devem fazer com que o desenvolvimento econômico ande de mãos dadas com o progresso social do trabalhador.

Assim como Bobbio preceitua, deve-se ir além da tentativa de justificar os direitos humanos no ponto de vista jurídico ou filosófico. O momento é de reafirmá-los e buscar garanti-los.

O capitalismo e a ciência econômica nunca podem ser um fim em si mesmo (retomando um conceito de Kant). Antes disso, temos o homem, visto como ser detentor de atributos que possam lhe garantir vida plena, seja nas relações humanas, seja no trabalho.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jailton Macena de. **Valor Social do Trabalho na Constituição Federal de 1988: Instrução de Promoção de Cidadania e de Resistência à Precarização.** *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 16, n. 7, 2017.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **A Riqueza de Poucos Beneficia Todos Nós?** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. A importância de Hugo Grócio para o direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDIR**, Curitiba, v. 11, p. 365-384, 2016.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil.** 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr, 2019.

COGGIOLA, Osvaldo. Os Inícios das Organizações dos Trabalhadores. **Revista Aurora**, Marília, ano IV, v. 3, n. 2, ago. 2010.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A Contribuição da Cultura Social Cristã para o Direito do Trabalho**. In: Direito do Trabalho: Releituras, Resistência. São Paulo: Editora Ltr, 2017.

COSTA, Fausto. **El delito y La pena em la historia de la filosofia**. Trad Mariano Ruiz-Funes. Cidade do México: Uteha, 1953, p.71

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2011.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1964.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MUSTAFÁ, Maria Alexandra da Silva Monteiro; DE SOUZA SILVA, Salyanna ; ANSELMO, Gisele Caroline Ribeiro; SILVA, Salyanna de Souza. Democracia e justiça social em tempos de golpe sob a égide do neoliberalismo. **Revista Katalysis**, v. 21, p. 416-426, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>. Acessado em 17 de abril de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acessado em 17 de abril de 2018.

QUINTEIRO, Maria Esther Martínez. El Discurso de Los Derechos Humanos En Perspectiva Histórica. El Síndrome de La Torre de Babel in Pasado y presente de los derechos humanos. **Pando Ballesteros, M.^a P.; Mu-oz Ramírez, A. y Garrido Rodríguez, P. (dirs.) Pasado y presente de los derechos humanos.** Mirando al futuro. Madrid, Catarata, 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016.

SAVIANI, Dermeval. **O Trabalho como princípio educativo frente às novas tecnologias.** In. FERRETTI, Celso João, et ali (org) *Novas Tecnologias, trabalho e Educação*, 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

SERRA NETO, Prudêncio Hilário; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. O Trabalho no Mundo Contemporâneo: As Metamorfoses no Conceito de Trabalho. **Revista de Direito Brasileira.** Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Direitos humanos fundamentais das pessoas com eficiencia. **Revista Direito UFMS.** Campo Grande, v. 01, n. 01, p. 103-130, jan./jun. 2015.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do Direito do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2017.

SOUZA, Jessé. **A Tolice da Inteligência Brasileira.** São Paulo: LeYa, 2015.

TORRADO, Jesus Lima. Globalizacion y derechos humanos. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, t. 17, 2000.

TOSI, Giuseppe. Aristóteles e a Escravidão Natural. **Boletim do CPA**, Campinas, nº 15, jan./jun. 2003.

DIRETRIZES NÃO DISCRIMINATÓRIAS DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E O IMPLEMENTO DE SEVERAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS DE CUNHO ECONÔMICO

NON-DISCRIMINATORY GUIDELINES OF THE NEW MIGRATION LAW AND THE IMPLEMENTATION OF RIGOROUS ADMINISTRATIVE PENALTIES OF ECONOMIC REQUIREMENT

Jéssica Duque Cambuy *

Deilton Ribeiro Brasil **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A mobilidade humana e os desafios de inclusão no Brasil. 2 A estratificação social por meio da discriminação e da opressão aos migrantes. 3 Os princípios e diretrizes da política de migração brasileira. 4 A *mens legis* na aplicação das penalidades administrativas na nova lei de migração. Conclusão. Referências.

RESUMO: A crescente mobilidade humana decorrente da globalização acarreta a entrada de pessoas de diversos lugares do mundo no Brasil. Contudo, o estudo dos conceitos e formas de discriminação demonstra que esta última pode impedir o acolhimento das pessoas de origem estrangeira, mediante uma prática coletiva, enraizada na cultura e mentalidade das pessoas, a partir da construção de categorias que alocam indivíduos em determinados lugares sociais. Nesse contexto, a inclusão e o respeito à dignidade do migrante são apresentados como desafios a serem superados no Brasil, sendo objeto da presente pesquisa a análise da Lei 13.445/2017, que instituiu a Lei de Migração no Brasil, superando, aparentemente, o tratamento excludente previsto pelas legislações até então. Para tanto, apresentam-se as diretrizes básicas da nova legislação do migrante, que busca adequar-se à perspectiva democrática igualitária da Constituição Federal de 1988. Os resultados obtidos foram no sentido de que um dos aspectos que denotam a intenção do legislador em efetivar os novos parâmetros de tratamento acolhedor ao migrante é a imposição de penalidades administrativas de cunho econômico elevado, visando a observância das regras protetivas e impedindo a exploração do trabalho ilegal. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-dedutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

* Mestranda do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros-MG.

** Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi de Messina, Itália. Doutorado em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA).

Artigo recebido em 23/01/2019 e aceito em 21/02/2019.

Como citar: CAMBUY, Jéssica Duque. BRASIL, Deilton Ribeiro. Diretrizes não discriminatórias da nova Lei de Migração e o implemento de severas penalidades administrativas de cunho econômico. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.283, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

Palavras-chave: Lei de Migração. Discriminação. Penalidade administrativa. Políticas públicas. Direitos humanos.

ABSTRACT: *The increasing human mobility resulting from globalization denotes the entry of people from around the world in Brazil. However, the study of the concepts and forms of discrimination shows that it can prevent the reception of people of foreign origin, through a collective practice, rooted in the culture and mentality of the people, from the construction of categories that allocate individuals in certain social places. In this context, the inclusion and respect for the dignity of the migrant are presented as a challenge to be overcome in Brazil, the object of this research is the analysis of Law 1345/13, which established the Migration Law in Brazil, apparently overcoming the exclusionary treatment legislation. Therefore, it is presented the basic guidelines of the new legislation of the migrant, which seeks to adapt to the egalitarian democratic perspective of the Federal Constitution of 1988. The results obtained denote the intention of the lawmaker to affect the new parameters of welcoming treatment to the migrant is the imposition of administrative penalties of high economic nature, aiming at observance of the protective rules and preventing the exploitation of illegal work. The research is of theoretical-bibliographic nature following the descriptive-deductive method that instructed the analysis of the legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.*

Keywords: *Migration law. Discrimination. Administrative penalty. Public policies. Human rights.*

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte da histórica mobilidade humana que gera a entrada e permanência de pessoas de diferentes nacionalidades no Brasil, salientando as dificuldades e desafios enfrentados para a inclusão e o respeito de direitos igualitários aos indivíduos.

Isso porque a discriminação e opressão sociais dos migrantes faz parte de um processo histórico de marginalização e ausência de políticas públicas que possam promover ascensão social, respeito e sentimento de pertencimento ao território onde pessoas, embora não tenham nascido, exercem suas atividades laborais e escolhem como moradia.

A inquietação com os indivíduos migrantes que ingressam e permanecem no Brasil parte tanto da população quanto dos próprios governantes que precisam adequar a legislação para abarcar as demandas sociais advindas da realidade migratória.

Nesse contexto, a Lei de Migração busca conferir novas diretrizes de tratamento aos migrantes no país, demonstrando acolhimento e adequação aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, como a igualdade e a dignidade sem discriminação de qualquer natureza.

O objeto de investigação busca enfatizar a nova previsão de penalidades administrativas pecuniárias altíssimas previstas pelo legislador, como instrumento de coação ao cumprimento das novas diretrizes normativas, seja pelos indivíduos que ingressam no país, seja pelas empresas que utilizam de mão de obra estrangeira no seu quadro laboral, evitando o enriquecimento destas com base em exploração do trabalho do migrante, principalmente, de maneira ilegal.

Utiliza-se, para tanto, da análise bibliográfica e documental sob um enfoque crítico de conexão entre as diretrizes da legislação protetiva dos direitos dos migrantes e a necessidade de inclusão de todos os indivíduos em patamar de igualdade no Brasil.

A escolha do tema se justifica por contemplar atual e relevante discussão no que concerne à real situação dos migrantes no território nacional, salientando a necessidade de adequação dos processos migratórios, repudiando a xenofobia e acolhendo os indivíduos de maneira justa e igualitária. A metodologia adotada para a pesquisa é a descritiva-dedutiva e, como procedimento, tanto a revisão bibliográfica quanto a análise documental foram utilizadas.

1 A MOBILIDADE HUMANA E OS DESAFIOS DE INCLUSÃO NO BRASIL

O fenômeno da migração de pessoas dos seus lugares de origem para outros territórios mostra-se tão antigo quanto a própria existência humana e ganha maior destaque no mundo globalizado em razão de aspectos econômicos, sociais, culturais e jurídicos complexos.

A palavra *migração* vem do latim *migrare* - mudar de residência. Daí a percepção da migração como movimento de uma pessoa para outro lugar por um tempo determinado. Nos termos das Recomendações sobre estatísticas da migração internacional da ONU, *migrante* (ou imigrante) é pessoa que muda para país diferente do de sua residência usual, por um período de pelo menos 12 meses, de forma que o país de destino se torne, efetivamente, seu país de residência (ONU, 1998).

Dessa forma, *emigração*, vista desde a perspectiva do país de origem, significaria sair de um país para estabelecer-se noutro. E *imigração*, vista desde a perspectiva do país de destino, significaria entrar num país

que não seja o país de nascimento, nem o país de residência habitual, para estabelecer-se num eventual país de destino (TERESI; HEALY, 2012), (BIROL, 2018, p. 314).

Segundo Bichara (2015, p. 222), as migrações maciças observadas na atualidade encontram motivações majoritariamente econômicas, vez que algumas populações buscam condições de vida mais favoráveis em economias melhor sucedidas. Isso vale tanto para os mais abastados quanto para os menos favorecidos. Isso porque os Estados desenvolvidos funcionam como polarizadores desse deslocamento populacional. Esse fenômeno sociológico de dimensões internacionais tem trazido dificuldades aos países receptores no que atine especificamente à imigração ilegal.

Assim, os movimentos migratórios podem ser vistos como uma forma criativa de indivíduos lidarem com situações adversas ou se adaptarem a mudanças súbitas de seu contexto. A primeira perspectiva insiste nos cenários de sofrimento ou vulnerabilidade em que os migrantes se encontram e categorias como “migração forçada” adquirem relevância. O pressuposto dessa visão é aquele que concebe a ligação a um lugar, terra ou nação como condição para identidade ou dignidade de uma pessoa. Além disso, o olhar volta-se para o deslocamento como uma forma de anomalia que torna os indivíduos vulneráveis, e não como uma forma de indivíduos ou grupos reafirmarem a sua dignidade ou lidarem com situações políticas e econômicas adversas (INGLÊS, 2015, p. 170).

Na atualidade, os fluxos migratórios têm como uma das principais razões as desigualdades existentes entre os países do mundo e/ou dentro de um mesmo país, impondo um grande desafio à “forma estatal de pertencas fechadas, governadas por mecanismos ambíguos que incluem os cidadãos, excluindo todos os outros”. Os fluxos migratórios geram uma inquietação em relação à não efetiva proteção dos direitos humanos, justamente, pelo fato de que esses direitos encontram vigor na própria humanidade, porém, são aqueles “que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade”(RESTA, 2004, p. 12-13).

Os migrantes internacionais são quase 150 milhões neste início de século, na medida em que definimos como migrante toda pessoa residente em país estrangeiro, ou seja, 2,5% da população mundial. Eram 75 milhões em 1965 e 120 milhões em 1990, segundo os números disponíveis. E, ainda que inexatas, essas estimativas calculadas unicamente nos estoques, evidenciam a progressão dos deslocamentos nos últimos quarenta anos. Mas as previsões são ainda mais altas se considerarmos que, segundo

algumas fontes, até o final do século, quase 1 bilhão de pessoas estarão se deslocando (HILY, 2003, p. 1-2).

Para Bauman (1999, p. 69), os controles das fronteiras nacionais e a cooperação internacional na gestão das migrações se tornaram altamente restritivos, direcionado pelos interesses de uma minoria. A maioria das pessoas não tem os recursos econômicos nem os direitos políticos necessários para a livre circulação. Estamos longe de um mundo de mobilidade sem fronteiras.

A complexidade e a diversidade do processo de redistribuição da população em âmbito mundial, com cerca de 244 milhões de migrantes em 2015, têm apontado para um novo contexto geopolítico das migrações internacionais com reflexos no Brasil (ONU, 2015).

A mobilidade do capital e da força de trabalho e seus impactos no cotidiano social, nos mercados de trabalho, nas sociedades de chegada e de partida, nos fluxos financeiros, nas migrações internacionais redesenham os países nos espaços migratórios na divisão internacional do trabalho. Nesse sentido, a partir dos lugares inseridos na lógica da produção global se desencadeia uma nova configuração migratória internacional e nacional, com diversas modalidades de fluxos (re)desenhadas no âmbito das migrações transnacionais (BAENINGER, 2017, p. 13), (SASSEN, 1988), (DE HASS, 2010), (GUARNIZO; PORTES; HALLER, 2003), (PORTES, 2004).

O Brasil tem vivenciado, na prática, os impactos do crescimento significativo da mobilidade humana através da travessia das fronteiras entre os Estados, recebendo, continuamente, pessoas de origem estrangeira que buscam acolhida e integração no país.

A chegada de pessoas de outras nacionalidades no Brasil em busca de trabalho, refúgio e de outras oportunidades, entre elas estudo e diferentes formas de intercâmbio, demonstra, entre outros desafios, a necessidade de implemento de uma política migratória que contemple o respeito, a inclusão, a igualdade e a observância dos direitos humanos dos migrantes.

A presença de migrantes, em sua maioria com baixas condições econômicas, nas fronteiras de várias cidades brasileiras, é motivo de incômodo e questionamento tanto da população nacional quanto dos governos, que veem suas políticas públicas limitadas, por nem sempre incluírem migrantes em situação de vulnerabilidade social.

A sociedade brasileira demonstra em vários setores um desconforto com a presença dos migrantes no território nacional, referindo-se a

possíveis ameaças aos seus empregos, aos lugares nas filas dos hospitais públicos e à tranquilidade e segurança urbana.

Para Jubilut (2015, p. 22), todos os migrantes são protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo que os Estados estão obrigados, especialmente em razão do princípio da não discriminação, a respeitar os direitos humanos dos migrantes, inclusive daqueles em situação irregular. Além disso, salienta que os Estados são responsáveis por todas as pessoas que se encontram em seu território, sejam elas nacionais ou não, o que exige garantir condições de realização, respeito e proteção dos direitos humanos dos migrantes, incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais, tais como o direito à saúde, à educação, à moradia e ao trabalho, o que reflete na garantia do acesso dos migrantes aos serviços públicos essenciais.

Contudo, os migrantes nem sempre encontram acesso ao exercício amplo de sua cidadania, principalmente aqueles que apresentam baixa escolaridade e formação técnica e que ingressam no Brasil a partir de processos de fuga do país de origem, recebendo caracterização de refugiados.

É a partir desse contexto de mútuos estranhamentos que se percebem os numerosos desafios que enfrentam os migrantes para se inserirem no Brasil, principalmente do ponto de vista socioeconômico, havendo, portanto, a necessidade de implemento de políticas migratórias que assegurem inclusão e que atinjam, ainda, a mentalidade dos nacionais na construção de uma sociedade receptiva, fundamental para o intercâmbio cultural e intelectual.

Essa necessidade não foi absorvida pelas legislações anteriores à Lei nº 13.445/2017 que instituiu a Lei de Migração, sendo que, no Brasil, o histórico de acolhimento migratório é de opressão e marginalização, embora a própria Constituição Federal de 1988 determine a igualdade entre brasileiros e migrantes (BRASIL, 1988), (BRASIL, 2017).

2 A ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL POR MEIO DA DISCRIMINAÇÃO E DA OPRESSÃO AOS MIGRANTES

O Brasil adotou na Constituição Federal de 1988 uma sociedade fraterna, ao estabelecer em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988. Grifo nosso).

Da mesma forma, o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, constituiu como um dos seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, garantindo, segundo o artigo 5º, a igualdade aos brasileiros e migrantes, sem distinção de qualquer natureza e a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido, Brasil (2018, p. 760) entende que

O texto do preâmbulo revela que o Estado Democrático brasileiro instituído está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e, considerá-los, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assim como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, devendo ser fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, tanto na ordem interna como, também, na ordem internacional.

A solidariedade, assim como a fraternidade, traz em seu âmago a preocupação para com o outro, ou seja, a solidariedade que impõe que uma pessoa se preocupe com o outro e que cada um se preocupe com o todo, bem como a fraternidade, que traz a ideia de preocupação com o irmão, a união, exige uma responsabilidade do indivíduo para com a sociedade.

A partir de tais previsões, percebidas aqui sob a ótica da perspectiva democrática de consideração dos direitos fundamentais, o conceito de discriminação deve ser desatrelado da concepção de que esta seria um ato direto, isolado, praticado por determinada pessoa em momento igualmente determinado, passível de penalização específica e positivada na legislação. Segundo essa perspectiva, os atos discriminatórios devem ser percebidos

além da ofensa direta à isonomia formal perpetrada na Constituição Federal de 1988, centrada na noção de justiça simétrica (MOREIRA, 2017a).

É necessário o reconhecimento de que a discriminação possui conceitos complexos a partir do momento que abandona a intencionalidade da exclusão, e que, inclusive, normas comumente consideradas neutras podem representar um impacto negativo sobre certos grupos de pessoas, agravando situações de desvantagem e subordinação.

Para Moreira (2017a), a discriminação negativa designa um tratamento que viola o princípio segundo o qual todos os membros de uma comunidade devem ser igualmente respeitados, sendo comumente motivada por estigmas culturais que procuram afirmar a suposta inferioridade de um grupo, como é o caso dos migrantes, mantendo o privilégio do segmento majoritário.

A figura do estrangeiro, por definição, mostra um estranhamento, explicita uma distância entre culturas que é difícil de superar. A origem do termo revela que semelhante característica está no cerne do seu significado. A palavra é proveniente do termo francês antigo *estrangier* (atual *étranger*), que por sua vez origina-se da palavra francófona estrangeira atual *étrange*, derivada do termo latino *extraneus*, estranho. A mesma sensação de afastamento também pode ser encontrada no termo “bárbaro” que significa além de estrangeiro e cruel, desumano (FERREIRA, 2004). O estranho ou migrante é marcado pela diferença, entretanto sem ele e, assim, sem sua localização invariavelmente periférica, marginal, a noção de identidade (e com ela a de centro ou casa ou lar) se esvai (CHUERI; CÂMARA, 2010, p. 170-171).

Assim, o estereótipo de discriminação ultrapassa a sua dimensão descritiva (relacionada unicamente às características de membros de um grupo), passando a ter uma extensão prescritiva (que define o lugar que as pessoas devem ocupar na sociedade), servindo como mecanismo de opressão apto a promover a vantagem de uns em detrimento da exclusão de outros (MOREIRA, 2017b).

Moreira (2017a) salienta, ainda, que a discriminação tende a ter um caráter opressivo reflexivo, ocorrendo entre membros de um mesmo grupo, tendo em vista que determinadas pessoas internalizam as concepções generalizadas da comunidade a qual pertencem e passam a tratar a si mesmas e aos seus semelhantes a partir delas. Não é incomum, portanto, que indivíduos de origem estrangeira sintam-se inferiores ou

socialmente piores por se distanciarem dos parâmetros de aceitabilidade a partir dos quais a sociedade é construída.

Tem-se que a experiência social mostra aos próprios indivíduos oprimidos que os seus traços socialmente salientes devem ser marginalizados, tendo em vista a ausência de apreço do seu grupo perante a sociedade.

Ademais, grupos oprimidos e constantemente discriminados não têm acesso integral aos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e, conseqüentemente, dignidade. Grupos de indivíduos considerados como invisíveis para o Estado durante muitas gerações têm sua liberdade violada por serem impedidos de tomar decisões autônomas centrais para suas vidas.

A dignidade da pessoa humana, vista sob uma perspectiva democrática passa diretamente pela concretização de direitos fundamentais, não sendo plausível a limitação do seu exercício por qualquer dos seus destinatários (COSTA, 2016).

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambigüidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula (BARROSO, 2016, p. 64-66).

Em outras palavras, o princípio da dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2008, p. 63).

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as

regras que vão reger a sua vida. A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas). A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública). Por fim, ínsito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial, também chamado de mínimo social, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente (BARROSO, 2016, p. 81-85).

Dessa forma, os princípios fundamentais são concretizações ou exteriorização do princípio da dignidade humana, pois onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2008, p. 59).

O aspecto mais interessante a ser observado, contudo, é o reconhecimento, quase sempre invisível na sociedade, de que as interações humanas estão envoltas em relações de poder que atribuem significação social a distinções naturais entre pessoas. Isso permite concluir que diferenças entre grupos sociais, que geram a discriminação, são construídas com o objetivo de obtenção de vantagens para um universo dominante.

Isso significa que devemos estar atentos ao fato de que as distinções entre grupos sociais não são produtos de diferenças naturais entre eles. Elas são socialmente construídas em função do poder que um grupo tem de universalizar sentidos culturais. Por esse motivo, negros e brancos, homens e mulheres, heterossexuais e homossexuais não designam meras diferenças biológicas, mas diferentes formas de pertencimento social decorrentes do *status* de subordinação no qual vivem. Essa constatação é importante para identificarmos as formas discursivas que a discriminação

assume. Ela pode estar baseada em distinções biológicas entre pessoas mas essas distinções só adquirem esse status na medida em que passam por um processo de significação social. (MOREIRA, 2017a, p. 34).

Sob tal perspectiva, a discriminação impede o reconhecimento da individualidade, de forma que todas as pessoas pertencentes a um determinado grupo são vistas de maneira semelhante e, muitas vezes, diminuída.

A percepção adequada da discriminação depende da compreensão de tipos distintos e coletivos de atitudes, da motivação, da abrangência das suas consequências, das suas dimensões e da cultura em torno da opressão. Mesmo em uma sociedade que professa a busca pela realização do Estado Democrático, pessoas são comumente discriminadas e vistas como inferiores, reproduzindo a subordinação e a assimetria.

Com base nos conceitos e fundamentos da discriminação e tendo em mente as consequências de sua prática coletiva, conclui-se pela manutenção intencional de determinados grupos em lugares sociais envoltos em uma barreira que impede a sua emancipação, mantendo os privilégios da classe dominante e perpetuando a estratificação social e a opressão.

A própria legislação tem o condão de emancipar ou oprimir. A dimensão, portanto, é relacionada à forma como certas pessoas são sistematicamente discriminadas por pertencerem a grupos minoritários e como esse fato impede o acesso a oportunidades para membros desse segmento.

Os arranjos políticos e jurídicos garantem a manutenção de uma certa ordem segundo a qual determinados grupos ocupam posição de subordinação enquanto outros permanecem em situação de privilégio.

O pensamento difundido politicamente, entretanto, é oposto. Fala-se na democracia racial, no respeito à pluralidade nacional, na igualdade de oportunidades.

A composição da sociedade reforça inconscientemente a ideia de que existe um padrão de normalidade e referência a ser seguido e continuamente respeitado, gerando marginalizações estruturais que atingem diretamente os migrantes que buscam viver no Brasil.

A opressão de grupos minoritários transcende a violação de normas jurídicas e encontra expressão em diversas atitudes discriminatórias corriqueiras que passam despercebidas pela classe privilegiada mas expressam desprezo e hostilidade através de gestos, olhares e tratamentos diferenciados aos indivíduos.

O próprio vocabulário da sociedade brasileira, inserida ou não em situação de vantagem, foi moldado e continua a representar o racismo, a intolerância e a marginalização de forma camuflada em expressões aceitas ou até despercebidas.

O sujeito em condição de opressão tem sua visão social embaraçada, mantendo-se preso em uma reduzida percepção política, sem que lhe sejam disponibilizadas informações essenciais que possibilitem a abertura da sua mentalidade crítica para as perversas estruturas sociais engendradas pelas classes dominantes (ROTONDANO, 2015).

Portanto, a discriminação e a opressão de indivíduos tem o condão de aloca-los em lugares sociais estratificados, dificultando a compreensão emancipatória e a formação de pensamento capaz de gerar atitude social.

Partindo dessa premissa, os direitos dos migrantes devem deixar de ser discriminatórios e excludentes, fazendo com que a perspectiva democrática e os direitos humanos sejam parte integrante das políticas e do marco normativo migratório, contexto em que se insere a promulgação da Lei nº 13.445/2017, que institui a Lei de Migração.

Importante ainda registrar que a Convenção nº 97 aponta a imigração como um meio de potencialização do pleno emprego em nível mundial, colaborando para a diminuição do déficit internacional entre oferta e demanda de empregos (LOPES, 2009). Todavia, o Brasil é um dos poucos países a ratificá-la, demonstrando que alguns Estados ainda relutam em obrigar-se com os conteúdos normativos da convenção, priorizando uma abordagem repressiva e até discriminatória em suas legislações nacionais (NICOLI, 2011).

Por seu turno, a Convenção nº 143 de 1975, da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil trata da questão do trabalhador migrante. Ela enfrentou pela primeira vez a questão das imigrações irregulares, abordando o crescimento desordenado de movimentos migratórios, o tráfico de mão de obra e a busca do pleno emprego. É dividida em duas partes, tratando das migrações em condições abusivas e da igualdade de oportunidades e tratamento (LOPES, 2009).

Na primeira parte, a Convenção nº 143 dispõe que o trabalhador migrante que esteja residindo legalmente no país com fim de emprego, caso o perca, não pode ser considerado em situação ilegal ou irregular e nem deverá ter sua autorização de residência ou de trabalho revogada (Artigo 8º). Por conseguinte, o trabalhador migrante deverá se beneficiar de tratamento igual ao dos nacionais, especialmente no que diz respeito às

garantias relativas à segurança de emprego, à reclassificação, aos trabalhos de recurso e à readaptação (SANTOS; BERTOTTI, 2018, p. 15-16).

Já na segunda parte da Convenção nº 143, destaca-se o artigo 10, que insta os Estados-Parte a adotar medidas para concretizar o princípio da não discriminação, incluindo o dever de auxiliar a adaptação dos trabalhadores migrantes e suas famílias. Acontece que a Convenção possui um número baixo de ratificações, demonstrando que seu conteúdo não é de interesse da maioria dos países (SANTOS; BERTOTTI, 2018, p. 16).

3 OS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA POLÍTICA DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA

A nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445/2017), que entrou em vigor em novembro de 2017, representa uma perspectiva inovadora e inclusiva em relação aos fluxos migratórios internacionais, tendo sido concebida e elaborada sob a ótica protetiva dos direitos humanos e de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a não discriminação.

A referida legislação abandona os antigos conceitos e normativas anteriormente previstos pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), que vigorou desde o regime ditatorial no Brasil, e que não abrangia, portanto, as diretrizes de um regime democrático inclusivo que contempla e busca efetivar os ideais igualitários entre os indivíduos.

A Lei de Migração define como migrante a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil e assegura diversos princípios e garantias ao migrante em solo brasileiro (SANTOS; BERTOTTI, 2018, p. 22).

A Lei de Migração inova, sobretudo, no que diz respeito aos princípios introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo muitos deles já existentes e partilhados de instrumentos normativos internacionais. Há, portanto, compatibilidade com princípios já existentes em âmbito internacional, como o *non-refoulement* e ainda com princípios constitucionais, como a proteção à dignidade humana e à igualdade (FRIEDRICH, 2016).

São estabelecidos os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, destacando-se, no campo trabalhista: a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos,

educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; e a promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei (SANTOS; BERTOTTI, 2018, p. 22-23).

Assim, a nova legislação finalmente busca garantir aos migrantes o pleno exercício dos direitos e deveres garantidos na Constituição Federal de 1988, que se fundamenta no repúdio à xenofobia e à discriminação de indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou condições e motivos que os levem a ingressar no território nacional.

O Brasil é finalmente tratado pela Lei de Migração como um país plural e de formação histórica de diferentes nacionalidades, aberto ao acolhimento de pessoas que contribuem para o intercâmbio de culturas diversas.

O avanço, portanto, inclui incentivo ao turismo, ao fomento de mão de obra e sua qualificação adequada, atendendo ao moderno contexto de desenvolvimento socioeconômico baseado na mobilidade de pessoas e trocas internacionais.

De certa forma, a nova Lei é, finalmente, a aplicação dos princípios da Constituição de 1988 aos migrantes. De fato, a Lei nº 13.445/2017 começa por enunciar um conjunto de princípios e direitos aplicáveis aos migrantes e refugiados que concretizam os marcos constitucionais há 30 anos aprovados, mas que ainda, no dia a dia, não haviam sido inteiramente estendidos. A Lei de Migração se alinha ao contexto dos novos migrantes e refugiados ao Brasil, ao prever novas modalidades migratórias - a exemplo do visto e da residência para acolhida humanitária - que, na prática, permitirão que os atuais fluxos de pessoas possam ingressar e permanecer no país de forma regular e documentada. (FONSECA NETO, 2018, p. 22).

Com relação aos direitos conferidos aos refugiados, a Lei simplificou as exigências de documentação para os solicitantes de proteção, além de reforçar a aplicação do “princípio da não devolução” para os que buscam acesso no território nacional. Estabeleceu, ainda, a possibilidade de obtenção de residência definitiva no Brasil que representa mais um avanço em relação à normativa anterior.

A obtenção da nacionalidade brasileira pelos apátridas foi igualmente tratada, incorporando, à legislação doméstica, as diretrizes de Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (Convenções sobre o Estatuto dos Apátridas e para a Redução dos Casos de Apatridia).

Destaca-se, ainda, a equiparação dos migrantes, refugiados e nacionais no que se refere ao acesso aos serviços públicos, moradia, trabalho, saúde e educação, ressaltando a preocupação com o respeito ao princípio constitucional da igualdade e, ainda, a contribuição cultural para o desenvolvimento do Brasil.

A própria linguagem da legislação, que abandona o termo “estrangeiro” denota a intenção do legislador em repudiar o tratamento desigual ao migrante, retirando-lhe a conotação pejorativa de estranheza capaz de privá-lo, sem justificativa, dos direitos atribuídos aos nacionais.

A Lei traça como diretrizes da política migratória brasileira a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, além de salientar a não criminalização da migração e não discriminação do indivíduo em razão do procedimento ao qual fora submetido para ingresso no território nacional.

Salienta, ainda, a necessidade de acolhida humanitária e tratamento igualitário em oportunidades ao migrante e seus familiares, defendendo a inclusão social e laboral por meio de políticas públicas e assistência jurídica.

A Lei nº 13.445/2017 busca finalmente afastar-se da estratificação social que é produto da discriminação do migrante e, em consonância com a Constituição Federal de 1988, garantir condições de igualdade no que se refere aos direitos e deveres dos nacionais, posto que sua diferenciação não mais se justifica, principalmente se consideradas as diretrizes asseguradas pelo direito internacional.

Desse modo, para Brasil (2018) a legislação brasileira demonstra preocupação em adequar-se às exigências internacionais, garantindo, cada vez mais, a mobilidade e liberdade das pessoas e protegendo os direitos dos migrantes no país.

Em todas essas situações, os Estados, inevitavelmente, devem cumprir os compromissos internacionais assumidos convencionalmente ou de forma não convencional, respeitando o *jus cogens* (conjunto de normas jurídicas imperiosas e inderrogáveis, as quais vinculam a todos os sujeitos do direito internacional independentemente de sua vontade), procedendo às reformulações legislativas internas. O Estado brasileiro segue essa linha de pensamento, com promulgação da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 que foi regulamentada pelo Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. (BRASIL, 2018, p. 761).

A análise da Lei nº 13.445/2017, portanto, demonstra a tentativa do legislador brasileiro em diminuir os efeitos históricos da discriminação e opressão do migrante, conferindo-lhe oportunidades de igualdade para ascensão do seu lugar social, a partir de procedimentos que impeçam a exploração da mão de obra estrangeira mediante trabalhos irregulares, muitas vezes análogos à escravidão, simplificando a regularização da documentação necessária ao ingresso e permanência legal no Brasil.

Assim, deve-se construir uma civilização em que todos os seres humanos tenham direito à busca da felicidade, sem restrições. Se todos os homens são livres e iguais em dignidade, a vida social deve se organizar comunitariamente, à luz do princípio da justiça proporcional ou distributiva aristotélica, que se refere à igualdade essencial dos homens, “que não se troca, não se vende, porque não tem preço e, por isso, representa um valor incomensuravelmente mais elevado do que o econômico”. Portanto, sendo o objetivo da justiça proporcionar a igualdade substancial de condições de vida, ela só será viabilizada mediante políticas públicas ou programas de ação governamental (COMPARATO, 2010).

4 A *MENS LEGIS* NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Seguindo as diretrizes essencialmente buscadas pela Lei de Migração, um aspecto que merece destaque é a atenção do legislador voltada para as infrações e penalidades administrativas previstas no novo ordenamento jurídico.

A Lei nº 13.445/2017 prevê um maior controle das questões migratórias relacionadas aos registros, solicitações de vistos e autorizações de residência, estabelecendo a necessidade de integração da base de dados em um sistema único de processamento.

Assim, aparentemente, a nova legislação pretende que os migrantes e as empresas contratantes de migrantes, aumentem o zelo com as informações e observâncias das normas voltadas ao processo migratório brasileiro, evitando a obtenção de qualquer vantagem econômica com a entrada ou permanência ilegal de pessoas no país.

As sanções administrativas que são elencadas na Lei nº 13.445/2017 e ratificadas no Decreto nº 9.199/2017 podem ser aplicadas tanto para as pessoas físicas (migrantes), quanto a pessoas jurídicas (empresas), em valores elevados que podem chegar a cinco milhões de reais.

Para a individualização da pena pecuniária, a Lei prevê que deve ser considerada a situação econômica daquele que está sendo penalizado, bem como a reincidência da conduta, para que seja eficaz a penalidade aplicada.

Portanto, inclusive quanto aos procedimentos de penalização previstos na nova legislação, pode ser observada uma inovação legislativa que visa, aparentemente, em razão das severas penalizações pecuniárias, conferir aplicabilidade às novas regras mediante a imposição de penalidades de cunho econômico alto, para compelir o cumprimento das medidas previstas.

Referente à concessão de vistos temporários para os migrantes que buscam trabalho no território brasileiro (artigo 14, alínea “e” da Lei nº 13.445/17; artigo 38, § 1º, inciso I do Decreto nº 9.199/17) há de se assumir que esse dispositivo significou um grande avanço na temática. Mas, também aqui, surge um questionamento quanto à exigência de uma “oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no país” conforme leitura do artigo 14, parágrafo 4º. Evidentemente, um contrato de trabalho não constitui uma oferta e sim a realização do ato jurídico de uma relação trabalhista ou de prestação de serviços consumada pelas partes. Desse modo, essa exigência aumentará o grau de dificuldade de obtenção dessa modalidade de visto por parte dos migrantes, deixando de proteger os que ainda não possuem oferta de trabalho. Essa hipótese poderá impedir que as empresas contratem migrantes tendo em vista as incertezas jurídicas decorrentes de ter empregados à espera de visto temporário de trabalho.

O impacto pode ser maior em relação às empresas que utilizam de mão de obra estrangeira em seu quadro funcional, que devem buscar consultorias jurídicas e adaptações nos seus processos de contratação, revendo os seus processos migratórios e atualizando a documentação de seus funcionários migrantes para estar de acordo com a nova regulamentação.

A Lei de Migração, portanto, no que se refere às penalidades previstas, segue todas as suas diretrizes constitucionais anteriormente exploradas, buscando conferir efetividade ao ordenamento protetivo por meio da previsão de sanções administrativas pecuniárias que podem causar altos prejuízos às empresas.

Busca, ainda, com relação às pessoas físicas migrantes, evitar o cometimento de infrações na apresentação de documentação, permanência ou residência ilegal no país, o que ao longo da história denota a exploração do trabalho do migrante sem o devido respeito às condições de dignidade constitucionalmente previstas.

Nesse âmbito aberto, a centralidade da dignidade humana (CF/88, artigo 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal de 1988, artigo 3º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Constituição Federal de 1988, artigo 3º, IV) ganham especial importância e exigem que o ordenamento jurídico brasileiro se concretize sem perder de vista tais escopos constitucionais (BRASIL, 1988), (BRASIL, 2017).

A perspectiva da construção de uma sociedade fraterna global, pela concepção de um espaço público mundial, a partir de um projeto cultural que tenha por fundamento o sentido da existência do humano, traz um grande e novo desafio à humanidade que, na organização da própria convivência terá que, antes de priorizar a reivindicação do caráter funcional, tornar prioritária a reivindicação do caráter humano, na qual o humano é o “sentido relacional de pensar e agir da pessoa humana” (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 151).

A referida legislação parece seguir a cultura de penalização no Brasil, onde o legislador tende a aumentar as penalidades aplicadas para compelir o cumprimento das normas.

CONCLUSÃO

A revisitação dos desafios enfrentados pelo Brasil para inclusão e respeito ao indivíduo migrante que ingressa e permanece no território nacional demonstra que o histórico de tratamento conferido ao migrante não permite tratamento igualitário entre este e os nacionais.

Demonstrou-se, pro meio da análise histórica da mobilidade humana, que a própria população encontra resistência ao acolher o migrante, tendo em vista a propagação de crenças quanto às disputas que estes oferecem no mercado de trabalho, quanto à tomada de lugar dos nacionais na fila dos hospitais e quanto à segurança das cidades de fronteira onde a permanência dos indivíduos migrantes mostra-se mais frequente.

Além disso, a dificuldade passa ainda pelo comportamento dos próprios governantes que precisam adequar suas políticas e planejamentos orçamentários para atender as demandas comuns inerentes ao aumento populacional.

Tais dificuldades demonstram que a opressão ao migrante é um comportamento social constante e não necessariamente expresso em ações positivas de preconceito, mas em condutas negativas generalizadas que discriminam o indivíduo e impedem o seu sentimento de pertencimento social e emancipatório.

Contudo, a nova Lei nº 13.445/2017, que institui as diretrizes brasileiras atuais para tratamento de migração, demonstra preocupação em se adequar aos princípios norteadores do Estado democrático igualitário e participativo, protegendo e acolhendo o ser humano migrante, seja ele refugiado, seja ele apátrida, estabelecendo normas inclusivas e desburocratizando os procedimentos de ingresso e permanência no país.

Ficou demonstrado que a norma busca atender as exigências expressas em tratados de direito internacional, inclusive, dos quais o Brasil é signatário, que prezam pelo respeito à dignidade da pessoa humana sem distinção de sua origem e proibindo quaisquer mecanismos de discriminação.

Nesse sentido, a legislação analisada inova, inclusive, com o estabelecimento de penalidades administrativas pecuniárias altas para as pessoas físicas e jurídicas, demonstrando, aparentemente, buscar conferir efetividade às diretrizes estabelecidas na Lei de Migração.

Com relação às pessoas jurídicas que possuem em seus quadros funcionais trabalhadores migrantes, as penalidades podem atingir montantes de até cinco milhões de reais, o que representa enormes prejuízos para aquelas empresas que desrespeitarem as normas da legislação com o objetivo de explorar ilegalmente o trabalho do migrante para enriquecerem ilícitamente.

Como resultado final é importante destacar que a nova Lei nº 13.445/2017 representa um grande avanço dos conceitos e tratamento conferido aos migrantes no território nacional, sendo um passo do legislador para a adequação aos princípios norteadores do Estado democrático, principalmente no que se refere à igualdade e ao respeito à dignidade dos indivíduos, proibindo-se qualquer tipo de tratamento discriminatório em razão de sua origem ou meios de entrada no país.

Não se pretende esgotar a discussão ou apresentar qualquer solução definitiva para o implemento de uma sociedade justa e igualitária, sobretudo que obedeça fielmente aos princípios previstos na legislação analisada, principalmente considerando que o meio mais eficaz de efetivar o acolhimento dos migrantes é a transformação da própria educação

e mentalidade da população. O que se buscou foi explorar a evolução legislativa inovadora que pretende respeitar as diretrizes do Estado na perspectiva democrática e que, por isso, merece o estudo e aprofundamento pela comunidade acadêmica.

REFERÊNCIAS

BAENINGER, Rosana. Migrações transnacionais de refúgio no Brasil. In: Carmen Lussi [Org.]. **Migrações internacionais**: abordagens de direitos humanos. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017. p. 13-29.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1999.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade. In: ARAÚJO, Bruno Manoel Viana de; BIZAWU, Kiwonghi; LEISTER, Margareth Anne [Coords.]. **Direito internacional dos direitos humanos II** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 221-240. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/b15hW7dEz9J0Z65u.pdf> Acesso em: 03 jan. 2019.

BIROL, Alline Pedra Jorge. Mobilidade humana e migrações transfronteiriças: medindo, retratando realidades e revisitando conceitos. In: BAENINGER, Rosana; CANALES, Alejandro (Coords.). SILVA, João Carlos Jarochinski *et al.* (Orgs.). **Migrações fronteiriças**. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – NEPO/UNICAMP, 2018. p. 314-331.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 1. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Imanuel Kant**. 3. ed. Tradução Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL, Deilton Ribeiro. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. **Revista Argumentum**. v. 19, n. 3, p. 757-774, 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/573>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**, 21 nov. 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.964, de 09 de dezembro de 1981. Altera disposições da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que “define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências”. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**, 10 dez. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**, 25 maio 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

CHUERI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 36, p. 158-177, jan./jun.-2010. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/7chueiri_camara36.pdf. Acesso em: 23 jan. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA, Mayara *et al.* **Responsabilidade de Proteger**: Avanços e desafios na implementação de um novo princípio para a proteção de indivíduos. Disponível em: <http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/06-AGNU.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

DE HASS, Hein. Migration and development: a theoretical perspective. **International Migration Review**, v. 44, n. 1, p. 227-264, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 3. ed., 1. impres., rev. e atual. do Aurélio Século XXI, O Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Positivo, 2004.

FONSECA NETO, João Marques da. **Nova Lei de Migração**: inovação e riscos empresariais. Disponível em <http://ahkbusiness.de/fileadmin/ahk_business_br/01_Home/AHK_Rio_de_Janeiro/2018/Download/Guia_Nova_Lei_de_Migracao_-_VersaoDigital.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados: notas sobre os acontecimentos recentes. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano (Orgs.). **Refúgio e hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016.

GUARNIZO, Luis Eduardo; PORTES, Alejandro; HALLER, William. Assimilation and transnationalism: determinants of transnational political action among contemporary migrants. **American Journal of Sociology**, v. 108, n. 6, p. 1211-1248, 2003.

HILY, Marie-Antoinette. As migrações contemporâneas: dos Estados e dos homens. **Seminário Cultura e Intolerância - SESC**, Vila Mariana, São Paulo, nov.-2003, p. 1-10. Disponível em: <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00609853/document>. Acesso em: 03 jan. 2019.

INGLÊS, Paulo. Globalização, mobilidade humana e criatividade: desafiando categorias a partir de três casos de migração forçada em Angola. In: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEGA, Tuíla (Orgs.). **Política migratória e o paradoxo da globalização**. Porto Alegre: EDIPUCRS, Brasília: CSEM, 2015. p. 169-188.

JUBILUT, Liliana Lyra. **Migrantes, apátridas e refugiados**: subsídios para o aperfeiçoamento do acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Série Pensando o Direito. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015.

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

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

KENKEL, Kai Michael. Global Player ou espectador nas margens? A Responsabilidade de Proteger: definições e implicações para o Brasil. **Revista da Escola de Guerra Naval**, n. 12, p. 06-57, dezembro de 2008.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** São Paulo: Letramento, 2017a.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, 2017b. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182>. Acesso em: 06 dez. 2018.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011.

OIT. Convenção nº 97 da OIT, Trabalhadores Migrantes (Revista). Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235186/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

OIT. **Convenção nº 143 sobre as Migrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes**. Genebra, 1975. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242707/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

ONU. **International migration flows to and from selected countries: the 2015 revision**. New York: PopulationDivision, 2015.

ONU. **Recommendation on statistics of internacional migration**. New York, NY, 1998.

PORTES, Alejandro. Convergências teóricas e dados empíricos no estudo do transnacionalismo imigrante. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 69, p. 73-93, 2004.

RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROTONDANO, Ricardo Oliveira. **Movimentos sociais e educação jurídica popular: estratégias de atuação coletiva para a consecução de direitos**. 2015. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18806/3/2015_RicardoOliveiraRotondano.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

SANTOS, Leticia Lopes; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. O direito ao trabalho digno do imigrante: uma análise da condição jurídica do trabalhador imigrante à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Direito Sem Fronteiras**, v. 2, n. 5, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Foz do Iguaçu, p. 11-34, jul./dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SASSEN, Saskia. **The mobility of labor and capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade: o valor normativo do Preâmbulo da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2015.

TERESI, Verônica Maria; HEALY, Claire. **Guia de referência para a rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Secretaria Nacional de Justiça, 2012.

COOKIES DE NAVEGADOR E HISTÓRIA DA INTERNET: DESAFIOS À LEI BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS *

BROWSER COOKIES AND THE INTERNET HISTORY: CHALLENGES TO THE BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW

Jordan Vinícius de Oliveira **

Lorena Abbas da Silva ***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Pressupostos da Análise: Quadro teórico-metodológico e a Proteção de Dados Pessoais. 2. Elementos da Análise: Perspectiva Histórica dos Cookies de Navegador, a LGPD e os desafios à proteção de dados na rede. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo investiga a história dos *cookies* de navegador, sua conexão com o surgimento da web e suas implicações ao direito de proteção dos dados pessoais. O principal objetivo é o de analisar elementos envolvidos com a implementação dos *cookies* nos anos 90 e identificar os principais desafios que impõem à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/18. As quatro modalidades de influência sobre o comportamento humano – lei, normas sociais, mercado e arquitetura –, expostas por Lessig, compõem o substrato teórico do estudo e a questão de pesquisa indaga se é possível afirmar que uma dessas modalidades foi determinante para a padronização técnica dos *cookies*. A sessão de discussão demonstra que a esfera de mercado teve um papel preponderante na estabilização de parâmetros para os *cookies*. Assim, o principal desafio à regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados é o de harmonizar aspectos técnicos, sociais e legais com vistas a viabilizar de forma concreta o controle dos cidadãos sobre os seus dados.

Palavras-chave: Cookies de navegador. Dados Pessoais. Lei 13.709/2018. Privacidade. Rede Mundial de Computadores.

ABSTRACT: *This paper investigates the historical background of browser cookies into the web development and their implication on the right to data protection. The main objective is to analyze the elements involved in the implementation of cookies in the 90s and identify the challenges they pose to the Brazilian General Data Protection Law nº 13.709/2018. Lessig's four modalities of constraint in human behavior – law, social norms, market and architecture – set the theoretical framework and the research question examines whether is possible to affirm that one of these modalities took a central place in the cookies technical standardization. The discussion session shows that the market sphere had a prominent influence over how cookies were configured.*

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

** Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Pesquisador Sênior do Projeto de Conformidade Leis de Dados Pessoais da FGV/SP. Mestre em Direito e Inovação e Bacharel em Direito pela UFJF. Atuou como técnico em informática pela loja *CyberTech Informática SJDR/MG*. <jordanoliveira@tutanota.com>

*** Mestranda em Direito e Inovação e Graduada em Direito pela UFJF. Bolsista CAPES/DS de Mestrado. <lorenaabbas@tutanota.com>.

Artigo recebido em 02/04/2019 e aceito em 22/04/2019.

Como citar: OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. *Cookies* de navegador e história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais.

Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 36, p.307, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

Therefore, the main challenge for the regulation of Brazilian General Data Protection Law is to harmonize technical, social and legal efforts in order to better enhance the practical path for subjects control their data.

Keywords: *Browser cookies. Personal Data. Law n° 13.709/2018. Privacy. World Wide Web.*

INTRODUÇÃO

Como você se sentiria se alguém pudesse visualizar todo o histórico do seu navegador de internet (Chrome, Firefox, Safari...) neste instante? As respostas podem oscilar entre a resignação e o apavoramento, com notas de “não me importo, não tenho nada a esconder”. Ao realizar buscas na internet, navegar nas redes sociais ou acessar canais de vídeos online, estamos deixando traços que podem, e com frequência, são utilizados para diversas finalidades e por agentes desconhecidos.

Os chamados *cookies*¹ de navegador são cada vez mais utilizados como opção de ferramenta de coleta de informações para monitorar e compreender o comportamento dos internautas². Nesse sentido, o propósito deste artigo é examinar os *cookies* e sua relação com o direito à proteção de dados pessoais, dedicando especial atenção aos seguintes pontos: (i) a relação entre o momento histórico de surgimento dos *cookies*, no ano de 1994, e o processo de desenvolvimento da web e; (ii) o diagnóstico dos desafios trazidos pelos *cookies* aos princípios previstos na Lei Geral de Dados Pessoais, Lei n° 13.709/18.

O marco teórico utilizado é o das quatro modalidades de regulação do comportamento humano – lei, normas sociais, mercado e arquitetura, segundo Lawrence Lessig (2006, p. 122-130). A abordagem metodológica privilegia uma análise qualitativa de referenciais bibliográficos indiretos e dados secundários, sob uma perspectiva historicista, de acordo com Fonseca^(2012, p. 35-6).

O problema de pesquisa é estruturado na forma da seguinte pergunta: a partir de uma contextualização histórica dos *cookies*

¹ Os *cookies* de navegador serão melhor explicados ao decorrer deste artigo. Por ora, basta compreender que os *cookies* são pequenos arquivos de texto depositados pelo site provedor de conteúdo, ou *servidor*, no computador do usuário, ou *cliente*, para os fins de “recordar” o status da conexão e algumas informações pessoais do internauta (CAHN outros, 2016, p. 891).

² O navegador *Google Chrome*, por exemplo, foi recentemente denunciado pelo colunista de tecnologia Geoffrey Fowler, do jornal *The Washington Post*, após um experimento de uma semana no qual autorizou cerca de 11,189 (onze mil, cento e oitenta e nove) requisições de rastreadores de navegação. Estas requisições foram majoritariamente bloqueadas no navegador concorrente *Mozilla Firefox* (FOWLER, 2019).

de navegador e considerando as quatro formas de intervenção no comportamento humano – lei, normas sociais, mercado e arquitetura –, é possível afirmar que houve predomínio de uma dessas modalidades na fixação dos parâmetros técnicos de funcionamento e adoção dos *cookies*?

O trabalho está dividido da seguinte maneira: no próximo item o quadro teórico e metodológico é apresentado, em conjunto com uma revisão bibliográfica sobre dados pessoais e *cookies* de navegador. No item 3, uma análise histórica e pormenorizada do caso dos *cookies* é feita com o auxílio de alguns dados indiretos, responsáveis por retratar a disseminação contemporânea dessa tecnologia. Ao final, no item 4, as conclusões do estudo são sintetizadas.

1 PRESSUPOSTOS DA ANÁLISE: QUADRO TEÓRICO-METODOLÓGICO E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Esta seção visa explicar a metodologia de pesquisa e o substrato teórico do estudo. Após a exposição da técnica metodológica e da afirmativa teórica escolhidas, o tópico segue com uma revisão bibliográfica sobre os *cookies* de navegador e a proteção dos dados pessoais.

De acordo com Fonseca (2012, p. 29), embora possuam traços distintivos, metodologia e teoria integram um painel mútuo cujo resultado é o de operacionalizar saberes contidos fora de seus escopos. Assim, a teoria e a metodologia não se esgotam em si mesmas e auxiliam no desenvolvimento de novos saberes.

Nesse sentido, a presente pesquisa se vale de um recorte qualitativo histórico acerca da proteção de dados pessoais e sua relação com os *cookies* de navegador, sob o prisma teórico das quatro esferas de interferência no comportamento humano, exposto por Lawrence Lessig (2006).

O objetivo principal é analisar a história dos *cookies* de navegador com base em uma bibliografia interdisciplinar sobre essa tecnologia e sua relação com o desenvolvimento da web no decorrer dos anos 90. Já o objetivo específico, é avaliar os principais desafios que os *cookies* podem trazer para a regulação do chamado direito à proteção dos dados pessoais, tendo em vista os princípios consagrados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Metodologicamente, como perspectiva histórica se entende aqui não a construção de uma “linha do tempo”, na qual o momento contemporâneo representa uma evolução perfeita e acabada do fenômeno

analisado. Como bem assevera Fonseca (2012, p. 35-6), o objetivo é inserir a situação presente em uma contingência histórica e contínua a partir de uma leitura interdisciplinar de épocas e eventos específicos pertinentes à investigação.

Dessa maneira, o percurso metodológico se inicia com a apresentação do marco teórico escolhido, seguido de uma revisão bibliográfica relativa às nuances mercadológicas, técnicas, sociais e legais dos dados pessoais. Na seção 3, emprega-se a análise qualitativa de alguns episódios históricos relativos à sedimentação dos *cookies* na web, bem como de dados indiretos sobre a sua realidade empírica atual e de suas implicações ao controle dos dados pessoais e aos princípios da LGPD.

Com relação ao marco teórico, primeiramente é necessário elucidar como ele contribui para a interpretação dos objetos de pesquisa. Segundo Lessig (2006, p. 122-130), convivendo em sociedade os seres humanos são influenciados e limitados pela atuação de quatro forças centrais: a lei, as normas sociais, o mercado e a arquitetura. A esfera *legal* diz respeito aos regulamentos, tanto internos quanto externos, positivados por Estados e por particulares. As *normas sociais* expressam costumes e convenções humanas fixadas graças aos hábitos adotados e reiterados com o decorrer do tempo. A dimensão do *mercado* caracteriza a relação dos mecanismos de preço, organização, oferta e procura de bens e serviços. Por fim, a esfera da *arquitetura* se refere aos elementos estruturais que compõem os ambientes físico e virtual.

A escolha desse marco teórico se justifica pelo potencial de compreensão multidisciplinar dos fenômenos complexos da sociedade da informação, como a proteção de dados pessoais e os *cookies* de navegador. Tal como expõem os parágrafos a seguir, as dimensões da lei, das normas sociais, do mercado e da arquitetura estão interligadas e em constante transformação. Assim, a análise das particularidades de uma camada não exclui sua relação com as demais.

Iniciando a análise pela esfera da arquitetura, é possível constatar maneiras pelas quais os dados pessoais são coletados em ambientes informatizados e como os *cookies* de navegador, entre outras tecnologias, operam nesse contexto. Castelluccia (2012, p. 23) explica que no mundo virtual o processo de rastreamento (*tracking*) de dados pessoais ocorre de três formas, que podem estar interligadas: (i) pela própria web (*web tracking*), (ii) pela localização (*location tracking*) ou (iii) pelas redes sociais (*social tracking*).

O rastreamento de dados pessoais do internauta pelas *redes sociais* acontece em serviços cujo requisito de funcionamento é o fornecimento de uma série de informações do usuário. Essas informações, como nome, documento e hábitos, são compartilhadas via navegadores ou aplicativos de celulares, e disponibilizadas para outras pessoas e empresas. O rastreamento por *localização* é potencializado com a redução de custos e melhoria no desempenho de dispositivos, como GPSs, sensores, cartões de acesso ou câmeras, os quais transmitem com precisão informações relacionadas ao deslocamento das pessoas. Por fim, o rastreamento pela *web* pode ocorrer graças a um conjunto de expedientes tecnológicos de alta complexidade, como aplicações de *javascript*, técnicas de *browser fingerprinting* e os *cookies* de navegador (CASTELLUCCIA, 2012, p. 25-9).

Javascript é uma linguagem dinâmica de programação, cuja execução é altamente funcional. Seu uso para fins potencialmente ofensivos é limitado, mas pode acontecer pela exploração de seu atributo dinâmico, capaz de executar certos conteúdos online e depositar arquivos no navegador com o objetivo de extrair informações do histórico ou contas associadas dos usuários. Já a técnica de *browser fingerprinting* significa literalmente a “impressão digital” do navegador. Tal artifício compreende a associação de parâmetros únicos de determinado navegador – como resolução de tela, usuário logado, número de IP³ etc. –, de forma que o utilizador possa ser identificado plena ou parcialmente durante a navegação, mesmo sem a ajuda de tecnologias rastreadoras adicionais (CASTELLUCCIA, 2012, p. 24-5).

Os cookies, por sua vez, são arquivos de texto codificados. Estes arquivos são comumente depositados no computador do usuário pela página acessada e permitem a identificação desse internauta para facilitar o funcionamento do site e/ou o monitoramento da navegação. Os cookies podem pertencer à própria página visitada ou a outras entidades (cookies de terceiros), além de serem temporariamente apagáveis (cookies de sessão) ou persistentes (cookies permanentes) (CASTELLUCCIA, 2012, p. 23-4).

O usuário pode, em tese, gerenciar e bloquear os *cookies*. Porém, Castelluccia (2012, p. 23-4) alerta que existem alguns tipos cuja gestão é complexa, são os chamados *supercookies* e os *evercookies*. Os *supercookies* funcionam graças a elementos adicionais dos navegadores (*plug-ins*) e

³ *Internet Protocol* é uma standardização técnica de rede que atribui um número de identificação ao computador no acesso e comunicação a outras máquinas. De forma análoga, o protocolo de rede funciona como uma espécie de endereço, permitindo o encaminhamento de pacotes de dados na transmissão de informações pela rede (LESSIG, 2006, p. 43).

conseguem gerenciar os dados dos usuários de modo a contornar o controle humano sobre o que é ou não deletado. Já os *evercookies* são capazes de manipular técnicas de armazenamento das aplicações de navegação (como o armazenamento temporário de informações – *cache*) para permanecerem no computador do usuário, mesmo após serem deletados.

Ainda no debate sobre as formas de obtenção de informações pessoais dos internautas por empresas, governos ou terceiros, cabe acrescentar algumas classificações. Ao discorrer sobre técnicas de extração e análise de dados pessoais, Abrams (2014, p. 6-8) estabelece uma taxonomia pautada em quatro modelos: os dados providos, os observados, os derivados e os inferidos.

Dados providos são aqueles fornecidos pelo indivíduo para iniciar e completar transações em ambientes comerciais ou então para se expressar em redes sociais, como os cadastros de consumo e atualizações de status online. Dados observados representam registros de ações humanas, geralmente com o auxílio de mídias, a exemplo dos já mencionados cookies de navegador que gravam padrões de navegação, sensores digitais que captam expressões humanas ou câmeras que registram imagens e sons de locais públicos e privados. Já os dados derivados são aqueles frutos de transformação por processos aritméticos e de agrupamento, como a classificação de clientes, por empresas, em perfis específicos de consumo. Por fim, os dados inferidos são os que passam por um processo mais refinado de análise, como a probabilidade do consumidor se tornar inadimplente ou contrair uma doença, graças ao exame detalhado de suas informações de crédito e consumo, bem como os dados sobre sua saúde (ABRAMS, 2014, p. 06-8).

O que Castelluccia (2012) e Abrams (2014) demonstram é que a camada da arquitetura, formada por códigos de softwares, protocolos e dispositivos, interfere diretamente na captação e no uso dos dados pessoais na rede. As implicações para a privacidade e o controle do usuário sobre os seus dados são diretas, uma vez que esses conjuntos de códigos podem ser manipulados conforme os interesses de seus desenvolvedores.

Como ressaltado anteriormente, a camada da arquitetura não interfere de forma autônoma no modo como o ser humano interage na internet. Por isso, é necessário dar sequência à explicação das camadas do mercado, das normas sociais e da lei, para compreender o fenômeno de uma maneira mais integrada.

No que diz respeito à esfera do mercado, é preciso compreender como os indicadores negociais de grandes empresas do setor de tecnologia enxergam a relação dos dados pessoais com as tecnologias de monitoramento. Desse modo, o relatório desenvolvido pelo *MIT Techonolgy Review Custom* (2016, p; 01; 04) foi consultado tendo em vista seu potencial agregado de avaliação da relação entre dados pessoais e empresas no setor de tecnologia. A principal constatação do estudo é a de que esses dados adquiriram status de ativos intangíveis, tornando-se estratégicos para os negócios no setor. Assim, empresas como *Google*, *Amazon*, *Uber* e *Netflix* possuem nos dados de seus clientes o principal ativo de sua atividade empresarial.

De acordo com o relatório, três elementos-chave auxiliam a compreensão sobre como o “capital de dados” funciona: atividade; impulso autogenerativo e plataformas. Por *atividade* entende-se que os dados deixaram de ser um acessório e agora compõem a base da organização de produtos e serviços de muitas empresas. Basta imaginar que as opções de sensores hoje à disposição das empresas de tecnologia (GPSs, câmeras, sistemas de rastreamento e contagem...) viabiliza a sua sobrevivência no mercado e a sua diferenciação frente aos concorrentes. O *impulso autogenerativo* significa que dados geram mais dados. Uma vez organizada a atividade a partir de dados pessoais, os segredos e aprendizados exclusivos daquele empreendimento fomentam o seu aperfeiçoamento contínuo e o seu destaque concorrencial. Por fim, as chamadas *plataformas* ganham cada vez mais destaque nesse cenário, porque concentram pessoas e empresas, reduzindo custos e facilitando a ocorrência das transações negociais (MIT TECHNOLOGY REVIEW CUSTOM, 2016, p. 05).

Nesta roda viva tecnológica dos dados pessoais, tecnologias cada vez mais invasivas são utilizadas para extrair e analisar padrões de comportamentos online e estas informações passam a constituir a base de diversas atividades empresariais. “Não existe almoço grátis” é um ditado bem pertinente quando o assunto é coleta e utilização de dados pessoais. As empresas do setor tecnológico se especializam cada vez mais para fornecer produtos aparentemente gratuitos ao usuário, cujo “preço” embutido é o da coleta, refinamento e até venda de seus dados estrategicamente.

Ainda na esfera de mercado, cabe relevar um elo poderoso de ligação entre os dados pessoais coletados na rede e empresas do ramo de tecnologia: o mercado crescente de publicidade digital. Segundo Castelluccia (2012, p. 22), esse mercado é composto por três tipos de agentes responsáveis por

tornar dinâmico o fluxo de dados pessoais nos anúncios: o anunciante, o veiculante e o agenciador. O anunciante (*advertiser*) tem seu produto, serviço ou marca exposto em páginas e aplicativos de terceiros (*publisher*), responsáveis por veicularem determinada mídia. A negociação entre ambos é feita muitas vezes por uma agência (*adnetwork*), que é responsável por coletar e posicionar os anúncios, e recebe uma contrapartida financeira baseada geralmente no número de *clicks* que o anúncio recebeu.

É possível afirmar que esse modelo publicitário na rede pode ser lesivo ao usuário? De acordo com Calo (2014, p. 1025-1034), a resposta é positiva. Para o autor, a utilização de dados pessoais para oferta de produtos e serviços pode ser danosa em três aspectos: (i) danos econômicos, pois dados pessoais podem servir como instrumentos para a discriminação de preços contra usuários, segundo indicadores geográficos e financeiros; (ii) danos de privacidade, onde dados pessoais íntimos podem ser trocados livremente na rede para os mais variados fins, sem que o usuário consiga estabelecer o efetivo controle sobre os mesmos e (iii) danos à autonomia, porque o banco de dados sobre determinada pessoa pode ser tão apurado a ponto de induzir comportamentos e impulsionar preferências e necessidades artificiais de consumo.

Observa-se, assim, um conjunto de tecnologias, empresas e agentes voltados para a coleta, utilização e intermediação de dados pessoais, cujo resultado é a criação de bases de perfis muito complexas e precisas. A essa altura, vale questionar: e a sociedade? Como os usuários comuns percebem a relação entre novidades tecnológicas e a exposição de dados pessoais na rede?

Dois pesquisas podem auxiliar a compreensão do relacionamento que os cidadãos brasileiros possuem com os avanços tecnológicos. A pesquisa desenvolvida por Silva (2015, p. 60-1), e cuja amostra é de 1.104 (mil cento e quatro) questionários de brasileiros de diversas regiões, faixas salariais e educacionais, demonstrou um altíssimo grau de preocupação com a privacidade dos dados bancários (senhas, números de cartão de crédito e conta corrente, saldo e histórico de consumo) na internet.

Em contrapartida, a mesma investigação revelou um grau consideravelmente menor de preocupação com dados relacionados à sexualidade, vícios, data de nascimento e informações escolares dos participantes. O estudo também constatou que indivíduos com maior poder aquisitivo se preocupam mais com a segurança de suas informações pessoais (SILVA, 2015, p. 61; 78-9).

O trabalho de Silva (2015), embora não-probabilístico, fornece alguns indícios acerca da percepção do usuário brasileiro sobre seus dados o plano virtual. Os resultados são complementados e a análise se torna mais rica na medida em que adicionamos outra pesquisa, de cunho probabilístico, divulgada ao término de 2016 pelo Datafolha (2016, p. 10). De acordo com o levantamento, cerca de 61% (sessenta e um por cento) dos brasileiros acessavam a internet regularmente por computadores, enquanto expressivos 92% (noventa e dois por cento) também o faziam por *smartphones*.

Dos usuários de *smartphones*, a pesquisa averiguou ainda que o aplicativo de mensagens privadas *WhatsApp* era utilizado por cerca de 92% (noventa e dois por cento) dos entrevistados. Segurança, privacidade e utilidade eram os fatores considerados como muito importantes e determinantes para o alto índice de utilização desse aplicativo de mensagens. Entretanto, no que diz respeito aos dados pessoais dos usuários, o mesmo estudo revelou que cerca de 79% (setenta e nove por cento) dos brasileiros não teria maiores problemas em ceder seus dados em troca de benefícios de conveniência, como a oferta de produtos mais personalizados no *Facebook*⁴ (DATAFOLHA, 2016).

Embora não tenham sido encontrados levantamentos empíricos sobre a relação entre o usuário brasileiro e os *cookies* de navegador, os estudos de Silva (2015) e do Datafolha (2016) sugerem uma percepção utilitarista e patrimonialista do brasileiro em relação aos seus dados pessoais, sem a consciência da importância da proteção de dados sensíveis, como sexualidade, opinião política, religiosa ou hábitos pessoais.

Exploradas as camadas da arquitetura, do mercado e da sociedade, avalia-se, finalmente, a dimensão legal também exposta por Lessig (2006). O propósito é compreender como a esfera do direito interfere no regime dos dados pessoais e se é possível observar alguma regulamentação relevante acerca dos *cookies* de navegador em âmbito nacional ou internacional.

O debate jurídico acerca dos dados pessoais envolve os chamados direitos de personalidade, sobretudo o direito à privacidade. O trabalho dos juristas Samuel Warren e Louis Brandeis (1890, p. 195-6), intitulado “Direito à Privacidade” e publicado na *Harvard Law Review*, foi de

⁴ O *WhatsApp* foi comprado pelo *Facebook*. Quando perguntados se concordariam em ceder informações pessoais de sua conta do *WhatsApp* para aquela rede social, 79% (setenta e nove por cento) dos entrevistados responderam, sem resistência, que cederiam seus dados em troca de uma oferta mais personalizada de produtos no *Facebook*. A pesquisa tem grau de confiança de 95% (noventa e cinco por cento) e incluiu 2.363 (duas mil, trezentas e sessenta e três) entrevistas realizadas em mais de 130 (cento e trinta) municípios brasileiros (DATAFOLHA, 2016, p. 20-4).

extrema importância para a história sedimentação desse direito. No artigo, os autores defendem a ideia de um “direito a ser deixado só” – expressão creditada ao magistrado estadunidense Thomas Cooley, em escrito datado de 1879 – e revelam preocupações com a intromissão da imprensa e de novas tecnologias, como as câmeras fotográficas, na vida privada.

Para Glancy, (1979, p. 4-6), a publicação do artigo foi contextualizada por diversos motivos, entre eles: o incômodo pessoal de Warren, membro da elite de Boston e casado com a filha de um Senador, acerca da exposição de sua família na imprensa local, considerada por ele como sensacionalista; a divulgação do nome da firma, Warren & Brandeis, recém-criada pelos dois advogados na assinatura do artigo; o aumento dos índices demográficos do país e o progresso tecnológico materializado pelas invenções, como as câmeras e o telefone, que incrementavam o debate a favor da proteção da vida privada.

Nesse sentido, Rodotà (2008, p. 26), afirma que a privacidade nasce eminentemente como um direito de isolamento da classe burguesa. Segundo Souza (2000, p. 37), com o decorrer das transformações tecnológicas e o fluxo constante dos dados pessoais, a proteção à privacidade deixou de ter contornos unicamente negativos e passou a se configurar a partir de um prisma positivo, fundado na busca de autodeterminação informativa dos dados. O autor ressalta a necessidade de conciliar o progresso tecnológico e o direito fundamental à privacidade.

De acordo com Doneda (2011, p. 96-8) e Mayer-Schönberger (1997, p. 221-35), embora as leis de proteção de dados estejam historicamente associadas ao direito à privacidade, é possível elencar quatro “gerações” de leis internacionais sobre o tema. A primeira, caracterizada a partir dos modelos legais de países como Áustria, Alemanha e Suécia ao longo da década de 70, foi marcada por disposições rígidas de ordem computacional e técnica destinadas aos recém-difundidos bancos de dados e à preocupação com o poder centralizado dos governos sobre os dados pessoais. Ao final da mesma década, os padrões legislativos da França, Dinamarca e Áustria apresentaram versões legislativas consideradas de segunda geração, nas quais a preocupação central passou a ser a descentralização do poder computacional e a criação de mecanismos rudimentares de correção e controle dos dados.

Nos anos 80, Alemanha, Áustria e Finlândia modificaram seus padrões normativos viabilizando a autodeterminação informativa, ainda custosa e de baixa acessibilidade às camadas mais populares. Por fim, a quarta

geração legislativa teve como ápice a Diretiva 95/46 do Conselho Europeu, em 1995. O alicerce dessa norma foi o reconhecimento da capacidade de barganha dos indivíduos junto às entidades que fazem o tratamento de dados pessoais e a proteção mandatória e coletiva contra o uso de certas categorias de dados, considerados mais sensíveis. É importante destacar que essas características continuam mudando e novas categorias geracionais de leis podem ser observadas e agrupadas às anteriores (DONEDA, 2011, p. 96-8; MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 221-35).

Com relação ao Brasil, Doneda (2011, p. 103-6) afirma que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma preocupação fragmentada com a proteção à esfera individual, dividida em temas como a vida privada e o sigilo de informações pessoais. Segundo o autor, os paradigmas do texto constitucional – como grampos telefônicos, interceptações ou escutas de mensagens – foram ultrapassados, pois perderam a atenção para as novas tecnologias virtuais de comunicação. Desse modo, o autor defende a importância do reconhecimento autônomo do direito à proteção dos dados pessoais em relação ao direito à privacidade.

Tal reconhecimento autônomo pode ser considerado como atendido pela ordem legal brasileira. No âmbito constitucional, a Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, elaborada pelo Senador Eduardo Gomes (MDB-TO) e aprovada no Senado em dois turnos, celebra, sob a ótica do parlamentar, o aprofundamento da defesa à intimidade no plano constitucional (BRASIL, 2019). Ademais, no plano infraconstitucional, após anos de intenso debate e três projetos de lei com tramitação concomitante, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/18 foi aprovada. Com as alterações introduzidas pela Medida Provisória 869, de 27 de dezembro de 2018, essa lei entrará em vigor em agosto de 2020 (BRASIL, 2018).

A LGPD possui muitos pontos que merecem maior reflexão acadêmica. Todavia, adequando a análise dessa lei para o escopo do presente artigo, serão apresentados e trabalhados apenas os princípios expostos nos incisos do artigo 6º da LGPD, essenciais para a próxima seção deste trabalho.

Ao lado da boa-fé objetiva, são dez os princípios previstos no artigo 6º da LGPD que devem guiar o tratamento ou a manipulação de dados pessoais por parte de empresas ou governos, quais sejam: (i) finalidade, (ii) adequação, (iii) necessidade, (iv) livre acesso, (v) qualidade dos dados, (vi) transparência, (vii) segurança, (viii) prevenção, (ix) não discriminação

e (x) prestação de contas (BRASIL, 2018). Esses princípios são abordados a seguir, divididos em três grupos: princípios com foco na aspiração do tratamento de dados pessoais (art. 6º, I; II; III e IX), no relacionamento com o cliente (art. 6º, IV; VI e V) e nas entidades que gerem estes dados (art. 6º, VII; VIII e X) (BRASIL, 2018).

O grupo ligado à aspiração do tratamento⁵ é composto por quatro princípios que funcionam como espécies de guias ou anseios para o manejo dos dados. Primeiramente, deve haver uma *finalidade*, um propósito delimitado, legítimo, explícito e informado ao titular dos dados para a coleta e uso dos mesmos. Em conjunto, é preciso que haja *adequação* a posteriori deste tratamento com o propósito informado, sendo que os dados utilizados devem atender à *necessidade* desta finalidade, isto é, não serem desmoderados para o fim acordado. Ainda neste grupo, é preciso que o tratamento respeite princípios éticos e possua caráter *não discriminativo* contra o titular dos dados (BRASIL, 2018). A junção desses quatro princípios viabiliza uma primeira medida direcionadora para os fluxos de coleta, armazenamento e emprego de dados pessoais por entidades públicas e privadas elencadas na lei.

No grupo seguinte, focado no relacionamento com o titular dos dados pessoais⁶, encontra-se o princípio do *livre acesso*, tanto ao estágio de desenvolvimento do tratamento, quanto ao manejo dos dados. É necessária, ainda, a *transparência*, para assegurar de forma inteligível e cristalina

⁵ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos (BRASIL, 2018).

⁶ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento (BRASIL, 2018).

ao titular o status das informações que lhe digam respeito e estejam em posse de terceiros. Deve-se, também, garantir a *qualidade* desses dados no sentido de que os mesmos expressem informações precisas e sujeitas a atualização por demanda, respeitado o propósito original de uso (BRASIL, 2018). Esse segundo rol de princípios permite regulamentar a coleta, o armazenamento e o emprego de dados para além do momento inicial de sua extração, com foco no relacionamento com os titulares.

Por fim, no último grupo de princípios⁷, vislumbram-se aqueles cujo objetivo é regular as entidades que operam o tratamento de dados. Aqui, é necessário certificar que os dados em tratamento possuam espécies de travas de *segurança* contra situações inusitadas de perda ou ataque, sejam processados com técnicas *preventivas* contra danos aos titulares e, por fim, sujeitem o agente de tratamento a uma *responsabilização* em harmonia com o compromisso assumido para o tratamento de dados (BRASIL, 2018). Esses são parâmetros de defesa da coletividade contra os riscos da atividade de tratamento.

Da análise desses dez princípios, é possível notar que a legislação brasileira privilegia situações de controle dos dados pessoais para além do momento de sua transmissão. Nota-se, pois, a dimensão autodeterminativa dos dados em sua concepção mais moderna, sujeitos ao controle tanto na esfera individual quanto coletiva.

Com relação aos *cookies*, o ordenamento jurídico nacional não possui previsão específica e expressa para regulá-los. Entretanto, eles estarão futuramente sujeitos às disposições gerais da LGPD. Interessa, nesse momento, uma menção à União Europeia, que lançou mão de duas importantes Diretivas tendo expressamente a preocupação com os *cookies* de navegador: a Diretiva 2002/58/CE e a sua subsequente Diretiva 2009/136/CE.

⁷ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018).

Na Diretiva 2002/58/CE, mais especificamente à consideração nº 25⁸ de seu preâmbulo, é possível observar que os *cookies* são considerados legítimos para fins de coleta de informações de funcionamento de um site ou para facilitar a publicidade. A consideração ressalta a importância do dever de fornecimento claro e preciso de informações acerca do *cookie*, sobretudo quanto aos seus propósitos e ao seu armazenamento no computador do usuário. Destaca ainda que tais informações devem ser fornecidas de maneira acessível e amigável e deixa aberta a prerrogativa para que o site condicione a navegação à aceitação do *cookie*, desde que para fins legítimos (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

⁸ Todavia, esses dispositivos, por exemplo os denominados testemunhos de conexão («cookies»), podem ser um instrumento legítimo e útil, nomeadamente na análise da eficácia da concepção e publicidade do sítio web, e para verificar a identidade dos utilizadores que procedem a transacções em linha. Sempre que esses dispositivos, por exemplo os testemunhos de conexão («cookies»), se destinem a um fim legítimo, como por exemplo a facilitar a prestação de serviços de informação, a sua utilização deverá ser autorizada, na condição de que sejam fornecidas aos utilizadores informações claras e precisas, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, acerca da finalidade dos testemunhos de conexão («cookies») ou dos dispositivos análogos por forma a assegurar que os utilizadores tenham conhecimento das informações colocadas no equipamento terminal que utilizam. Os utilizadores deveriam ter a oportunidade de recusarem que um testemunho de conexão («cookie») ou um dispositivo análogo seja armazenado no seu equipamento terminal. Tal é particularmente importante nos casos em que outros utilizadores para além do próprio têm acesso ao equipamento terminal e, conseqüentemente, a quaisquer dados que contenham informações sensíveis sobre a privacidade armazenadas no referido equipamento. A informação e o direito a recusar poderão ser propostos uma vez em relação aos diversos dispositivos a instalar no equipamento terminal do utente durante a mesma ligação e deverá também contemplar quaisquer outras futuras utilizações do dispositivo durante posteriores ligações. As modalidades para prestar as informações, proporcionar o direito de recusar ou pedir consentimento deverão ser tão conviviais quanto possível. O acesso ao conteúdo de um sítio web específico pode ainda depender da aceitação, com conhecimento de causa, de um testemunho de conexão («cookie») ou dispositivo análogo, caso seja utilizado para um fim legítimo (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

Por sua vez, a Diretiva 2009/136/CE⁹ alerta para a utilização dos *cookies*, inclusive de terceiros, para fins lícitos ou ilícitos. Ressalta também a importância do fornecimento de informações claras e precisas por parte do site para que o usuário possa avaliar e permitir o armazenamento ou o acesso avançado aos seus dados (UNIÃO EUROPEIA, 2009).

Além disso, a diretiva é favorável à exibição de avisos amigáveis e acessíveis durante o ato de navegação. Ela estabelece, contudo, uma exceção ao direito de informação e de escolha do titular dos dados nos casos em que exista uma justificativa técnica estritamente necessária para o emprego de *cookies* ou ferramentas similares. Há, ainda, a possibilidade de que o internauta fixe suas preferências de uso dos dados pelas configurações do navegador e a menção ao papel das autoridades nacionais para a proteção coletiva e individual de dados pessoais (UNIÃO EUROPEIA, 2009).

De acordo com Degeling *et al.* (2018, p. 12-4), as disposições europeias trouxeram o benefício global de promoção das discussões e práticas de proteção à privacidade na rede. Após a diretiva de 2009, os autores apontam uma difusão no uso de *banners* (janelas de aviso que surgem na tela após o acesso a um site) para informar sobre o depósito de *cookies* pelas páginas. Entretanto, criticam o fato de que, em termos práticos, as tecnologias de monitoramento não mudaram sua essência invasiva e as opções do usuário ainda são muito restritas: ao receberem inúmeros e distintos avisos acerca de *cookies* nos sites que acessam, eles são deixados à própria sorte e sem instruções claras acerca de como proceder para proteger seus dados pessoais.

⁹ Terceiros podem desejar armazenar informações sobre o equipamento de um utilizador, ou ter acesso a informação já armazenada, para uma série de fins, que vão desde os legítimos [por exemplo, certos tipos de testemunhos de conexão («cookies»)], até os que envolvem a intromissão indevida na esfera privada (por exemplo, software espião ou vírus). É, pois, de suma importância que sejam prestadas informações claras e exaustivas aos utilizadores, sempre que sejam encetadas actividades que possam resultar nesse tipo de armazenamento ou de possibilidade de acesso. As formas de prestação de dar informações, proporcionar o direito de recusar ou pedir consentimento deverão ser tão simples quanto possível. As excepções à obrigação de prestar informações e de permitir o direito de recusar deverão limitar-se às situações em que o armazenamento técnico ou o acesso é estritamente necessário para o objectivo legítimo de permitir a utilização de um serviço específico explicitamente solicitado pelo assinante ou utilizador. Sempre que tecnicamente possível e eficaz, e em conformidade com as disposições aplicáveis da Directiva 95/46/CE, o consentimento do utilizador relativamente ao tratamento de dados pode ser manifestado através do uso dos parâmetros adequados do programa de navegação ou de outra aplicação. O cumprimento destes requisitos deverá ser tornado mais eficaz através do reforço dos poderes concedidos às autoridades nacionais competentes (UNIÃO EUROPEIA, 2009).

No mesmo sentido, Tirteia *et al.* (2011, p. 12-3) expõem que ao acessar um site o internauta possui duas opções centrais: (i) tentar recusar os *cookies* e sofrer bloqueios de acesso pelo servidor ou (ii) aceitá-los e ficar exposto aos riscos de segurança e privacidade. Os autores defendem que caberá aos desenvolvedores de aplicações e de navegadores a consolidação de mecanismos mais eficientes para o controle dos dados pessoais. Contudo, alertam para os desafios trazidos por tecnologias como os *supercookies* e os *evercookies*, capazes de contornarem as preferências dos internautas.

Por fim, os *cookies* também aparecem expressamente no texto do Regulamento Geral Europeu de Dados Pessoais (GDPR), à consideração nº 30¹⁰ do preâmbulo, citados como elementos potencializadores da identificação e do perfilamento de pessoas físicas (UNIÃO EUROPEIA, 2016). O regulamento poderá demandar futuras mudanças na Diretiva 2002/58/CE e, conseqüentemente, na Diretiva 2009/136/CE, com vistas à harmonização de suas disposições, especialmente com relação aos *cookies* de terceiros e aos usos publicitários de dados pessoais.

Desse modo, após avaliadas as dimensões legal, social, mercadológica e de arquitetura relativas ao objeto de pesquisa, na próxima seção aplica-se a perspectiva histórica para averiguar o fenômeno dos *cookies* e sua relação com a proteção de dados pessoais. Entre as fontes consultadas, destacam-se três obras que registram a história de atores essenciais para o desenvolvimento da web e dos *cookies*: *Tim Berners-Lee*, *David Kristol* e *Lou Mountulli*.

2 ELEMENTOS DA ANÁLISE: PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS COOKIES DE NAVEGADOR, A LGPD E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO DE DADOS NA REDE

Apresentadas as matrizes metodológicas e teóricas, esta seção tem por intuito averiguar narrativas de importantes atores envolvidos no desenvolvimento da internet e dos *cookies* de navegador. O propósito não é estabelecer uma linha do tempo evolutiva e determinista da internet, na

¹⁰ As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrônica, fornecidos pelos respectivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (*cookie*) ou outros identificadores, como as etiquetas de identificação por radiofrequência. Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

qual exista um ponto de chegada utilitarista para sustentar determinado conceito jurídico. Embora seja necessária a utilização de marcos temporais e de narrativas históricas, o objetivo é analisar criticamente aspectos fundamentais sobre o funcionamento da internet, dos *cookies* e sua conexão com o direito à proteção de dados pessoais.

Os *cookies* de navegador surgiram no ano de 1994. Antes disso, contudo, três dos grandes desafios técnicos para o mundo interconectado já haviam sido solucionados: a exteriorização do conceito de hipertexto, em 1965; a implementação da internet, em 1969; e a criação da *world wide web*, em 1990.

A ideia do hipertexto, publicada por Theodor Nelson (1965, p. 96), tinha como propósito criar uma forma de texto cuja leitura não seguiria um caminho predeterminado. Nessa forma de texto não sequencial, o usuário de um sistema informático conseguiria desenvolver sequências associativas de informações por meio de links, sem necessariamente observar uma ordem fixa.

A internet, por sua vez, surge em um contexto de Guerra Fria, marcado pela forte busca por avanços tecnológicos estratégicos. Como explicam Leiner *et al.* (2009, p. 23-4), esforços militares e de pesquisa, financiados pela agência norteamericana *Advanced Research Projects Agency*, ARPA, tinham como propósito a criação de uma arquitetura aberta de comunicação em rede (*open-architecture networking*), capaz de conectar dispositivos com diferentes configurações. De acordo com os autores, ao término de 1969, quatro pontos iniciais de comunicação em rede, ou *nós*, já haviam sido integrados: Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), Instituto de Pesquisa de Stanford (SRI), Universidade da Califórnia em Santa Bárbara (UCSB) e Universidade de Utah.

Em torno de 1973, os pesquisadores Robert Kahn e Vincent Cerf se uniram para desenvolver a suíte básica de protocolos da internet, o conjunto TCP/IP (respectivamente, *Protocolo de Controle de Transmissão* e *Protocolo de Internet*). Enquanto o protocolo TCP viabilizaria eficientemente o controle de fluxo e recuperação de pacotes de dados transmitidos pela rede, o IP permitiria um esquema de direcionamento e endereçamento destes pacotes aos dispositivos corretos (LEINER *et al.*, 2009, p. 25).

Mesmo com o progresso da tecnologia, é só no ano de 1990 que as funcionalidades do hipertexto e da internet são integradas de forma única para criar a *world wide web*. Tim Berners-Lee, físico da Organização Europeia para Pesquisa Nuclear, CERN, desenvolveu um conjunto de

protocolos integrados, ou regras procedimentais e uniformizadas, capazes de traduzir a comunicação entre computadores com sistemas totalmente diferentes. Com o auxílio do colega belga Robert Calliau, Berners-Lee implementou e uniformizou protocolos como o *Identificador de Recursos Universal* (URI), o *Protocolo de Transferência de Hipertexto* (HTTP) e a *Linguagem de Marcação de Hipertexto* (HTML), essenciais para o uso da web contemporânea por sua flexibilidade e interoperabilidade. Associados, esses protocolos são responsáveis, respectivamente, por: (i) criar um sistema nominal e universal de identificação de páginas, (ii) traduzir as solicitações e respostas entre um computador (*client*) e um servidor de conteúdo online (*server*) e (iii) exibir essas informações de forma gráfica e ordenada (BERNERS-LEE, 1999, p. 33-9).

Berners-Lee criou uma série orientada de instruções que permitiu a qualquer pessoa com um microcomputador, sistema operacional e uma conexão buscar informações online de forma sistematizada por meio de links, unificando o acesso aos conteúdos na web. Entretanto, para viabilizar a transmissão de informações de forma eficiente, rápida e universal, foi necessário disseminar programas especializados em estabelecer a comunicação entre o computador e a rede, chamados de navegadores. Como Berners-Lee e Calliau estavam envolvidos na popularização e na adaptação de parâmetros para o uso da web, eles incentivaram fortemente a criação de navegadores por outros pesquisadores e empresas (BERNERS-LEE, 1999, p. 55-6).

Em 1994, a expansão da web contabilizava mais de 200 (duzentos) servidores de conteúdo no formato *HTTP* e muitos projetos de navegadores (*web browsers*), como o *Erwise*, *Viola*, *Midas*, *Lynx*, *Cello*, *Navipress* e *Netscape*. No ano seguinte, o sistema operacional *Windows 95* foi lançado com um navegador nativo desenvolvido a pedido da própria Microsoft, o *Internet Explorer* (BERNERS-LEE, 1999, p. 67-82). Todavia, um problema continuava sem solução: a comunicação entre um computador e um provedor de conteúdo seguia desprovida de “memória”, ou seja, o internauta e a página acessada jamais poderiam manter vínculos das sessões anteriores.

De acordo com Kristol (2001, p. 152-4), a comunicação entre um cliente e um servidor, ou página *HTTP*, é baseada na ordem requisição-resposta, formada por dois atributos centrais: a comunicação fica sem conexão (*connectionless*) e o sem estado (*stateless*) até a resposta ser obtida. Isso significa que, no intervalo entre a requisição e a resposta, a conexão entre o servidor e o cliente é desenhada apenas

temporariamente, sem que ambos mantenham um vínculo ou registro para futuras trocas de informações.

Como solução ao problema, o então funcionário da *Netscape*, Lou Montulli, desenvolveu os chamados “*cookies*” de navegador e disseminou as especificações para a sua adoção por outros navegadores e páginas. Desse modo, os *cookies* são responsáveis por manter a comunicação entre cliente e servidor e identificar de forma contínua um usuário enquanto ele navega por uma página na web (KRISTOL, 2001, p. 152-4).

Além de solucionarem um problema complexo de ordem técnica, os *cookies* também resolveram um anseio de mercado e fomentaram os primeiros debates públicos sobre a privacidade e a proteção de dados na internet. Segundo Montulli (2013a), entre 1996 e 1997 a web cresceu de forma exponencial e o modelo de negócio online predominante era o de oferta de conteúdo gratuito mediante a exibição de anúncios. À época, a utilização dos *cookies*, sobretudo por terceiros, expandiu-se profundamente para fins de rastreamento e publicidade na rede, viabilizando a promoção de anunciantes que não eram os administradores das páginas acessadas, chamados *cookies* de terceiros (*third-party cookies*). Como o próprio Montulli (2013a) explica, grandes empresas começaram a utilizar esses *cookies* de terceiros para certificar que seus anúncios não iriam se repetir conforme o usuário navegava por páginas diferentes na rede. Também foi possível a personalização dos anúncios, conforme o perfil e o histórico de navegação do usuário.

Ainda sobre os *cookies* de terceiros, David Kristol (2001, p.159-64) relata o seu processo de normatização técnica e a difícil decisão de padronizar, ou não, o seu bloqueio por navegadores. Ele descreve os impasses no debate que se seguiu na *Força Tarefa de Engenharia na Internet* (IETF), organização aberta formada por engenheiros e pesquisadores responsável pela discussão dos parâmetros envolvidos com a rede. A organização trabalhava com um formato de discussões abertas, divididas em grupos de trabalho, visando a uniformização de vários protocolos e soluções cibernéticas. O resumo dessas discussões e soluções era publicizado por meio de documentos, chamados Solicitações de Comentários ou RFCs (*Request for Comments*).

Segundo Kristol (2001, p. 159-64), as controvérsias em torno dos *cookies* fomentaram a redação da RFC 2109/1997 e da RFC 2965/2000, nas quais ele e Montulli estiveram diretamente envolvidos. O autor explica que os *cookies* de terceiro viabilizam o rastreamento e a formação de bases

de perfis mais completos, pois não se originam de uma única página, mas do conjunto de várias delas. Além disso, com o *cookie* de terceiro, a oferta de anúncios é mais eficaz, uma vez que o internauta é “surpreendido” por um produto ou serviço inserido em uma página distinta da qual ele está acessando, processo capaz de captar a sua atenção de forma mais eficiente.

Kristol (2001, p. 161) sintetiza a experiência ao definir a discussão sobre permitir ou rejeitar os *cookies* de terceiros, como, provavelmente, o primeiro grande debate técnico com repercussões políticas na IETF. Ele comenta a decisão final – tomada no sentido de não bloquear os *cookies* de terceiro por padrão – recordando a batalha entre *Microsoft* e *Netscape* pelo domínio do mercado de navegadores à época, com as seguintes palavras:

Empresas responsáveis pelo desenvolvimento de navegadores mostraram, por meio de suas ações, que não visavam desabilitar, por padrão, os *cookies* de terceiro. Na minha opinião, a escolha não era novidade. Àquele tempo, *Microsoft* e *Netscape* estavam fornecendo seus navegadores de graça ao público com vistas a tentar dominar o mercado de navegadores e, concomitantemente, ofereciam seus servidores pagos a outras empresas, então ambas estavam inclinadas a prestar mais atenção nos clientes remunerados e não nas pessoas que usavam os navegadores de graça. Aqueles que pagavam queriam a publicidade, desejavam usar redes de publicidade e as redes de publicidade, por sua vez, desejavam usar publicidade direcionada. A publicidade direcionada era mais fácil de ser implementada por meio dos *cookies* de terceiros, e seria improvável que os desenvolvedores de navegadores e servidores seriam capazes de desagradar seus clientes remunerados optando por desabilitar *cookies* de terceiro¹¹.

Sua reflexão é, portanto, de que fatores de mercado certamente tiveram forte influência na decisão final de regulamentação técnica dos *cookies* de terceiro. Pelo lado positivo, contudo, o autor ainda ressalta que

¹¹ Tradução livre de: “*The browser vendors showed, through their actions, that they were unwilling to change the third-party default to “off.” In my opinion, that choice was hardly surprising. At a time when Microsoft and Netscape were giving away browsers to try to achieve market dominance, while at the same time selling servers, both vendors were most likely to heed their paying customers, not the people who got programs for free. And the people with the money wanted advertising, they wanted to use advertising networks, and most advertising networks wanted to be able to do targeted advertising. Targeted advertising was easiest to do using third-party cookies, and the server/browser vendors were unlikely to anger their paying customers by disabling third-party cookies.*” (KRISTOL, 2001, p. 169-170).

em conjunto, as RFCs levantaram o debate público acerca da privacidade na rede e tornaram usuários, imprensa e governo mais conscientes acerca do monitoramento online. O processo de discussão técnica e política das RFCs contribuiu para o surgimento de mecanismos de controle dos *cookies* e para a divulgação pioneira de políticas de privacidade em muitos sites (KRISTOL, 2001, p. 170).

Para Montulli (2013b), o modelo de negócios voltado para a publicidade online se estabeleceria de uma maneira ou de outra, sendo que a decisão de não bloquear os *cookies* de terceiro foi positiva no sentido de fixar parâmetros mínimos de controle e de transparência por parte dos usuários em relação a sites e anunciantes. A síntese do autor é de que “demônios conhecidos são melhores do que os que não se têm notícia” e que a busca por privacidade e por proteção de dados na rede precisa passar por um debate político e não apenas técnico.

Desenvolvido esse relato histórico, torna-se pertinente trazer algumas informações empíricas sobre a manifestação dos *cookies* na web contemporânea. Os relatos demonstraram a abertura de um caminho autorregulamentado e direcionado para a máxima exploração de dados pessoais. Observa-se, portanto, um modelo de negócios bem estruturado contra o qual objeções de privacidade não foram fortes o bastante para coibir a exploração ilimitada dos dados pessoais.

Hoofnagle (2012, p. 20-2) questiona o argumento da autodeterminação dos usuários perante a coleta de seus dados pessoais por *cookies* na web. O autor ressalta a dificuldade de fazer frente a visão utilitarista das empresas sobre as informações pessoais e às técnicas invasivas para obtenção dos mesmos. Dessa forma, afirma ser insustentável a ideia de autorregulamentação por parte das empresas de tecnologia.

O receio do autor possui evidência empírica¹². Conforme estudo elaborado em 2009 por Soltani *et al.* (2009, p. 03-4), 54 (cinquenta e quatro) dos 100 (cem) sites mais acessados nos Estados Unidos utilizavam *cookies Flash*, um tipo de *cookie* mais invasivo, capaz de coletar informações mesmo com a utilização alternada de diferentes navegadores em um mesmo computador. Comparado aos *cookies* comuns, também chamados

¹² Acerca dos dados indiretos citados logo em sequência, cumpre ainda salientar que representam a principal limitação deste estudo, uma vez que se referem a estudos cujo recorte é o da internet norteamericana. Essa nuance não compromete, contudo, as considerações aqui reverberadas, visto como a publicidade online por meio dos *cookies* é um fenômeno global e, cada vez, mais a web se torna um ciberespaço integrado em torno de grandes corporações e páginas para as quais fronteiras de disseminação não existem.

de *HTTP*, os *cookies Flash* podem causar uma maior dificuldade de gerenciamento por parte do internauta.

Soltani *et al.* (2009, p. 03-4) constataram que os referidos 54 (cinquenta e quatro) sites depositaram um total de 281 (duzentos e oitenta e um) *cookies Flash*. Além disso, verificaram a ocorrência de uma prática chamada de reparação (*respawning*), pela qual os valores coletados por um mesmo site pela via de *cookies HTTP e Flash* são replicados e redundantes. Desse modo, se o *cookie* do tipo *HTTP* for deletado pelo usuário, um *cookie Flash*, com informações pessoais idênticas, é utilizado para restaurar o status anterior de seu perfil.

Em um estudo sequencial a este, datado de 2011, Ayenson *et al.* (2011, p. 09-10; 16-8) relataram que a empresa *Adobe Systems*, responsável pela gestão e exploração comercial de arquivos com a extensão *Flash*, se diz ciente do uso de sua tecnologia de armazenamento local por parte de alguns sites, embora o classifique como “indevido”. Os autores realizaram uma nova coleta empírica sobre o depósito de *cookies* e verificaram uma queda no uso dos *cookies Flash* entre os 100 (cem) sites mais populares nos Estados Unidos. Entretanto, observaram que algumas páginas populares (como o da rede de comunicação *Fox News*) ainda empregam a técnica de reparação por meio do uso concomitante de *cookies* diferentes, como *HTTP, Flash* e um tipo mais recente, o *HTML5* (similar ao *HTTP*, mas com maior capacidade de armazenamento de informações).

Já em 2015, o levantamento similar de Altaweel *et al.* (2015, pp. 13-24) revelou um cenário de incremento e centralização nas técnicas de rastreamento. Das 100 (cem) principais páginas acessadas nos Estados Unidos, 83% (oitenta e três por cento) dos mais de 6 mil *cookies* encontrados eram provenientes de terceiros e, destes, 85 (oitenta e cinco) páginas apresentavam *cookies* concentrados na empresa Google. Além disso, os pesquisadores constataram que 5% (cinco por cento) das páginas utilizavam *cookies Flash*, de potencial manifestadamente mais invasivo.

Por fim, em um estudo empírico mais amplo, referente a 2015 e publicado no ano seguinte, Cahn e outros (2016, p. 893-900) acessaram os 100 (cem) mil sites mais populares dos Estados Unidos e observaram o depósito total de mais de 1 (um) milhão e 800 (oitocentos) mil *cookies*, dos quais um número superior a 1 milhão e 200 mil eram *cookies* de terceiros. O cenário deste tipo de *cookie* demonstra ainda uma maior concentração: apenas 1% (um por cento) das entidades que utilizam esta tecnologia de rastreamento em páginas alheias foram capazes de concentrar 75%

(setenta e cinco por cento) dos depósitos. Um outro dado a ser destacado na pesquisa é a segurança: apenas 0,36% (zero, vírgula trinta e seis por cento) dos *cookies* analisados possuem parâmetros de segurança estabelecidos (como o protocolo de segurança HTTPS, cujo ‘S’ é de *secure*, por emprega técnicas de cifragem para a proteção dos dados em trânsito). Este dado revela que a quase totalidade dos *cookies* analisados transmite dados online de forma vulnerável a ataques maliciosos¹³.

Até o presente ponto, verificou-se que o cenário de sedimentação e desenvolvimento da internet é marcado por tecnologias de parâmetro – como protocolos e *cookies*, cujo design é originalmente aberto e influenciado fortemente por interesses de mercado –, com o predomínio do modelo negocial de oferta de conteúdo gratuito, patrocinado por publicidade. Historicamente, notou-se um esforço técnico para a standardização de soluções tecnológicas cujas repercussões sociais e políticas são evidentes, como no caso dos *cookies* de navegador.

A última etapa do estudo consiste, portanto, em avaliar as diretrizes principiológicas expostas ao artigo 6º da Lei 13.709/18 frente aos dados indiretos e aos relatos trazidos neste capítulo, além de apresentar uma síntese de conclusões a partir do referencial teórico adotado. Vale lembrar que a análise ficará restrita aos princípios do artigo 6º, sendo que outros mecanismos de proteção expostos na LGPD deverão ser objeto de uma análise futura.

Antes de mais nada, faz-se pertinente dispor que o fato de muitas páginas e anunciantes, responsáveis por depositar *cookies*, estarem situados fora do país não afeta a jurisdição da lei brasileira. O artigo 3º da Lei 13.709/18 estabelece a sujeição às normas brasileiras de quaisquer empresas ou entidades cujas atividades de tratamento de dados (i) sejam realizadas no território nacional; (ii) tenham por objetivo oferecer serviços, bens ou tratar dados relativos a indivíduos localizados em território nacional ou (iii) tenham sido coletados em território nacional, independente da nacionalidade do agente de tratamento (BRASIL, 2018).

De forma condensada, as referências consultadas até aqui relataram a existência de quatro grandes fenômenos relacionados aos *cookies* de navegador e à proteção de dados pessoais na navegação online: (i) o intuito comercial de utilização de *cookies* para fins de propaganda e publicidade direcionada na rede; (ii) a predominância empírica de *cookies* de terceiro; (iii) a observância de técnicas pervasivas de monitoramento

¹³ Nota: o estudo de Cahn e outros (2016) não leva em conta *cookies* depositados após logins em sites, o que poderia elevar o valor obtido para *cookies* com parâmetros seguros.

e rastreamento online, somada ao emprego de diferentes tecnologias de *cookies* para a coleta de dados idênticos e (iv) a ausência de técnicas seguras para transferência dos dados obtidos por meio dos *cookies* de navegador.

Com relação ao primeiro fenômeno, relatado historicamente por Berners-Lee (1999), Kristol (2001) e Montulli (2013a), vê-se que a expansão comercial da web passou pela utilização arquitetada dos *cookies* para fins de publicidade. Como também reforçam Calo (2014) e *MIT Technology Review* (2016), os dados pessoais coletados online se tornaram um ativo para as empresas de tecnologia e podem ser utilizados para fins de manipulação e predição de comportamentos de usuários/clientes.

É necessário alertar que não existe nenhuma vedação na lei brasileira para o simples fato do tratamento de dados ser realizado para fins comerciais. Entretanto, há de se observar que os dados pessoais coletados para fins de personalização de anúncios na rede podem ser subvertidos em táticas que ofendam o princípio da não-discriminação (artigo 6º, IV da Lei de Dados), sobretudo quando se tratam de dados sensíveis. Um exemplo trivial é o da utilização de ferramentas de monitoramento online para trocar informações acerca dos hábitos de saúde de pacientes com empresas prestadoras de serviço médico, de modo a classificar clientes em faixas de “risco” e tratá-los de forma discriminatória (RAVINDRANATH. 2019).

A análise do segundo fenômeno constatado, da massiva presença de *cookies* de terceiros em sites populares na web, foi relatada por Altaweel e outros (2015) e por Cahn e outros (2016). O *cookie* de terceiro, por si só, também não pode ser considerado ilícito no texto da lei nacional de dados.

Contudo, duas ponderações devem ser levadas mais afundo: do lado negativo, há de se considerar que, se os *cookies* de terceiro forem implementados sem a devida transparência, identificação de propósitos e de entidades envolvidas, terão o potencial de violar todas as provisões principiológicas do artigo 6º da Lei de Dados. Basta, para tanto, imaginar o impacto de uma empresa não identificada, hospedando *cookies* em sites de terceiros sem claros termos de serviço e ausente de provisões de prestação de contas e segurança. Nesse caso, tornar-se-ia praticamente impossível avaliar se os princípios envolvidos com a aspiração do tratamento, o relacionamento com o titular e a gestão dos dados pessoais estão sendo cumpridos.

Do lado positivo, contudo, vale recordar que o estudo de Cahn e outros (2016) averiguou que apenas 1% (um por cento) de empresas concentram cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos depósitos de

cookies de terceiros na vasta amostragem de mais de 100 mil sites. Desse modo, o cenário concentrado em poucas empresas, como a *DoubleClick* da *Google*, pode teoricamente tornar mais fácil a capacidade efetiva de fiscalizar o cumprimento de princípios ligados ao relacionamento com o cliente, como o *livre acesso*, a *transparência*, a *qualidade* dos dados e a *responsabilização* destas entidades, mais conhecidas do público.

A terceira consideração a ser analisada é a relativa ao emprego de diferentes tipos de *cookies* para a coleta de dados similares e do uso de técnicas pervasivas de monitoramento online. Como asseveraram Soltani *et al.* (2009) e Ayenson *et al.* (2011) é possível constatar o emprego de distintos tipos de *cookies* (*HTTP*, *Flash*, *HTML5*) para fins de coletar informações idênticas. O intuito: evitar que dados eventualmente deletados se percam e criar mecanismos obscuros de perpetuação dos mesmos. Neste ponto, há clara violação ao princípio da *necessidade*, uma vez que o tratamento de dados deve ser realizado no mínimo montante necessário para atingir as suas finalidades e não ser excessivo.

Ademais, o estudo de Castelluccia (2012) exemplifica como é possível empregar recursos mais invasivos de *cookies* (*supercookies* e *evercookies*), bem como técnicas de identificação da identidade do navegador a partir de *browser fingerprinting* e de explorações maliciosas na extensão *javascript*. Estas constatações demonstram igualmente o potencial de violação de todos os princípios do artigo 6º da lei de dados, relacionados aos momentos da aspiração do tratamento, do relacionamento com o titular e da gestão institucional dos dados pessoais.

Um último fenômeno a ser considerado é o da transferência de dados contidos nos *cookies* de terceiros por vias consideradas inseguras e facilmente interceptáveis na web. A constatação empírica de Cahn e outros (2016), de que apenas 0,36% (zero, vírgula trinta e seis por cento) dos *cookies* analisados transferiram informações com a sinalização de parâmetros seguros, deixa fortes indícios de problemas com os princípios da *segurança*, da *prevenção* contra danos e da *responsabilização*. Uma vez que as entidades responsáveis pelo tratamento de dados pessoais não se comprometem com diretrizes mínimas de segurança e prevenção na manipulação dos dados pessoais, elas terminam por expor estes dados a vazamentos e ataques mal-intencionados.

Empreendidas estas análises de potenciais desafios à LGPD a partir do cenário dos *cookies*, faz-se, por fim, pertinente realçar o papel das quatro modalidades de interferência do comportamento humano, lei,

sociedade, mercado e arquitetura, fixadas como marco teórico. A união de fatores históricos, instituições e técnicas de coleta de dados em torno do assunto dos *cookies* de navegador demonstra como o seu cenário regulatório é complexo e não pode ser realizado sem uma análise conjunta e interdisciplinar de elementos.

Sob o prisma teórico de Lessig (2006), fica evidente a necessidade de maior articulação e diálogo entre empresas, governos e sociedade na discussão das repercussões econômicas, políticas e humanas de tecnologias de monitoramento, como os *cookies*. É imperativo compreender que cada uma destas quatro dimensões possui suas próprias especificidades e que sua interação se dá de forma dinâmica, fluida e, por vezes, contraditória.

Nesse sentido, no cenário brasileiro será crucial o papel da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) já regulamentada na LGPD pelas alterações inseridas na Lei 13.853/2019. À ANPD caberá a fiscalização e a fixação de parâmetros recomendáveis a serem seguidos para o tratamento de dados pessoais, o que envolve o papel dos *cookies*. Embora o artigo 55-B da Lei de Dados assegure “autonomia técnica” à ANPD, resta questionar se o órgão, vinculado à Presidência da República, de acordo com o artigo 55-A (BRASIL, 2018)¹⁴, terá autonomia política para lidar com temas complexos e cruciais para o futuro da sociedade da informação.

A síntese dos atores envolvidos com os *cookies* evidencia que, em se falando de dados pessoais e de privacidade, não é possível reduzir certos problemas a uma ordem meramente técnica, pois há sempre uma repercussão política, social e econômica subjacente. Os desafios à proteção dos dados pessoais são patentes para a lei brasileira.

Embora Lessig (2006) ensine que a articulação entre tecnologia, Estado, mercado e sociedade nem sempre é fácil, ela se faz mais do que urgente para que o Brasil atinja parâmetros respeitáveis na proteção de

¹⁴ Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

¹⁰ A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República;

²⁰ A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD;

³⁰ O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias (BRASIL, 2018).

Art. 55-B. É assegurada autonomia técnica à ANPD (BRASIL, 2018).

dados pessoais. O cenário é, certamente, desafiador. No entanto, a história da própria internet mostra que a articulação interdisciplinar em torno da criação de parâmetros e melhorias ao bem-estar geral é possível. Resta, contudo, saber se o Brasil conseguirá assumir um papel menos passivo e mais articulado perante as novas tecnologias de comunicação.

Desse modo, muito embora esteja difundido o argumento de que dados pessoais são ativos intangíveis e o “novo petróleo” das grandes empresas de tecnologia, é necessário tratar o assunto com muita cautela e transparência pública. Segundo Souza (2019), faz-se pertinente ressaltar que este petróleo é, antes de mais nada, um fiel retrato de nosso modo humano de ser, comunicar, informar e enxergar o mundo. Assim, para o autor, o questionamento que resta não diz respeito a regular ou não o tratamento de dados pessoais, mas sim como desenvolver esta regulação e quais as autoridades competentes para tanto.

Portanto, subliminarmente a cada atividade de tratamento de dados deve haver a ciência de que existem ali elementos intrínsecos e personalíssimos de nossa essência humana, capazes de revelar nossos segredos, fragilidades e tendências mais ocultas. O seu uso indiscriminado e sem critérios para fins de publicidade é preocupante e, certamente, não deve ser um assunto relegado à competência isolada das gigantes empresas do setor de tecnologia.

CONCLUSÃO

O presente estudo avaliou, sob uma perspectiva qualitativa e histórica, o fenômeno dos *cookies* de navegador e o desafio de sua regulação sob a óptica do direito à proteção dos dados pessoais, tendo por referência a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Devido ao seu potencial multidisciplinar e adaptável para o tema, o marco teórico utilizado foi o das quatro modalidades de regulação do comportamento humano, de acordo com Lessig. Foram analisados referenciais bibliográficos de importantes atores envolvidos no desenvolvimento dos *cookies* e da própria internet, de maneira mais geral.

Como hipótese ao questionamento central do estudo, constatou-se que a sedimentação técnica dos *cookies* sofreu uma maior influência pela esfera do mercado, sem prejuízo de tentativas posteriores de regulação por parte da esfera legal e de requisições e repercussões na esfera social.

As implicações desta constatação foram as de que os *cookies*, criados para resolver um problema de ordem técnica no protocolo *HTTP*, revelaram-se determinantemente moldados para fomentar um modelo de negócios pautado na publicidade e no monitoramento da navegação de usuários na rede. De forma isolada, os *cookies* não puderam ser considerados “vilões” da publicidade extensiva na web, uma vez que outras tecnologias pervasivas - como *fingerprinting* de navegador e a exploração de vulnerabilidades em arquivos depositados por execução do *javascript*, bem como adaptações mais agressivas dos *cookies*, os *supercookies* e os *evercookies* – revelaram potencial lesivo igual ou até mais asseverado.

Contudo, vislumbrou-se ser necessária uma maior atenção para com os *cookies*, uma vez que dados empíricos demonstram forte disseminação de seu uso para fins de monitoramento e alimentação de bases de perfis para publicidade. Não raro, estes procedimentos podem ser desenvolvidos fora de parâmetros mínimos de legalidade e ética.

Assim, o estudo pretendeu demonstrar que o caminho da regulação destes *cookies* é complexo e não pode ser desbravado sem um esforço integrado e articulado entre juristas, *experts* das ciências da informação, representantes da sociedade civil, empresas e governantes. A Lei Brasileira de Dados Pessoais foi um importante passo inicial, mas que demanda discussão, fiscalização e conscientização para atingir seus propósitos fáticos de controle e proteção à dignidade humana.

Como sugestão para estudos futuros, pontua-se a necessidade de investigações empíricas interdisciplinares, voltadas à identificação da utilização de *cookies* em páginas para o cenário brasileiro. Tais estudos auxiliarão no diagnóstico mais preciso dos *cookies* no país e poderão fornecer valiosas pistas para a sua regulação futura.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Martin. The Origins of Personal Data and its Implications for Governance. *Social Science Research Network*, 2014. DOI: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510927>>.

ALTAWHEEL Ibrahim. GOOD, Nathaniel. HOOFNAGLE, Chris Jay. Web Privacy Census. *Technology Science*, 2015, id 2015121502. Disponível em: <<https://techscience.org/a/2015121502>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

AYENSON, Mika D. WAMBACH, Dietrich J. SOLTANI, Ashkan. GOOD, Nathan. HOOFNAGLE, Chris J. Flash Cookies and Privacy II: Now with HTML5 and ETag Respawning. *Social Science Research Network*, jul. 2011, 21 p. DOI: <dx.doi.org/10.2139/ssrn.18983902011>.

BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web*. Nova Iorque: HarperCollins Publishers, 1999, 226p.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <<https://bit.ly/2NH4yIF>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL (2019). Senado Federal. *Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição*. Senado Notícias, 02 jul. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2xsLEiG>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

CAHN, Aaron. ALFELD, Scott. BARFORD, Paul. MUTHUKRISHNAN, S. An Empirical Study of Web Cookies. *25th International Conference on World Wide Web (WWW '16)*, International World Wide Web Conferences Steering Committee, Republic and Canton of Geneva, Switzerland, pp. 891-901. DOI: <<https://doi.org/10.1145/2872427.2882991>>.

CALO, Ryan. Digital Marketing Manipulation. *The George Washington Law Review*, vol. 82, n 04, 2014, pp. 1018-1041.

CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural Tracking on the Internet: A Technical Perspective. Em: GUTWIRTH, S. LEENES, R. DE HERT, P. POULLET, Y. (eds). *European Data Protection: In Good Health?* Dordrecht: Springer, 2012. DOI: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-007-2903-2_2#citeas>.

DATAFOLHA. *Hábitos de Uso de Aplicativos*: população brasileira – 13 anos ou mais. Datafolha Instituto de Pesquisa, Dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2tWV1mH>>. Acesso em: 01 out. 2018.

DEGELING, Martin. UTZ, Christine. LENTZSCH, Christopher. HOSSEINI, Henry. SCHAUB, Florian. HOLTZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR's Impact on Web Privacy. *ArXiv* 1808:05096, 2018. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1808.05096>>. Acesso em: 25 nov. 2018.8.050

DONEDA, Danilo. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law*, vol. 12, nº 02, 2011, pp. 91-108. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, 176 p.

FOWLER, Geoffrey A. *Goodbye, Chrome: Google's web browser has become spy software*. The Washington Post, 21 jun. 2019. Disponível em: <<https://wapo.st/2NwielI>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GLANCY, Dorothy J. The Invention of the Right to Privacy. *Arizona Law Review*, v. 21, n. 01, 1979. Disponível em: <<https://bit.ly/2Xjw9Ec>>. Acesso em: 01 jul 2019.

HOOFNAGLE, Chris Jay, Post Privacy's Paternalism. In: DIX, Alexander. FRANSSSEN, Gregor. KLOEPFER, Michael. SCHAAR, Peter (eds). *Informationsfreiheit Und Informationsrecht: Jahrbuch*. Lexxion, 2012. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2468322>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

KRISTOL, David M. HTTP Cookies: Standards, Privacy, and Politics. *ACM Transactions on Internet Technology*, Vol. 1, nº. 02, 2001, pp. 151–198. Disponível em: <<https://www.cs.stevens.edu/~nicolosi/classes/17fa-cs578/ref4-1.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

LEINER, Barry M. CERF, Vinton G. CLARK, David D. KAHN, Robert E. KLEINROCK, Leonard. LYNCH, Daniel C. POSTEL, Jon. ROBERTS, Larry G. WOLFF, Stephen. A brief history of the internet. *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, vol. 39, nº 5, 2009, pp 22-31. DOI <=<http://dx.doi.org/10.1145/1629607.1629613>>.

LESSIG, Lawrence. *Code (version 2.0)*. Nova Iorque: Basic Books, 2006. 411p. ISBN-10: 0-465-03914-6. ISBN-13: 978-0-465-03914-2. Disponível em: <<http://codev2.cc/download+remix/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational Development of Data Protection in Europe, p. 219-241. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Massachussets: The MIT Press, 1997. 325 p.

MIT TECHNOLOGY REVIEW CUSTOM. *The Rise of Data Capital*. In partnership with Oracle, 2016, 12p. Disponível em: <<https://bit.ly/2tWV1mH>>. Acesso em: 22 out. 2018.

MONTULLI, Lou (2013a). The reasoning behind Web Cookies. *The Irregular Musings of Lou Montulli (blog)*, 14 maio, 2013. Disponível em: <<http://montulli.blogspot.com/2013/05/the-reasoning-behind-web-cookies.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MONTULLI, Lou (2013b). Why blocking 3rd party cookies could be a bad thing. *The Irregular Musings of Lou Montulli (blog)*, 17 maio, 2013. Disponível em: <<http://montulli.blogspot.com/2013/05/why-blocking-3rd-party-cookies-could-be.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

NELSON, Theodor HolmT. Complex information processing: a file structure for the complex, the changing and the indeterminate. *Proceedings of the 1965 20th national conference*, (ACM '65), Lewis Winner (Ed.). ACM, New York, NY, USA, 1965. Disponível em: <<https://dl.acm.org/citation.cfm?id=806036>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

RAVINDRANATH, Mohana. *How your health information is sold and turned into 'risk scores'*. Político.com, 03 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://www.politico.com/story/2019/02/03/health-risk-scores-opioid-abuse-1139978>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 382 p. ISBN: 8571476888.

SILVA, Vergílio Ricardo Britto da. *Preocupação com a privacidade na internet: uma pesquisa exploratória no cenário brasileiro* / Vergílio Ricardo Britto da Silva. – Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2015, 117 p. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia, Orientadora: Profa. Dra. Edimara Mezzomo Luciano.

SOLTANI, Ashkan. CANTY, Shannon. MAYO, Quentin. THOMAS, Lauren. HOOFNAGLE, Chris Jay. Flash Cookies and Privacy. *Social Science Research Network*, 2009. DOI: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862>>.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Com Quantas Regulações se faz uma Plataforma. *O Estado de São Paulo*, 03 fev. 2019. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,com-quantas-regulacoes-se-faz-uma-plataforma,70002705219>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O Progresso Tecnológico e a Tutela Jurídica da Privacidade. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 09, nº 16, jan/jul. 2000. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/issue/viewFile/62/5>>. Acesso em: 03 set. 2017.

TIRTEA, Rodica. CASTELLUCCIA, Claude. IKONOMOU, Demosthenes. Bittersweet cookies: Some security and privacy considerations. *ENISA: European Network and Information Security Agency Publications*, 2011. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/publications/copy_of_cookies>. Acesso em: 20 out. 2018.

UNIÃO EUROPEIA (2002). *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), 12 de jul. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2LWprQL>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA (2009). *Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*. Altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, 25 nov. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2HeNTyb>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA (2016). *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*. Relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados), 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Efi4tr>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 04 n. 05, 1890, p. 193-220. Disponível em: <<https://bit.ly/2OVE5Io>>. Acesso em 01 jul. 2019.

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM NOVO INCREMENTO NA FUNÇÃO SOCIAL DOS CARTÓRIOS

EXTRAJUDICIAL ADVERSE POSSESSION: A NEW INCREASE IN FUNCTION OF SOCIAL PUBLIC NOTARIES

Afonso Soares Oliveira Sobrinho *

Clarindo Ferreira Araújo Filho **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Posse, propriedade e as opções de regularização fundiária no sistema jurídico brasileiro. 2 Usucapião extrajudicial e a valorização da função social dos cartórios. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo aborda a valorização da função social dos cartórios por meio dos instrumentos extrajudiciais que o poder legiferante tem disponibilizado para a sociedade civil. Para tanto, foi realizada uma sucinta revisão do estado da questão das teorias possessórias abraçadas pelo sistema legal pátrio, bem como revistas as diversas espécies e características desse importante instituto de aquisição de propriedade. Potencialmente, a usucapião extrajudicial pode minorar as consequências nefastas causadas pela falta de regularização fundiária, que diminuem a segurança jurídica, dificultam o acesso ao crédito e promovem o aumento do risco e da taxa de juros cobrados nos negócios imobiliários.

Palavras-chave: Usucapião; Função Social; Propriedade.

ABSTRACT: *The article discusses the valuation of the social function of the registry offices through extra-judicial instruments that legislating power has made available to civil society. Therefore, a brief review of the state of affairs of possessory theories embraced by parental legal system was carried out and reviewed the various types and characteristics of this important property acquisition Institute. Potentially, the extra-judicial usurpation can minimize the negative consequences caused by the lack of land tenure, which reduce legal certainty, difficult access to credit and promote the increased risk and the interest rate charged in the real estate business.*

Keywords: *Adverse possession; Social role; Property.*

INTRODUÇÃO

O movimento de extrajudicialização do direito, ou da desjudicialização como preferem alguns autores, consolida-se como uma tendência internacional de deslocamento de algumas competências do poder judiciário para outras instituições de caráter extrajudicial, dentre elas os cartórios. Isto vem ao encontro dos anseios da sociedade civil no

*Pós-Doutor em Direito - FDSM. Doutor em Direito - FADISP. Advogado.

**Mestre em Direito - IDP. Cartorário.

Artigo recebido em 17/06/2016 e aceito em 27/02/2017.

Como citar: SOBRINHO, Afonso Soares Oliveira; ARAUJO FILHO, Clarindo Ferreira. Usucapião extrajudicial: um novo incremento na função social dos cartórios. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.341, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

sentido de melhorar o acesso à justiça e, ao mesmo tempo, de promover a função social das serventias notarias e registrais, como por exemplo, no instituto da usucapião administrativo, uma das formas de constituição da propriedade que pretende minorar os efeitos negativos do grave problema fundiário urbano brasileiro.

Em latim, usucapio é palavra composta, em que usu significa literalmente ‘pelo uso’, e capio significa captura, tomada, ou, em tradução mais livre, aquisição. Pelo fato de a palavra, em latim, ser do gênero feminino, admite-se também em vernáculo poder dizer-se a usucapião. Este emprego é, todavia, antigo e pedante, embora corrente no Código Civil e no Estatuto da Cidade. (FIUZA, 2008, p.776).

Por aquisição da propriedade entende-se a incorporação dos direitos de dono à esfera de um titular. Por constituição da propriedade, entende-se a formação da situação jurídica denominada propriedade. O Código Civil utiliza apenas a primeira expressão, ou seja, aquisição de propriedade. No entanto, devemos entendê-la como verdadeira constituição da propriedade, uma vez que incorporam-se no titular não só os direitos, mas também os deveres inerentes à propriedade. Além disso, não se pode esquecer dos direitos e deveres da coletividade, que também são elementos que integram a propriedade, uma vez que se constitui validamente [...] Para que se efetive, isto é, para que se constitua (adquira) a propriedade, é mister que se preencham certos requisitos subjetivos, objetivos e formais. (FIUZA, 2008, p. 766).

Agentes públicos e privados devem ponderar sobre a disponibilidade de recursos, e, da mesma forma, sobre o tempo necessário de tramitação de processos quer judiciais quer extrajudiciais, bem como, os tipos de personalidades jurídicas dos envolvidos em processos de aquisição/constituição da propriedade. Isto porque somente desta maneira é possível cumprir como eficiência e eficácia o objetivo de optar pelos meios que mais se ajustem às disponibilidades e situações de regularização fundiária de cada caso que se apresenta, dentre estes as diversas formas de usucapião como descritas nos tópicos seguintes.

A usucapião é o modo pelo qual o possuidor do bem usucapido adquire a propriedade, transformando uma situação de fato numa de direito. Concretiza-se a usucapião depois de cumprido os requisitos que cada modalidade de usucapião necessita, não existindo qualquer vínculo entre o usucapiente e o antigo proprietário do bem [...] A ação de

usucapião é uma ação declaratória. A ação é declaratória porque basta o preenchimento dos requisitos estabelecidos na lei para que o possuidor adquira desde logo a propriedade da coisa. De outro lado, por não ser constitutiva a ação, a usucapião pode ser alegada também como matéria de defesa em reivindicatória [...]. (SOUSA, 2009, p.150)

1 POSSE, PROPRIEDADE E AS OPÇÕES DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Na visão de Trevelim (2014) quando se pensa em posse é indissociável a ideia tanto de probabilidade como de aparência.: “Há muito tempo é defendida e resguardada primeiro a aparência representada na posse, para depois se averiguar com mais vagar a existência de outros direitos subjacentes. Trata-se da proteção de direitos prováveis”. (TREVELIM, 2014, p. 9).

O sentimento de posse para os seres humanos é muito anterior a qualquer tipo de regramento e até mesmo da escrita (ANDRADA, 2016).

[...] é difícil chegar a uma conceituação única de posse, uma vez que essa transmuda, de acordo com a natureza jurídica que assume. De um modo geral, a posse pode ser entendida como a exteriorização dos poderes inerentes ao domínio, o exercício do Direito Real subjetivo de usar, gozar e dispor de uma determinada coisa. É fato que considerado em si mesmo gera efeitos jurídicos, portanto, tal exercício goza tanto de proteção legal contra terceiros, como ocorre nas ações possessórias, como reconhecimento, que pela passagem do tempo outorga ao possuidor o direito de adquirir a propriedade através da ação de usucapião (OLIVEIRA E OLDONI, 2013, p. 77).

Para Oliveira e Oldoni (2013) deve-se fazer uma distinção sobre o significado da palavra posse em ciências jurídicas e, ainda, da posse como um fato da vida corriqueira dos indivíduos, um fato social, econômico, psicológico antes mesmo de ser um fato jurídico.

Para os juristas é um preceito legal¹ que representa “a exteriorização dos atributos dominiais, isto é, o direito subjetivo que, no

¹Aquele que desempenha qualquer dos atos imanescentes ao domínio – uso, gozo e disposição – é considerado possuidor e, nessa qualidade, recebe a cobertura do ordenamento jurídico. É a partir, então, de uma situação de fato que a posse é delineada como direito autônomo reconhecido e amparado juridicamente” (OLIVEIRA, 2013, p.18).

plano fático, coincide com o exercício das faculdades de uso, gozo ou disposição outorgadas pela ordem jurídica ao proprietário” (OLIVEIRA, 2013, p. 18).

Destaque-se a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios na APC n. 2007.08.1.003071-7, 6ª. Turma, relator Des. James Eduardo Oliveira, publicada DJ 2/4/2008, p.119, *in verbis*:

[...] sem o exercício das prerrogativas dominiais no campo fático a posse não se constitui. Ela representa justamente a projeção das faculdades de uso, gozo e disposição do plano do direito para o plano dos fatos. Só aquele que desempenha atos imanentes ao domínio é considerado possuidor e, nessa qualidade, recebe a proteção interdital do direito vigente (OLIVEIRA, 2013, p. 18)

Vale lembrar, que para o caso específico da usucapião “a posse é pré-requisito à pretensão usucapienda; boa-fé e título são características da posse, que confluem para benesses da usucapião ordinária e especial” (SOUSA, 2009, p. 88). Daí a importância de entender as nuances que se apresentam nas teorias possessórias.

Em outras palavras, a posse deve ser defendida *a priori* porque é um fenômeno que reflete uma situação de fato que muito possivelmente conjectura um direito (Venosa, 2003).

As relações de apropriação e de senhorio do homem sobre uma coisa, as relações de pertinência e exclusão que se colocam entre o que pertence ou não ao sujeito, isto é, entre o meu e o do outro, são fundamentais para a atribuição e a distribuição de riquezas e bens dentro da sociedade ocidental moderna. Tais relações baseiam-se na atribuição dessas coisas aos homens, o que é feito tecnicamente por meio da categoria direitos reais, roupagem jurídica da apropriação individual (CARDOSO, 2016, p. 407).

Os Direitos reais que foram forjados desde dos primórdios da história da humanidade a sangue e fogo e que estruturaram a instituição da propriedade e do capitalismo ainda no final da Idade Média. Na Europa, a sociedade feudal pré-capitalista havia concentrado sua economia na agricultura, daí que o aparecimento da classe operária significou antes de mais nada uma transformação dos vínculos sociais feudais, vínculos que anteriormente garantiam acesso à terra, e, com isso, estabilizavam a capacidade de produção da economia agrícola (HUNT, 2005).

Quando as relações de propriedade feudal foram destruídas e transformadas em relações de propriedade privada moderna, os agricultores foram retirados à força das terras cujo acesso fora garantido a seus antepassados pelas tradições feudais [...] Quando esses milhares de trabalhadores “livres” apareceram pela primeira vez, não havia, é claro, empregos preexistentes esperando por eles. Mesmo quando havia empregos nas indústrias, estes exigiam uma disciplina rígida com a qual eles não estavam acostumados. Por isso, “eles se transformaram, em massa, em mendigos, ladrões e desordeiros...na maioria dos casos, por força das circunstâncias”². Marx descreveu a legislação cruel e bárbara que surgiu durante a transição do feudalismo para o capitalismo para controlar essa população crescente de desempregados. Essas pessoas eram “chicoteadas, marcadas, torturadas por leis grotescas e terríveis”, até ficarem suficientemente remodeladas para aceitar “a disciplina necessária ao sistema salarial”³. Além de a terra tornar-se parte do capital, ela era necessária para a acumulação de grandes fortunas que pudessem ser transformadas em capital industrial (HUNT, 2005, p. 223).

No Brasil, o cenário não foi muito diferente, a Lei das Terras de 1850, por exemplo, mostra que três décadas após a independência o país iniciava o processo de consolidação do poder governamental e de “constituição do Estado e da própria classe dos proprietários de terras”⁴. Neste sentido, o novo Império necessitava com urgência promover o fim das ocupações caóticas de terras inexploradas que perdurava desde dos tempos do Brasil colonial. Um caos que era fonte de conflitos permanentes, muitas vezes sangrentos, entre clãs, posseiros, senhores de terras, etc., e que causavam instabilidade e representava uma ameaça crescente à ordem pública e “à própria posição da classe na estrutura do novo Estado” (SAMPAIO, 1996, p. 197).

Outro fator importante foi a proximidade da abolição da escravidão, com isso, os senhores de terras forçaram a edição de uma lei que tornaria impossível aos futuros escravos libertos, bem como, aos imigrantes que seriam trazidos no regime de substituição de mão de obra,

² MARX, Karl. O Capital. Moscou: Editora de Línguas Estrangeiras, 1961. Volume I, p.734 *apud* Hunt (2005, p. 233).

³ Idem p. 737.

⁴ SAMPAIO (1996, p. 197).

o acesso à posse das terras inexploradas.⁵ Caso contrário, tanto os libertos como os imigrantes iriam buscar suas próprias terras o que causaria um sério problema de mão de obra para cuidar das lavouras dos latifundiários (SAMPAIO, 1996).

A conexão entre o novo regime de terras e o projeto de importação de colonos europeus livres foi elucidada por José de Souza Martins: a terra no Brasil é livre quando o trabalho é escravo; no momento em que se implanta o trabalho livre, ela passa a ser cativa. O acesso à terra era impossível ao escravo em função de sua própria condição de cativo, mas, se não era regulada, podia ser facilmente adquirida pelos trabalhadores assalariados. A ocupação livre, em outras palavras, havia se tornado uma ameaça para a disciplina do trabalho e precisava ser restrita (ROLNIK, 1997, p. 23).

O Quadro 1 ilustra as diversas teorias possessórias que foram construídas nos últimos tempos, relacionando-as com a respectiva natureza jurídica, a classificação e os denominados efeitos da posse.

Quadro 1 – Contextualização da posse

Teorias	Natureza Jurídica	Classificação	Efeitos
Savigny Jhering Hernandez Gil Saleilles	Obrigacional Direito Real Fato Jurídico Administrativa	Direta e indireta Mansa (pacífica) Contínua (ininterrupta) Justa e injusta Boa-fé, má-fé Aquisição e perda Outros	Interditos possessórios Benfeitorias Frutos Auto defesa Usucapião

Fonte – Oliveira e Oldoni (2013).

⁵ “Os fazendeiros tinham fome de terra, porque, em virtude da tecnologia agrícola primitiva que empregavam, os solos de suas fazendas logo se esgotavam, exigindo substituição por terras virgens. Desde o período colonial, esse problema vinha sendo solucionado mediante o livre apossamento da imensa reserva de terras vazias ou devolutas. A institucionalização do processo implicava na renúncia à faculdade de avançar livremente sobre elas, sem outra restrição que a disponibilidade de meios econômicos, políticos e físicos de mantê-las como reservas para expansão futura de seus empreendimentos. Essa contradição está na raiz da longa hesitação da classe política em tomar a decisão de disciplinar a apropriação das terras vazias. A Lei das Terras tramitou durante sete anos no Legislativo e demorou mais quatro anos para ser regulamentada pelo Executivo” (SAMPAIO, 1996, p. 197).

Ora, as duas primeiras teorias possessórias listadas no quadro são as de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)⁶, destacado jurista alemão e conhecido representante da Escola Histórica do Direito e, a do também jurista alemão, Rudolf von Jhering (1818-1892)⁷; elas foram elaboradas há muitas décadas e são fundamentadas em antigas teorias do direito romano, do direito germânico, e, do direito canônico todas com fortes influências da idade medieval.

As outras teorias, são consideradas como contemporâneas e seus criadores - Antonio Hernandez Gil (1915-1994), jurista e político espanhol, o jurista francês Raymond Saleilles (1855-1912) e, Silvio Perozzi (1857-1931) professor italiano de direito romano – lançaram novos olhares sobre as teorias de Savigny e Jhering (OLIVEIRA E OLDONI, 2013).

A teoria de Saleilles, por exemplo, abriu perspectivas sobre as ideias de Jhering adicionando os aspectos econômicos à teoria jheringiana e, com isso, fundando o que se denominou de teoria da apropriação econômica.

[...] o corpus se manifesta como uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo. Deter a coisa, para Saleilles, é exercer, sem dúvida, uma senhoria de fato, mas não uma destinação econômica. Possuir é realizar uma destinação econômica das

⁶ “Savigny apresentou sua teoria sobre a posse fundamentada em dois elementos constitutivos: o *corpus* e o *animus*. Para ele, o elemento objetivo (*corpus*) consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento subjetivo que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-lo contra a intervenção de outrem. Não propriamente a convicção de ser dono, mas a vontade de tê-la como sua, de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular [...] admitindo-se a posse sem a intenção de dono, Savigny mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre o ânimo exigido para a posse, e o ânimo do proprietário propriamente dito. Para Savigny, a detenção é a regra, pois só se considera possuidor quem consegue demonstrar em sua apreensão um elemento subjetivo, o *animus*” (OLIVEIRA E OLDONI, 2013, p. 71).

⁷ “Rudolf von Jhering criou a teoria objetiva, a qual não privilegiava o elemento anímico. Para ele, tanto a posse quanto a detenção exigem *corpus* e *animus*, não como elementos independentes, mas, sim, indissolúvelmente ligados. A diferenciação deveria repousar em um elemento objetivo. Advertia Jhering que, em geral, possuidor e detentor tinham a mesma intenção, e dizer-se que alguém seria detentor porque não podia possuir implicava admitir-se que a recusa da posse não decorria da vontade, mas, sim, da norma jurídica que na hipótese, lhe negava [...] Segundo este teórico, a detenção é a exceção, posto que só não será possuidor o sujeito que se enquadrar em algumas das situações impostas pela lei consideradas como mera relação de detenção, na qual se presume não existir *animus*, diverso do que defendia Savigny, para quem a detenção era a regra [...] Com a teoria objetiva resolveu-se o problema enfrentado pela teoria subjetiva, que tratava como detentores aqueles que deveriam ser considerados possuidores” (OLIVEIRA E OLDONI, 2013, p.72-73)

coisas de acordo com sua destinação individual. Seu mérito foi libertar a posse do direito de propriedade (OLIVEIRA E OLDONI, 2013, p. 74).

Oliveira e Oldoni (2013) destacam que a visão de Silvio Perozzi foi erigida a partir da teoria social da posse, um viés em contraponto às teorias objetiva e subjetiva de Savigny e Jhering respectivamente, e que procurou demonstrar o fenômeno da autonomia da posse como uma categoria de cunho sociológico. Nesse diapasão, conforme Perozzi o que garantiria a existência da posse seria majoritariamente o corpo social, a rede de relacionamentos sociais que se forma ao longo da vida dos seres humanos, pois ao contrário da propriedade o corpo social não precisaria necessariamente de outras formas ou mecanismos para assegurar a posse.

Ao contrário da propriedade que por suas características necessita de arranjos sociais e jurídicos promovidos pela própria forma de organização do Estado, no entanto, em relação à posse tais arranjos não são pré-requisitos obrigatórios. A propriedade nada mais é do que uma das formas de expressão da vontade do Estado, ao contrário da posse que pode ocorrer pela mera abstenção de outrem.⁸

Hernandez Gil, o último dos teóricos contemporâneos aqui sucintamente tratados entendia a posse como um fenômeno sociológico, pela sua teoria os fatos em si demonstram maior evidência na posse do que em outros direitos porventura existentes, salientando a estreita ligação entre o instituto da posse e os interesses da coletividade.

Em comum estas três últimas teorias abordam como fator fundamental o cunho social, não podendo ser olvidadas pelo jurista, que invariavelmente acaba aceitando as teorias subjetiva e objetiva, as quais certamente muita contribuição trouxeram à teoria possessória, mas que necessitam ser

⁸ Neste sentido vale uma inferência que leva em conta o pensamento kelsiano quando aborda a questão de território do Estado e do seu poder coercitivo, e que se delinea justamente pelos arranjos sociais e jurídicos referidos por Oliveira e Oldoni (2013), a saber: “Dentro da esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional, ou seja, dentro do espaço onde certo Estado está autorizado a executar atos coercitivos, temos de distinguir o território do Estado em um sentido mais restrito e em um sentido mais amplo. Em um sentido mais restrito, o território do Estado é o espaço dentro do qual um Estado, o Estado a que pertence o território, está autorizado a colocar em prática atos coercitivos, um espaço do qual estão excluídos todos os outros Estados. É o espaço para o qual, segundo o Direito internacional geral, apenas uma determinada ordem jurídica está autorizada a prescrever atos coercitivos, é o espaço dentro do qual apenas os atos coercitivos estipulados por essa ordem podem ser executados. É o espaço dentro das chamadas fronteiras do Estado” (KELSEN, 2005, p. 304).

analisadas à luz do contexto histórico e cultural de suas épocas (OLIVEIRA E OLDONI, 2013, p. 75).

Destaque-se a revalorização dada pelo legislador para este instrumento legal – usucapião administrativo – quando da edição do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15).⁹ que alterou o art. 216-A da lei de Registros Públicos:

[...] Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado. (BRASIL, 2015)

2 USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A VALORIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CARTÓRIOS

A primeira maneira de aquisição da propriedade trata-se do registro do título aquisitivo junto ao Cartório de Imóveis, que é considerado como o tipo ordinário de aquisição. Os outros três modos são denominados de extraordinários – sucessão hereditária, a acessão e o usucapião – para esse artigo interessa as peculiaridades que se apresentam no instituto da usucapião.

[...] Etimologicamente, usucapião quer dizer “aquisição pelo uso”. Usucapião é, pois, tipo extraordinário de aquisição da propriedade. Funda-se em posse prolongada, que transforma situação de fato em situação de Direito. Sua justificativa baseia-se em duas teorias predominantes. Para a primeira teoria, denominada subjetiva, encontra-se no intuito de eliminar a incerteza em relações jurídicas fundamentais e tão relevantes, como a propriedade. O domínio das coisas não pode ser incerto – ne rerum domínio in incerto essent. Para uma segunda teoria, chamada de objetiva, o usucapião só se legitima se o analisarmos sob a óptica da função social da propriedade: dono é quem explora o imóvel; é quem o torna útil à sociedade (FIUZA, 2008, p. 767).

Segundo Fiuza (2008), existe ainda uma terceira vertente teórica que defende a ideia de que a usucapião seria um tipo de infortúnio por

⁹Segundo Roberto Paulino de Albuquerque Júnior: “A Lei 13.105/15 regula, em seu artigo 1.071, um procedimento administrativo extrajudicial para... usucapião de bens imóveis [...]” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2015, p. 1).

conta da postura negligente dos verdadeiros proprietários, que terminaram por abandonar a coisa e agora sofrem as consequências deste ato.¹⁰

Simão (2009) afirma que a usucapião (uma maneira originária de aquisição de propriedade, que acontece pela condição de existência de uma posse qualificada sobre um bem), e que efetivamente só pode ocorrer quando da existência de posse qualificada sobre um determinado bem. A qualificação da posse necessita *a priori*, enquadrar-se em uma ou mais das cinco características a seguir:

- a) Mansa – é o tipo de posse que ocorre quando não há oposição do proprietário ou ainda do legítimo possuidor.
- b) Contínua – é a posse exercida sem interrupção;
- c) Prolongada – para que ocorra a usucapião, a posse sobre o bem deve ser exercida ao longo de um período de tempo, que varia segundo a espécie de usucapião;
- d) Justa – enquanto eventual vício de posse não for sanado, não será possível a caracterização da usucapião (SIMÃO, 2009, p. 55).

Além da qualificação da posse como descrito acima é necessário o atendimento de outros requisitos segundo Simão (2009), a saber: o primeiro requisito é a “coisa hábil”, assim para que seja efetivada a aquisição por meio do instituto da usucapião, primeiramente, dever-se-á verificar se tal tipo de bem é passível de ser usucapido conforme determina a lei. Não podem ser adquiridos pela usucapião certos bens, como por exemplo os bens públicos, os que estão fora do comércio e denominadas “servidões não aparentes” (SIMÃO, 2009, p. 55). O segundo requisito a ser preenchido trata-se do *animus domini* (intenção de agir como dono), isto significa que para efetivar a aquisição do bem por meio da usucapião, o usucapiente deve assumir uma postura em relação ao bem como se fosse o proprietário de fato (SIMÃO, 2009).

O *animus domini* é uma situação diversa daquele que ocorre por exemplo com o locatário, o comodatário, o arrendatário e outros

¹⁰ “Emprega-se, com certa frequência, o termo “prescrição aquisitiva” como sinônimo de usucapião. Na verdade, é impróprio o uso, traduzindo alguma má compreensão do Direito Romano. A expressão foi amplamente utilizada no passado. Na atualidade, contudo, não é do gosto da melhor doutrina. A prescrição era para os romanos instituto totalmente diferente do usucapião. Enquanto este era meio de aquisição da propriedade, aquela era meio de defesa do réu na ação reivindicatória. Suponhamos que uma pessoa se encontrasse há muitos anos em determinado imóvel. Depois de todo esse tempo, o dono intenta contra ela ação reivindicatória, reclamando a propriedade do terreno para si. O possuidor, então, se defendia, alegando que o direito do dono de reivindicar o imóvel já estava prescrito. Daí falavam os romanos, como muita propriedade, em prescrição. De origem grega, havia duas espécies de prescrição da ação reivindicatória, a prescrição de longo tempo e a de longuíssimo tempo” (FIUZA, 2008, p.776).

que embora possam estar exercendo uma posse direta sobre a coisa, têm ciência que ela não lhes pertence pois reconhecem o direito dominial do outro, como também, sabem que em prazo determinado deveram devolvê-la ao legítimo proprietário, caso assim previsto por obrigações legais (GONÇALVES, 2012).

Como terceiro requisito tem-se o justo título, que é o que “faz com que o possuidor realmente acredite que houve a efetiva transferência do domínio, passando a ser seu dono” (p.12). Trata-se de um elemento jurídico que somente pode ser considerado como requisito quando for expressamente exigido por lei (SIMÃO, 2009).

O quarto requisito é a boa-fé (e/ou má-fé)¹¹, nos casos de posse, Simão (2009) lembra que a boa-fé é um pressuposto de que o possuidor não tem ciência de que haveria vícios ou qualquer outro óbice que poderiam servir como fator impeditivo de aquisição do bem. Já em relação à má-fé Gonçalves (2006) assevera:

A boa-fé não é essencial para o uso das ações possessórias. Basta que a posse seja justa. Ainda que de má-fé, o possuidor não perde o direito de ajuizar a ação possessória competente para proteger-se de um ataque à sua posse. A boa-fé somente ganha relevância, com relação à posse, em se tratando de usucapião, de disputa sobre os frutos e benfeitorias da coisa possuída ou da definição da responsabilidade pela sua perda ou deterioração (GONÇALVES, 2006, p. 77).

No caso da usucapião, especificamente, a boa-fé somente pode ser considerada como requisito se assim a lei exigir de maneira expressa (SIMÃO, 2009).

Em quinto o requisito do tempo. Ora, ainda de acordo com Simão (2009) somente é possível configurar-se a usucapião quando decorrido um tempo previsto em lei em que se consolida o exercício da posse sobre o bem.

O Quadro 2 resume as espécies, a previsão legal, os prazos e exigências para a usucapião.

¹¹ “A posse de má-fé não é desprovida de amparo interdital: A posse de má-fé é despojada de importantes efeitos jurídicos, mas nem por isso pode-se dizer que ela é destituída de amparo interdital. A boa ou má-fé tem reflexo sobretudo no usucapião e na indenização de frutos e benfeitorias, porém não despe o possuidor da proteção da posse em si mesma” (OLIVEIRA, 2013, p. 94).

Quadro 2 – Sinótico

	Extra-ordinária	Ordinária	Especial Rural	Familiar	Urbana Individual	Urbana Coletiva
Previsão Legal	Art. 1238 Código Civil	Art. 1242 Código Civil	Art. 191 CR/ Art. 1239 CC e Lei 6969/81	Art. 1240-A Código Civil	Art. 183/ CR; Art. 1240/CC; Art. 9º. Lei 10.257/01	Art. 10 Lei 10.257/01
Prazo	15 anos (caput); 10 anos (Parágrafo Único)	10 anos (caput); 5 anos (Parágrafo único)	5 anos	2 anos	5 anos	5 anos
Justo Título/ Boa-fé	Não é exigido	Exigido	Não é exigido	Não é exigido	Não é exigido	Exigido
Residir no imóvel	Não é exigido (caput)/ Exigido (P.U)	Não é exigido (caput)/ Exigido (P.U)	Exigido	Exigido	Exigido	Exigido
Dimensão	Ilimitada	Ilimitada	50 hectares	Até 250 m ²	Até 250 m ²	Mais de 250 m ²

Fonte – Albuquerque (2012).

O tempo varia segundo critérios das cinco espécies de usucapião previstas no arcabouço jurídico, a seguir analisadas.

1) Usucapião extraordinária¹² independe do justo título e boa-fé, o prazo para sua configuração é de 15 anos. No entanto, caso o possuidor estabeleça no imóvel residência habitual, ou realize obras e serviços de interesse social o prazo será de dez anos. Verifica-se uma notória função social atribuída pelo legislador à usucapião, especialmente pela redução na contagem do decurso de tempo, no caso, do possuidor utilizar o imóvel, para fins de moradia ou realização de obra ou serviço de caráter produtivo (SIMÃO, 2009).

2) Usucapião ordinária¹³, exige-se tanto o justo título como a boa-fé, o prazo será de 10 anos, se for contínuo e incontestadamente

¹² “Entendemos que a obra capaz de gerar a diminuição do prazo é qualquer acessão que valorize o imóvel como, por exemplo, um sobrado. Podemos aproveitar o exemplo para dizer que caso o possuidor transforme esse sobrado em uma pensão para estudantes estará realizando serviço produtivo apto, portanto, para gerar a redução do prazo para usucapir” (SIMÃO, 2009, p.56).

¹³ “A diferença reside no fato de que na modalidade ordinária serão exigidos tanto o justo título quanto a boa-fé. Em relação ao tempo o prazo será de 10 (dez) anos para o previsto no caput e de 5 (cinco) anos em caso de aquisição onerosa com base no registro público que tenha sido posteriormente cancelado. Para essa situação específica, exige-se que o possuidor tenha fixado residência no imóvel ou nele tenha realizado investimentos de interesse socioeconômico” (ALBUQUERQUE, 2012, p.17).

(art.1242, caput do Código Civil de 2015) e de cinco anos se a aquisição houver sido onerosa (art. 1.242, § único do mesmo dispositivo legal):

[...] com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Observa-se que a posse deverá ser exercida nos mesmos moldes da usucapião extraordinária (ALBUQUERQUE, 2012, p.17)

3) Usucapião urbana (constitucional urbana, *pro misero* ou *pro morare*), se dá quando o possuidor exerce uma posse contínua, sem oposição, com *animus domini* sobre imóvel de no máximo 250 m², destinado a sua moradia ou de sua família, não se exige justo título e boa-fé, mas que o possuidor não seja proprietário de nenhum outro imóvel rural ou urbano.

4) A usucapião rural¹⁴ ocorre nos casos de posse contínua, sem oposição e com *animus domini* pelo possuidor, de imóvel com no máximo 50 hectares, localizado em área rural e destinado à sua moradia e à produção. Há como único requisito que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, urbano ou rural. Ambas as espécies de usucapião (urbana e rural) já eram previstas na Constituição Federal de 1988 e foram incorporadas respectivamente pelos artigos 1.240 e 1.239 do Código Civil em vigor. (SIMÃO, 2009)

5) A usucapião coletiva¹⁵ é uma previsão do Estatuto da Cidade (art. 10), e insere-se na concepção da função social da cidade, exige-se que a área seja superior a 250 m², e seja ocupada por mais de cinco anos, de forma ininterrupta, sem oposição, por população de baixa renda para fins de moradia, onde não for possível identificar o terreno ocupado por cada

¹⁴ "Rural (constitucional rural ou pro labore) [...] O direito à aquisição da propriedade imóvel pela usucapião urbana ou rural não poderá ser reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. Isso porque o constituinte objetivou criar um instrumento de realização do bem-estar social, e não incentivar a especulação imobiliária por meio do reconhecimento de sucessivas usucapiões a alguém" (SIMÃO, 2009, p. 56).

¹⁵ "Coletiva [...] A cada um dos possuidores, a sentença que reconhecer a usucapião coletiva atribuirá fração ideal do terreno, independentemente da área ocupada de fato, criando-se um condomínio. Por essa razão, sendo possível identificar o terreno ocupado por possuidor específico, deve ser dada preferência à usucapião individual. Alguns autores chamam essa forma de desapropriação indireta algo que não reputamos conveniente por gerar confusão conceitual com o direito administrativo. Com efeito, este ramo do direito conceitua de desapropriação indireta o esbulho cometido pelo poder público que, após invadir, realiza no terreno obra ou serviço de interesse público, e que, por isso, não pode sofrer solução de continuidade, restando como única solução deferir a propriedade ao ente invasor mediante a indenização que for cabível [...]" (SIMÃO, 2009, p.57)

possuidor, será usucapida coletivamente. Mas, os possuidores não podem ser proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (SIMÃO, 2009)

Faz-se, mister, uma atualização por conta da revalorização dada pelo Código de Processo Civil de 2015 a usucapião extrajudicial ou administrativa que alterou o art. 216-A da lei de Registros Públicos; assim o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015; II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes; III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. (BRASIL, 1973)

Atualmente, a lei dá a possibilidade de valimento extrajudicial da usucapião imobiliário, desde que devidamente assessorada por advogados, como contido originalmente na Lei n. 11.441/07 (SALOMÃO E DELÉO, 2015).

Ressalte-se que para ter direito à regularização da área por este instrumento extrajudicial o imóvel usucapido deverá obrigatoriamente estar inserido nos limites do perímetro urbano, limite este que é determinado pelo Plano Diretor ou por alguma Lei Municipal.

Para tanto, o possuidor terá de apresentar certos documentos que comprovem a posse do bem, as situações e extensão do período de posse, assim como faz-se necessário comprovar a ausência de quaisquer ações reivindicatórias sobre o imóvel, o que pode ser feito por meio de certidões negativas.

Com estes documentos em mãos, comparece ao Tabelião de Notas - cumprindo o primeiro bastião da propriedade no Brasil a publicidade da propriedade - que, após examiná-los, lavrará uma ata notarial com a presença de um advogado apresentado pelo solicitante, em que deverá constar a

descrição do imóvel, documentos, partes solicitantes, atestando, ainda, publicamente a existência da posse, fatos e características do referido bem. A ata notarial juntamente com a documentação serão apresentada ao Oficial de Registro de Imóveis competente - cumprindo o segundo bastião da propriedade no Brasil a constituição da propriedade – que após transcorrido e constatado o lapso temporal mínimo de 5 anos, se valendo da expedição de editais, notificações e diligências, para constatação do quanto anteriormente declarado, certificando-se e constatando a exatidão do pedido de usucapião, oportunidade em que poderá registrar a usucapião pretendida, desde que não haja impugnação de terceiros, e em ato contínuo abrirá nova matrícula para o imóvel (SALOMÃO E DELÉO, 2015, p.1).

Ora, há de se notar que este procedimento extrajudicial/administrativo além de ser mais simplificado e ágil que o meio judicial, pois este comumente perdura por muito tempo por conta dos gargalos do sistema judiciário, é, também, menos oneroso, o que potencialmente deverá promover uma considerável quantidade de regularizações fundiárias nos municípios brasileiros.

O instrumento da ata notarial a ser lavrada para a usucapião extrajudicial exigirá maior atenção por parte dos notários que deveram verificar certos requisitos necessários conforme previsto na legislação, a saber:

i) declarar o tempo de posse do requerente ou de seus antecessores, delimitando cada um deles; ii) as circunstância de aquisição; iii) dimensões e características do terreno, valendo-se de profissional específico para tanto, e devidamente registrado no órgão competente, (planta e memorial descritivo); iv) menção as certidões negativas dos distribuidores e arquivamento das mesmas em pasta própria do Tabelião; v) menção e características do justo título de aquisição; vi) origem da posse, sua natureza; e, a menção a comprovantes da efetiva posse; vii) presença de um advogado apresentado pelo solicitante; viii) fotos do bem imóvel, se possível; ix) declaração de conhecimento das partes da lei, prazos, citações, editais, e sua responsabilidade pelas declarações e documentos apresentados; x) lavrar a ata e registrar na respectiva circunscrição do imóvel. Salienta-se, ainda, que todos esses requisitos constaram da nova redação do art. 216 - A da LRP, que passará a vigorar após a promulgação do novo Código de Processo Civil,

além de pesquisas realizadas e reuniões com Tabeliães e Registradores. (BRASIL, 1973)

Assim, de acordo com a Lei de Registros Públicos, com as devidas alterações da lei 13.465/2017, e do CPC/2015 após cumpridas as exigências legais, e caso haja “o silêncio” após as devidas notificações dos titulares de direitos ou dos confinantes do imóvel usucapiendo será interpretado como “concordância”, nos termos do art. 216-A, e o oficial de registro de imóveis procederá o registro de aquisição do imóvel.

§ 2o Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

§ 3o O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4o O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5o Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6o Transcorrido o prazo de que trata o § 4o deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5o deste artigo e achando-se em ordem a documentação, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 13. Para efeito do § 2o deste artigo, caso não seja encontrado o notificando ou caso ele esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo registrador, que deverá promover a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância. (BRASIL, 1973)

Vale ressaltar que na hipótese de imóvel usucapiendo estiver situada em unidade autônoma de condomínio edilício, é dispensada o consentimento

dos titulares de direitos reais bastando a notificação do síndico para que se manifeste nos termos do § 2º, art.216-A, da lei de registros públicos. Por sua vez se o imóvel confinante contiver condomínio edilício bastará a notificação do síndico para efeito do § 2º, art.216-A, da lei 6015/73, não havendo necessidade de notificação de todos os condôminos. (BRASIL, 1973)

Sem dúvida a celeridade e lisura dos cartórios no Brasil continuarão a servir de referência para muitos outros países por conta da organização e capilaridade que o sistema alcançou nas últimas décadas.

Notários e registradores com seus trabalhos ampliam a noção de função social dos cartórios, pois continuamente prestam importantes serviços à sociedade e atendem a muitas das demandas que surgem pelas faces da multidimensionalidade da vida do cidadão contemporâneo.¹⁶ Neste sentido Milton Santos lembra:

O cidadão é multidimensional. Cada dimensão se articula com as demais na procura de um sentido para a vida. Isso é o que dele faz o indivíduo em busca do futuro, a partir de uma concepção de mundo, aquela individualidade verdadeira [...] dotada de uma nova sensibilidade, rompida com a ‘sensibilidade mutilada’ que refere à sociedade existente como reproduzida não apenas na mente, na consciência do homem, mas também nos seus sentidos [...] até que a familiaridade opressiva com o mundo objetual seja quebrada. (SANTOS, 2012, p. 56)

A organização do Estado exigiu ao longo dos últimos séculos além do amadurecimento das instituições a necessidade de desenvolver um sistema que funcionasse como um repositório público, e, em alguns casos, que não fosse exclusivamente gerido pela estrutura estatal.

A sofisticação do direito e a complexidade crescente do sistema judiciário hodierno estão provocando nos poderes legislativo e judiciário a edição/interpretação de normas legais que viabilizam a desjudicialização.

São os cartórios os grandes responsáveis pela atribuição da segurança jurídica nos negócios e nos atos jurídicos da população. A aquisição de direitos e deveres se dá por meio dos registros realizados nos cartórios. Um exemplo

¹⁶ Neste sentido Milton Santos lembra: “O cidadão é multidimensional. Cada dimensão se articula com as demais na procura de um sentido para a vida. Isso é o que dele faz o indivíduo em busca do futuro, a partir de uma concepção de mundo, aquela individualidade verdadeira [...] dotada de uma nova sensibilidade, rompida com a ‘sensibilidade mutilada’ que refere à sociedade existente como reproduzida não apenas na mente, na consciência do homem, mas também nos seus sentidos [...] até que a familiaridade opressiva com o mundo objetual seja quebrada” (SANTOS, 2012, p. 56)

simples e prático é o registro de imóveis que garante a um comprador que o imóvel negociado por ele realmente pode ser comercializado. Tal relevância social merece o mais alto nível de seriedade na hora da execução e nesse trabalho o Brasil já encontrou a excelência. O funcionamento dos cartórios no país serve de referência para vários outros por causa do grau de organização que o nosso sistema alcançou. O reconhecimento internacional é extenso. O modelo brasileiro de registro de imóveis, por exemplo, é considerado modelo de segurança jurídica na América Latina, Europa e países asiáticos (BACELLAR, 2011, p.1)

A segurança jurídica é uma das expressões da função social das serventias. Especialmente, devido a ampliação real que os serviços notariais e de registro têm experimentado em suas atividades, no tocante à prestação de novos serviços para a sociedade civil.

Segundo Campilongo (2014), a partir de 2007, por exemplo, tornou-se possível a efetivação de inventários, partilhas, divórcios e dissoluções consensuais de matrimônios ou uniões estáveis, por meio de escrituras públicas lavradas em cartórios, desde que atendam aos requisitos previstos em lei, o que tornou tais procedimentos mais céleres e menos custosos do que pela via judicial (CAMPILONGO, 2014).

Para Brandelli (2006), muito embora existam concepções, modelos diferentes e marcos legais nos vários países do globo, o sistema notarial e registral deve a priori ser estruturado para fornecer os elementos fundamentais – segurança jurídica, boa-fé, publicidade, fé pública, segurança para as pessoas e propriedades, celeridade, etc. - agindo de maneira proativa para fomentar o desenvolvimento social e econômico, como também, desafogando o sistema judiciário de tarefas morosas e burocráticas que nem sempre podem ser solucionadas por conta da constante falta de recursos para este poder.¹⁷

A relevância dos serviços prestados por notários e registradores tendo-se em mente a função social destas atividades, está em que o labor desses profissionais, que são agentes públicos, é de maneira primordial a

¹⁷ “Diz-se que o grande defeito, a grande deficiência do Poder Judiciário é a morosidade. Certamente, o Poder Judiciário não é um poder rápido, um poder ágil. Não o é por uma série de circunstâncias, a começar por aquela de ordem material a que me referi, e também porque o arcabouço constitucional brasileiro, na defesa ou no resguardo da amplitude do direito de defesa e do devido processo legal, tem permitido a processualização de lides, ou de litígios, de maneira a estendê-las em excesso. De qualquer maneira, um Judiciário moroso é preferível à injustiça rápida. Certamente, a justiça no Brasil não pode ser feita sob a pressão dos veículos de comunicação ou de reclamações populares, como os pedidos de justicamento” (SADEK, 2010, p.29)

procura pela compatibilização da lei com a vontade declarada pelas partes, quando da realização de seus negócios jurídicos.

Em segundo, ao prevenir litígios, notários e registradores, no fiel cumprimento da legislação vigente atuam de forma insistente com o objetivo de minimizar as desigualdades, mitigando e prevenindo disputas, quer nas transações públicas quer nos negócios privados. Ao esclarecer, por exemplo, quando da formalização jurídica das vontades, as consequências daquele ato e que são inerentes ao tipo de instrumento escolhido, o que se torna uma espécie de justiça preventiva e um fomento à paz social.

Em terceiro, e não menos importante, as obrigações que estão previstas na Lei 8.935/94 em seu art. 44 § 2º. e § 3º¹⁸ . , que determina que o registro de nascimento seja feito pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, como também da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

Atente-se que os Oficiais de Registro Civil da Pessoas Naturais têm atribuições e responsabilidades sobre outros atos diversos do registro de nascimento, dentre estes o casamento, a conversão de união estável em casamento, o casamento religioso para efeitos civis, registro da união estável, registro dos óbitos e natimorto, ou seja, os principais fatos da vida das pessoas o que é extremamente importante para qualquer sociedade civil, e que se revela também como uma função social.

CONCLUSÕES

O estado da questão das teorias possessórias há muito parece consolidado no pensamento jurídico pátrio. No entanto, o grave problema fundiário brasileiro tanto na área rural como na urbana exige que legisladores e operadores da lei fomentem a utilização de novas formas extrajudiciais que viabilizem o acesso ao registro imobiliário das propriedades, sem que se percam atributos como a boa-fé, a publicidade e a segurança jurídica.

A usucapião administrativa encontra-se agora positivado de forma inequívoca no novo Código de Processo Civil, com previsão de assessoramento por parte dos advogados, notários e registradores, que por meio da ata notarial devem viabilizar o registro definitivo da propriedade desde que cumpridas as exigências determinadas pelo arcabouço jurídico.

¹⁸ *In verbis*: “em cada sede municipal haverá no mínimo um registrador civil das pessoas naturais, e nos municípios de significativa extensão territorial, a juízo do respectivo Estado, cada sede distrital disporá no mínimo de um registrador civil das pessoas naturais” (BRASIL, 2016, p.12).

Este instrumento vem somar aos vários outros serviços realizados por notários e registradores numa crescente ampliação da função social das serventias, responsáveis pela legitimação da vontade das partes, da segurança jurídica, da autenticidade, do registro dos fatos da vida dos cidadãos, da constituição das propriedades.

Notários e registradores no desempenho de suas funções como agentes públicos, devem atender a todos os que necessitam de orientação e dos serviços por eles prestados, independentemente, do grau de instrução, individualmente ou mesmo em grupo, promovendo a segurança jurídica das relações e ampliando a noção de função social dos entes extrajudiciais da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Gabriela Maria Negreiros. Usucapião urbana e o Estatuto da Cidade: Breve estudo comparativo com as demais modalidades de usucapião. **Revista de Direito dos Monitores da UFF**. Niterói, RJ: UFF, 2012. Disponível em:< <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/129/115>>. Acesso em 24.Abr.2016.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil. **Revista Consultor Jurídico**. 18 de Maio de 2015. ISSN 1809-22829. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>. Acesso em 12.Abr.2016.

ANDRADA, Doorgal João Lucindo Tamm de. A função social como fundamento não necessário do usucapião no direito vigente brasileiro. Monografia. **Centro Universitário de Brasília UNICEUB**; Brasília, DF: UNICEUB, 2016. Disponível em:< <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8400/1/21056015.pdf>>. Acesso em 13. Abr.2016.

BACELLAR, Rogério Portugal. A função social de notários e registradores. **Gazeta do Povo**. Edição eletrônica de 07.09.2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/a-funcao-social-de-notarios-e-registradores-bskxx9ep2y44etb7x4mp49w7i>>. Acesso em 25. Abril.2016.

BRANDELLI, Leonardo. Atuação Notarial em uma Economia de Mercado - A Tutela do Hipossuficiente. **Curso FMB**. 2006. Disponível em: Disponível em:< http://www.riquel.com.br/fmb/artigos/FMB_Artigo0067.pdf>. Acesso em 25. Abr.2016.

BRASIL, **Lei n. 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015consolidado.htm>. Acesso em 25. Abr.2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Patrícia Silva. Os direitos reais e a lei n. 11.481/07: reflexões sobre a funcionalização do regime da propriedade pública. **Revista de Direito da Cidade**. Volume 8, n. 1, ISSN 2317-7721. 2016. Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rdc/article/view/19115/15659>>. Acesso em 14. Abril.2016.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume V, São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

HUNT, Emery Kay. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; OLDONI, Fabiano. **Aquisição da propriedade ilícita pela usucapião**. Jundiaí, SP: Paço Editorial, 2013.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Posse e interditos possessórios**. São Paulo, SP: Editora Alumnus, 2013.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo**. São Paulo, SP: Studio Nobel: Fapesp, 1997.

SADEK, Maria Tereza (org.). **O judiciário em debate** [on line]. Rio de Janeiro, RJ: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em:< <http://books.scielo.org/>>. Acesso em 25. Abr.2016.

SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante; DELÉO, Caian Morenz Villa. Das possibilidades da Usucapião Administrativa (Extrajudicial) pela atuação dos notários e registradores, na forma de ata notarial, com prévio modelo de redação. **Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal**, Brasília, DF: CNB, 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTM1Ng==>>. Acesso em 24. Abril.2016.

SAMPAIO, Plínio de Arruda. Terras devolutas e latifúndio. **Economia e Sociedade**, Campinas, (6): 197-99, jun. 1996. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643194/10738>>. Acesso em 22. Abri.2016.

SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. 5. ed. 3. reimp. São Paulo: EdUSP, 2012.

SIMÃO, José Fernando. **Direitos reais sobre imóveis e contratos**. Curitiba, PR: IESDE Brasil S.A., 2009.

SOUSA, José Franklin de. **Usucapião e direitos possessórios**. Joinville, SC: Clube de Autores, 2009.

TREVELIM, Ivandro Ristum. **A posse na regularização de assentamentos urbanos**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20012015-105115/>>. Acesso em: 2016-04-13.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Comentado – Direito das Coisas**; Alvaro Villaça Azevedo (coordenador). São Paulo, SP: Atlas, 2003, v. XII.

OS PLANOS ECONÔMICOS CRUZADO, BRESSER, VERÃO, COLLOR I E II E OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 591.797 E 626.307: IMPACTOS NAS FINANÇAS DO ESTADO BRASILEIRO EM FACE DAS VINDOURAS DECISÕES DO STF

THE ECONOMIC PLANS CROSSED, BRESSER, SUMMER, COLLOR I AND II AND THE EXTRAORDINARY RESOURCES 591.797 AND 626.307: IMPACTS ON THE FINANCE OF THE BRAZILIAN STATE IN THE FACE OF THE VINDOURS DECISIONS OF THE STF

Cristiane dos Santos Brito *

Simone Coêlho Aguiar **

SUMÁRIO: Introdução. 1. Notas sobre os planos econômicos brasileiros de 1985 a 1991. 1.1 Planos econômicos. 2. As ações pendentes no Supremo Tribunal Federal. 3. O impacto financeiro nas contas públicas diante de eventuais decisões favoráveis ao cidadão nas ações pendentes no STF. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo apresenta uma pesquisa acerca dos possíveis impactos financeiros nas contas públicas do Estado brasileiro, caso as vindouras decisões do Supremo Tribunal Federal sejam favoráveis aos cidadãos que pleitearam no Judiciário o reajuste na rentabilização dos seus investimentos aplicados na poupança na vigência de planos econômicos, como Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II, impostos por parte do Governo Federal para manter o controle inflacionário que assolava o país nas décadas de 1980 e 1990. Primeiramente, aborda-se análise do cenário econômico durante as referidas décadas nas quais eles foram efetivados e explanam-se, em linhas gerais, os planos econômicos mencionados. Em seguida, examinam-se as ações pendentes no Supremo Tribunal Federal sobre os expurgos inflacionários, com ênfase no RE 591.797 e no RE 626.307. Por fim, analisa-se o impacto financeiro nas contas públicas, se as decisões forem favoráveis aos investidores que demandaram no Judiciário a revisão das correções na base de cálculo da poupança. A metodologia constitui-se em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, pura quanto à utilização dos resultados e de natureza quantitativa. Os estudos empreendidos sinalizam que, caso o Supremo Tribunal Federal decida em favor dos investidores, e em permanecendo o panorama de déficit público das contas do Estado, tornar-se necessária a edição emenda constitucional cujo conteúdo disciplinaria, especificamente, o pagamento dos precatórios do governo federal aos credores dos expurgos inflacionários, haja vista o montante bilionário que envolveria a devolução dos rendimentos não auferidos no período.

*Unifor - Universidade de Fortaleza.

**Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Artigo recebido em 26/02/2018 e aceito em 11/09/2018.

Como citar: BRITO, Cristiane dos Santos; AGUIAR, Simone Coêlho. Os planos econômicos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II e os Recursos Extraordinários 591.797 e 626.307: impactos nas finanças do estado brasileiro em face das vindouras decisões do STF. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.363, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

Palavras-chave: Planos Econômicos. Vindouras decisões do STF no RE 626.307 e no RE 591.797. Impactos nas finanças públicas.

ABSTRACT: *This article presents a research about the possible financial impacts on the public accounts of the Brazilian State, in case of coming decisions of the Federal Supreme Court are favorable to the citizens who pleaded in the Judiciary the readjustment of the profitability of their investments applied in savings during the economics plans, as Cruzado, Bresser, Verão, Collor I and Collor II, imposed by the Federal Government to maintain the inflationary control that plagued the country in the 1980s and 1990s. First, it is approached the economic scenario during the referred decades in which they were carried out and it is explained, in general terms, the economics plans mentioned above. In sequency, it is examined the actions pending before the Federal Supreme Court on inflationary purges, with emphasis on RE 591.797 and RE 626.307. Finally, it is analyzed the financial impact on the public accounts if the coming decisions are favorable to the investors who demanded in the Judiciary the review of the corrections on the base of savings' calculation. The methodology is a descriptive-analytical study, developed through a bibliographical research, pure in terms of the use of results and quantitative in nature. The studies undertaken indicate that, if the Federal Supreme Court decides in favor of the investors, and keeping with the public deficit outlook of the State accounts, it will be necessary to issue a constitutional amendment whose content would, specifically, disciplinary the payment of the precatories of the Federal Government to creditors of inflationary purges, given the billion amount involved in the return of unrealized income in that period.*

Keywords: *Economics Plans. Upcoming decisions of the Federal Supreme Court in RE 626.307 and RE 591.797. Impact on public finances.*

INTRODUÇÃO

As mudanças no cenário econômico brasileiro, com a implementação dos planos econômicos Cruzado, Bresser, Verão e Color I e II ocorrida no período de 1985 a 1991, impuseram alterações na forma de correção das cadernetas de poupança diante da elevada inflação. Como a oscilação da inflação era constante, essas modificações acarretaram enormes perdas para a grande massa trabalhadora, que depositava sua confiança e guardava suas economias nas instituições financeiras, esperando auferir rendimentos e aumentar o seu poder de compra.

Tentando reaver seus rendimentos não obtidos no período da década de 1980 a 1990, os poupadores recorreram ao Judiciário com ações hoje pendentes de julgamento de mérito no Supremo Tribunal Federal. Então, diante de um eminente choque nas contas do governo em momento atual de retração nas finanças públicas, surge uma provável despesa no orçamento público, caso a decisão seja favorável aos investidores.

Nesse contexto, este trabalho divide-se em três partes. A primeira aborda os planos econômicos brasileiro de 1985 a 1991. A segunda trata dos Recursos Extraordinários (RE) 591.797 e 626.307, ambos sobrestados no Supremo Tribunal Federal, que versam sobre os expurgos inflacionários.

A terceira examina como o Poder Público arcará com o ressarcimento aos investidores, em face dos cortes nas despesas públicas, no caso de eventual decisão benéfica aos poupadores.

Neste artigo, utiliza-se a metodologia descritivo-analítico, desenvolvida por meio de pesquisa do tipo bibliográfica (centrada, sobretudo no exame das ações relativas aos expurgos inflacionários e na jurisprudência afeta à matéria), pura quanto à utilização dos resultados, e de natureza quantitativa.

Ressalte-se, ainda, que este estudo não esgota a discussão acerca da temática aqui discutida, pois caso a vindoura decisão seja favorável aos poupadores, o Poder Público deverá ressarcir as correções da base de cálculo da caderneta de poupança na vigência dos planos econômicos em comento. Busca-se, aqui, formular reflexões que devem fomentar no leitor a discussão das decisões do Supremo Tribunal Federal que podem causar impactos nas finanças públicas.

1 NOTAS SOBRE OS PLANOS ECONÔMICOS BRASILEIROS DE 1985 A 1991

O cenário econômico nas décadas de 1980 e 1990 apresenta um Produto Interno Bruto (PIB) com pouco crescimento, elevadas despesas públicas e inflação que assolou o país por longos períodos. Apesar da troca sucessiva de planos econômicos, a inflação insistia em se perpetuar na vida dos brasileiros, mesmo com atuação forte do Estado no combate ao quadro inflacionário. Isso culminou no aumento da dívida interna e externa, gerando, enfim, uma recessão que circundava a economia brasileira.¹²

Acerca dos índices inflacionários no período de 1987 a 1991, é oportuno fazer os seguintes registros (RIBEIRO *et al.*, 2015, p. 211):

Tabela 01 – Estatísticas econômicas selecionadas - 1987-1991

Dados (%)	1987	1988	1989	1990	1991
Inflação ao consumidor (IPCA)	363,4	980,2	1972,9	1621,1	472,7
Índice geral de preços (IGP)	415,8	1037,6	1782,9	1476,7	480,2

Fonte: RIBEIRO *et al.*, 2015, p. 211 (com adaptações).

¹ Consoante Paulo Roberto Almeida (2006, p. 217), a década de 1980 foi denominada de década perdida em face do desempenho econômico medíocre.

² Luiz Pagnussat (2006, p. 39) salienta que “na fase dos planos de estabilização, na década de 1980 e que perdurou durante praticamente toda a década de 1990, prevaleceram a falência do planejamento no Brasil e um profundo descrédito quanto ao seu potencial”.

No início de 1987, o então Ministro da Fazenda Dílson Domingos Funaro, mentor do Plano Cruzado, deixou o governo e, no seu lugar, assumiu Luiz Carlos Bresser-Pereira que lançou o plano que leva seu nome. De novo, vieram o congelamento de preços e salários, por 90 dias.

Em 1989, ocorreu uma nova tentativa na contenção do quadro inflacionário. Depois de uma inflação de 1.037,60% em 1988, em janeiro do ano seguinte, foi lançado o Plano Verão, liderado pelo Ministro da Fazenda Mailson Ferreira da Nóbrega. Preços foram congelados, o cruzado perdeu três zeros e passou a se chamar Cruzado Novo. A inflação de 1989 chegou à 1.782,90%.

Em março de 1990, o presidente Fernando Collor de Mello entregou seu Plano de Estabilização Econômica ao Congresso. Dentre as medidas formuladas, instituiu o traumático confisco das poupanças e contas-correntes, o tabelamento de preços e a extinção de 24 órgãos do governo. A moeda voltou a se chamar cruzeiro. A inflação neste ano chegou a 1.476,70%.

Em janeiro de 1991, Zélia Maria Cardoso de Mello, Ministra da Fazenda à época, anunciava na TV novas medidas econômicas que congelaram preços, salários e serviços. Era o novo plano econômico do governo Collor. A sucessão de medidas de impacto na economia não foi suficiente: a inflação em 1991 atingiu 480,20%.

1.1 Planos Econômicos

As principais formas de política econômica são as políticas fiscal e monetária. Para GREMAUD, VASCONCELOS e TONETO JR. (2009, p. 175) política econômica é a “intervenção do governo na economia com o objetivo de manter elevados níveis de emprego e elevadas taxas de crescimento econômico com estabilidade de preços”.

Percebeu-se a necessidade da intervenção do Estado na economia, a fim de promover desenvolvimento social. Os primeiros planos econômicos que buscaram a estabilização econômica, por volta da década de 1980, na época do governo do ex-Presidente da República José Sarney (1985-1990) foram: Plano Cruzado (1986), Plano Bresser (1987), Plano Verão (1989) e Plano Collor (1990). Eles visavam à estabilidade geral dos preços, a manutenção do emprego e o equilíbrio da balança de pagamentos. O combate à inflação foi intenso, pois houve 11 Ministros da Fazenda durante o Plano Cruzado até o Plano Real (BERCOVICI, 2005, p. 66-67).

Um novo plano foi lançado pelo governo em 1986, representando um “Choque Heterodoxo” sendo de autoria de Francisco Lopes conhecido por Plano Cruzado. A população ficou sabendo sobre o Plano Cruzado pela televisão, em 28 de fevereiro daquele ano. Para CASTRO (2005, p. 111-112), as medidas do plano foram divididas em quatro grupos, com destaque no grupo índice de preços e cadernetas de poupança, o qual consistia na mudança significativa na rentabilização da poupança que, até então, era mensal, e passou a ser trimestral. A autora ressalta que essa medida foi criada para evitar o fenômeno da ilusão monetária.

Em 1986, foi implantado o Plano Cruzado II que propunha o aumento de preços (gasolina, cigarro, energia elétrica, telefone, bebidas, automóveis e tarifas postais) para o consumidor final sem afetar a cadeia produtiva. Segundo MODIANO (1999, p.55), essa atitude deixava no passado o congelamento dos preços. Diante do consumo exacerbado, os depósitos da caderneta de poupança foram reduzidos drasticamente, impactando diretamente no financiamento habitacional, bem como a dívida pública interna.

Um novo plano econômico foi necessário. Conhecido por plano Bresser, levou o nome do ministro da Fazenda Luís Carlos Bresser-Pereira, e trouxe à tona o congelamento dos preços com uma Unidade de Referência de Preços (URP), uma nova base de indexação salarial. Para MODIANO (1999, p.55), o novo plano objetivava “promover um choque deflacionário com a supressão da escala móvel salarial e sustentar as taxas de inflação mais baixas com a redução do déficit público”.

Em face da sua ineficiência no controle dos preços, a efetividade do plano ficou evidente só no início devido à redução da inflação. E, com a indexação da URP, ela foi substituída pelo Índice Preço ao Consumidor (IPC). Assim, o Ministro da Fazenda Mailson da Nobrega assumiu o lugar de Bresser-Pereira diante do clamor social que expôs a proposta ortodoxa gradualista.

O plano Bresser também mudou a correção da rentabilização da poupança³. Dessa forma, a rentabilização era feita pela OTN (Obrigação do Tesouro Nacional) de acordo com atualização do IPC ou pela LBC (Letra do Banco Central), dependendo do que tivesse maior rentabilidade no período (março e junho de 1987)⁴. Em julho do mesmo ano, a mesma resolução mudou a atualização com base somente na LBC, que foi

³ Para aprofundamento da matéria, consultar Resolução n.º 1.338, de 15 de junho de 1987, editada pelo Conselho Monetário Nacional- CMN.

⁴ Para detalhes da matéria, consultar Resolução n.º 1.265, de 15 de junho de 1987, editada pelo Conselho Monetário Nacional- CMN.

reafirmada posteriormente pela Resolução 1.338 do Conselho Monetário Nacional (CMN), pois não teve efeito de imediato. Assim, a nova Resolução 1.336⁵ continuou com a base de cálculo do IPC ou LBC.

As mudanças na base de cálculo da poupança geraram, sob a ótica dos investidores, confusão e perdas no que tange à remuneração da caderneta de poupança. Uma nova Constituição Federal foi promulgada em 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que compartilhou com o Congresso a responsabilidade pela política econômica.

O Ministro Maílson da Nóbrega, que desde o Plano Bresser já comandava o Ministério da Fazenda, capitaneou várias Medidas Provisórias, as quais, em verdade, não trouxeram em termos substanciais algo novo. Com isso, as estabilizações dos preços foram feitas por prazo incerto e uma nova moeda veio à tona: o Cruzado Novo. Foi mais uma tentativa de conter a inflação com o novo plano que se fez presente em decorrência do insucesso do anterior.

Com o advento da Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989, a qual instituiu o Cruzado Novo, determinou congelamento de preços, estabeleceu regras de desindexação da economia e deu outras providências, ocasionou mudanças na base de cálculo de rentabilização da poupança. No primeiro momento, a Letra Financeira do Tesouro (LFT) deduzida 0,5%, depois IPC ou LFT, o que tivesse maior representatividade.

Segundo TEPEDINO (2011, p. 04), durante os planos econômicos Bresser e Verão, várias modificações intercorreram na forma de remuneração da poupança, a qual gerou forte intervenção do Estado, por exemplo: 1) mudança na forma de cálculo do IPC, conforme Dec. Lei 2.335/87 no art. 18 e na lei 7.730/89 no art. 9º; 2) estabilização dos preços, conforme Dec. Lei 2.335/87 no art. 1 e na lei 7.730/89 no art. 8º; 3) mudança na forma de rentabilização da Poupança, mediante Dec. Lei 2.335/87 no art. 16 e na Lei 7.730/89 no art. 17 e Resolução 1.338 da CMN. 4) novos índices de deflação com adoção das tablitas, mediante Dec. Lei 2.335/87 no art.15, I e na Lei 7.730/89 no art. 13.

Para que o patrimônio dos investidores fosse garantido, já que o cenário econômico era de elevada inflação, a caderneta de poupança apresentava-se como uma forma de investimento com retorno garantido. Diante das alterações na forma de rentabilização da poupança, gerou várias

⁵ Para examinar o assunto consultar Resolução n.º 1.336, de 11 de junho de 1987, editada pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

⁶ Ressalta-se, entretanto, que no plano Bresser o índice rentabilização era LBC- Letra do Banco Central, e no plano Verão a rentabilização se dava pela LFT.

ações judiciais por empresas e titulares do investimento que se sentiram lesionados pelas correções monetárias diante de tantas oscilações nos planos econômicos.

CASTRO (2005, p. 142) aponta como motivo da ineficiência dos planos as reformas sem efetividade:

As reformas propostas por Collor, de fato, introduziram uma ruptura com o modelo brasileiro de crescimento com elevada participação do Estado e proteção tarifária. Embora os primeiros passos tenham sido dados na gestão de Collor, o processo só se aprofundou no governo seguinte. A política industrial também ficou abaixo dos objetivos traçados, sempre subordinados à questão prioritária do combate a inflação. Já os planos econômicos Collor I e II não apenas fracassaram em eliminar a inflação, como resultaram em recessão e perda de credibilidade das instituições de poupança.

Para AGUILLAR (2012, p. 182), o governo Collor é marcado pela grande intervenção na economia, começando pela troca da moeda Cruzado Novo pelo Cruzeiro. Além disso, bloqueou todos os depósitos que superasse a quantia de \$50.000 cruzados novos por 18 meses. Os depósitos ficaram à disposição do Banco Central, voltando aos poupadores em suaves 12 parcelas mensais, com rendimentos de 6% ao ano acrescido da correção monetária.

Como resultado da ação da retirada dos depósitos do mercado financeiro e a estagnação da moeda, houve várias demissões, paralisia na produção e dívidas. Tal fato provocou grande desestrutura no mercado, já que a privação de acesso aos recursos financeiros dos poupadores proporcionou a abertura de exceção para grandes empresas, levando a sociedade a questionar tal diferença aplicada.

Tal ingerência do governo na relação entre a instituição financeira e o cliente contraria dispositivo constitucional art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988, bem como o direito de propriedade ficou restrito de movimentação. Para explicar sua medida drástica, o governo justificou que o legislador tem a possibilidade de redefinir o conteúdo do núcleo constitucional e limitar o seu direito.

Para AGUILLAR (2012, p. 182) “filas enormes se formaram em frente à Justiça Federal de cada capital, para distribuir ações”. Nesse contexto, uma recessão rondava o país com severo aumento do desemprego e a inflação 20% ao mês segundo BRITO (2004, p. 27).

Com o advento da Lei nº 8.177, de 01 de março de 1991, um novo plano fez-se necessário. Assim, diante do insucesso do Plano Color I, surgiu o Plano Collor II, que propunha dentre outras medidas eliminar o *overnight*, o congelamento dos salários e dos preços. Segundo dados informados no *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o plano conseguiu produzir apenas um curto prazo de queda na inflação, voltando a subir em maio de 1991 (IBGE, 2017).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo o art. 5º (acesso justiça), a Defensoria Pública e a consolidação dos direitos fundamentais, houve uma aproximação entre o Judiciário e os cidadãos, situação a qual se afigurou como o único meio acessível para se recorrer e tentar reaver as perdas inflacionárias ocasionadas pela política econômica imposta pelo governo federal.

1.2 As ações pendentes no Supremo Tribunal Federal

Durante a vigência dos planos econômicos, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 534 no Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Partido Político Socialista Brasileiro (PSB). Diante do bloqueio dos cruzados, em virtude do Plano Color I, surgiu a Medida Provisória 168/90 de 15 de março de 1990, que posteriormente foi transformada na Lei 8.024/90 de 12 de abril de 1990, na qual o governo federal decretava o congelamento dos saldos das contas poupança, fundos de renda fixa, debêntures, depósitos a prazo fixo, e operações no *overnight*, configurando empréstimo compulsório e ultrapassando os limites constitucionais previstos no art. 148, incisos I e II, CRFB.

Mesmo assim não foi deferida a medida cautelar postulada em virtude do tardio ajuizamento da ação, pois foi incluída na pauta de julgamento no último de mês de devolução dos cruzados. A ação foi indeferida nos seguintes termos (BRASIL, 1994):

ADIn nº 534-DF. Lei nº 8.024/90. Plano Color. Bloqueio de Cruzados. Ausência do periculum in mora. Liminar indeferida. - O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza - não obstante o relevo jurídico da tese deduzida - o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. - Votos vencidos dos Ministros CELSO DE

MELLO (Relator), PAULO BROSSARD e NÉRI DA SILVEIRA, que ordenavam a liberação imediata dos cruzados bloqueados, por entenderem que a salvaguarda do padrão monetário não justifica o desrespeito, pelo Estado, de princípios inscritos na Constituição da República: “O poder normativo reconhecido a União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento as reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários (...), quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição.

Ao proferirem seus votos, os ministros demonstraram preocupação com os planos econômicos e com a inflação, mesmo diante de uma nova Constituição Federal que abrange os direitos e garantias individuais do cidadão. Os Ministros Celso de Melo, Néri da Silveira e Paulo Brossard posicionaram-se a favor da liminar com fulcro no art. 5º, XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988).

Ainda durante seu voto, o ministro Celso de Mello fez menção à Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.03.32177-9, em sede do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, acórdão proferido pelo Exmo. Juiz Américo Lacombe (BRASIL, 1994):

Em suma: 1) a serem considerada requisição, as medidas de bloqueio serão inconstitucionais, por não ter ocorrido o pressuposto do iminente perigo público e por inexistir lei que discipline a medida; 2) a serem consideradas confisco, serão inconstitucionais e ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 3) a serem consideradas servidão de uso, serão inconstitucional, por não terem sido instituídas por acordo ou sentença judicial, violando ainda a disposição acima que exige o devido processo legal; 4) a serem consideradas empréstimos compulsórios, as medidas de bloqueio serão inconstitucionais porque: a) não foram criadas por lei complementar; b) violaram o princípio da anterioridade; c) não poderiam ser veiculadas por medida provisória, por faltar o pressuposto da urgência, e por ser este veículo normativo impróprio

para iniciar procedimento legislativo de matérias próprias e específicas de lei complementar; d) foi violado o princípio da capacidade contributiva.

Se, no entanto, as medidas de bloqueio forem consideradas um instituto ‘sui generis’, serão também inconstitucional. Em primeiro lugar, os argumentos que serviram para demonstrar que o empréstimo compulsório – que penso estar configurado – violou o princípio da isonomia e, por via de consequência, o da capacidade contributiva, servem para demonstrar tal violação, qualquer que seja a natureza jurídica das medidas. Em segundo lugar, é claro e inofismável que havia um contrato de direito privado, entre os depositários, poupadores e investidores, e dos estabelecimentos bancários privados ou públicos. Oral, tal contrato teve suas cláusulas modificadas pelas medidas de bloqueio que transformam os depósitos a vista em depósitos a prazo certo, resgatáveis em 12 parcelas, o mesmo podendo ser dito para as poupanças e investimentos, confrontando com art.5, XXXVI, CRFB. Houve prejuízo do ato jurídico perfeito.

A minoria dos ministros preocupou-se com os recursos financeiros sequestrados pelo governo com o argumento de regular o mercado financeiro, não se importando com as necessidades da população que padeciam com os altos custos das mercadorias. Assim, a ação em questão foi indeferida pela intempestividade, não sendo analisado o princípio da segurança jurídica.

Em face também dos planos econômicos aqui abordados, em 2001, a Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro, no artigo 62, §1º, inciso II, CRFB/1988⁷, proibiu o confisco da poupança, asseverando maior segurança jurídica nos contratos de depósitos nas instituições financeiras e garantindo o equilíbrio da relação jurídica contratual, afirmando assim o poder aquisitivo do poupador.

A poupança representa investimento mais popular e acessível em que as partes (investidor e captador na figura dos bancos) celebram contrato, um de depositar e outro de remunerar na data futura (ou seja, na data de aniversários) a remuneração. Assim, há um equilíbrio contratual que rege os contratos, em consonância com o disposto no art. 1º, IV, c/c art. 170, ambos da CRFB/1988, o que não foi assegurado nos planos econômicos

⁷ “Art.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. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] **II- que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança ou qualquer outro ativo financeiro.**” (Grifou-se)

das décadas de 1980 e 1990, mesmo diante de um ato jurídico perfeito, e ao arrepio do direito adquirido na celebração do contrato, causando um desequilíbrio econômico entre os contratantes.

Conforme o relatório “Supremo em Ação”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 656,5 mil processos que tratam sobre os expurgos inflacionários estão suspensos no STF, causando morosidade em sua tramitação. O Relatório aborda também sobre os 10 temas mais tratados nos processos sobrestados. Em primeiro lugar “Os Expurgos inflacionários e Planos Econômicos” com 322.499 processos, seguido de “Correção monetária, expurgos inflacionários e Planos econômicos” com 164.869” Expurgos inflacionários e Plano Collor II” com 106.572 e “Expurgos inflacionários e Plano Color I” com 62.601 processos.⁸ (CNJ, 2017)

O direito às diferenças da correção da base de cálculo das contas poupanças durante a vigência dos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II) estão pendentes de julgamento junto ao STF, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo. Os recursos são estes: RE 591797, RE 626307, RE 631363, RE 632212 e ADPF 165.

Para aprofundamento do estudo, foram examinados 02 (dois) Recursos Extraordinários: o RE 626.307/SP e o RE 591.797/SP. No RE 626.307 (BRASIL, 2010), litigam, desde 2007, o Banco do Brasil e os poupadores que se apresentaram como litisconsórcio ativo, os quais pleiteiam expurgos inflacionários durante os planos econômicos. O RE 591.797 tramita desde 2008, no qual as partes Banco Itaú e litisconsórcio ativo também questionam sobre os expurgos inflacionários. Ambos os processos têm como relator o Ministro Dias Toffoli que reconheceu repercussão geral e, até janeiro de 2019⁹, estão suspensos de julgamento, mesmo após requerimento dos bancos Banco do Brasil e Itaú pelo sobrestamento de todos os processos em todas as esferas de jurisdição, protelando ainda mais os expurgos inflacionários.

Registra-se que isso não abrange os processos que estão na fase de instrução, e tampouco os que estão na fase de execução. Não seria diferente tendo em vista a posição econômica e o domínio do setor financeiro com sua representatividade no cenário brasileiro. Destarte, assim que o plenário

⁸ Para melhores esclarecimentos: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-supremo-acao.pdf>>.

⁹ Até a última atualização deste artigo, os recursos extraordinários em questão estavam sobrestados. “Considerando a determinação de sobrestamento do presente processo de repercussão geral por 24 (vinte quatro) meses (cf. decisão de 18/12/17), devem os autos aguardar na Secretaria Judiciária até o decurso do referido prazo.”

do STF decidir sobre os dois recursos extraordinários, tal decisão será aplicada aos demais casos semelhantes.

Vários incidentes processuais, como a intervenção de terceiros, fizeram-se presentes nos processos em comento que assim ofereceram informações técnicas sobre as questões complexas no processo. O interesse na causa torna-se evidente em virtude da relevância e repercussão na decisão do STF no que tange aos expurgos inflacionários.

Haja vista a sua representatividade estão participando como *amicus curiae* nos Recursos Extraordinários em referência as seguintes entidades: Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), Caixa Econômica Federal (CEF), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), assim como também a União, que requereu sua admissão como terceiro interessado.

No Recurso Extraordinário 591.797 (BRASIL, 2010), conforme consta no relatório do ministro Dias Toffoli, “Cabe advertir, no entanto, que a intervenção do ‘*amicus curiae*’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejáveis e úteis a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”. Logo, percebe-se que o referido voto isso não coadunou o posicionamento dos amigos da corte.

Levando em conta a complexidade do caso, o Supremo resolveu, mais uma vez, postergar os debates. Em 2013, as sustentações orais foram feitas pelos *amicus curiae*, bem como pelos advogados dos bancos. O quórum necessário é outra situação emblemática, pois versa sobre matéria constitucional, fazendo-se, pois, necessária à presença de no mínimo de 08 ministros. Na época, o pai da Ministra Carmen Lucia havia ingressado em juízo pleiteando os expurgos inflacionários e, em 2014, desistiu do processo¹⁰. O Ministro Luiz Edson Fachin estava impedido (pois defendera causas relacionadas no STJ). Já o Ministro Luís Roberto Barroso estava impedido (também já advogara para banco em causa relacionada ao processo). O Ministro Luís Fux era amigo do advogado Sérgio Bermudes, o qual defendia o Banco Itaú. Mesmo tendo o quórum mínimo necessário, a pauta não entrou para o julgamento.(CONJUR, 2017)

Ocorre que um acordo foi firmado no início de dezembro de 2017 entre os bancos e poupadores para assim encerrar todos os processos que

¹⁰ Para aprofundamento consultar: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-18/pai-carmen-lucia-dar-fim-impasse-julgamento-planos-economicos>>.

tramitam em quaisquer instâncias que envolva os expurgos inflacionários.¹¹ No caso dos RE 626.307/SP e RE 591.797/SP, os quais possuem como relator o ministro Dias Toffoli, antes do recesso judiciário, o ministro já homologou o referido acordo que envolve bancos, União e os investidores garantindo a estes recebimentos de indenizações e aos bancos formas facilitadas de pagamento.¹²

2 O IMPACTO FINANCEIRO NAS CONTAS PÚBLICAS DIANTE DE EVENTUAIS DECISÕES FAVORÁVEIS AO CIDADÃO NAS AÇÕES PENDENTES NO STF

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 241 (conhecida como a PEC do Teto dos Gastos Públicos, a mãe de todas as reformas), a qual deu origem à Emenda Constitucional nº 95/2016 (BRASIL, 2016), aborda a limitação dos gastos públicos abrangendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o Ministério Público da União, instituindo assim Novo Regime Fiscal no que tange ao Orçamento Fiscal e Seguridade Social da União, que se prolongará por 20 (vinte) exercícios financeiros, ou seja, até 2036, como dispõe art. 106, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Sua origem consiste no cenário econômico que circundava o país, diante dos gastos exorbitantes do governo anterior que gerou *deficit* público, precisando de equilíbrio e um ajuste nas contas públicas. Assim, a PEC 241 objetivava o limite e cortes das despesas públicas, visando o alcance do *superavit* primário. O texto da PEC 241 enfatizou que “Esse instrumento visa reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal.” (BRASIL, 2016, p.4)

¹¹ “Por tudo o que foi exposto, o acordo deve ser homologado, tal como proposto, de maneira a pacificar a controvérsia espelhada nestes autos, que há décadas se arrasta irresolvida nos distintos foros do País, sem que isso implique, todavia, qualquer comprometimento desta Suprema Corte com as teses jurídicas nele veiculadas, especialmente aquelas que pretendam, explícita ou implicitamente, vincular terceiras pessoas ou futuras decisões do Poder Judiciário. Nesses termos, homologo o acordo, com fulcro no art. 487, III, do Código de Processo Civil, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte.” (BRASIL, 2019).

¹² “Ausente qualquer óbice, homologo, para que produza efeitos jurídicos e legais, o acordo formulado pelas partes, com fundamento no art. 487, III, “b”, do Código de Processo Civil. Sobreste-se o presente processo de repercussão geral, por 24 (vinte e quatro) meses, como requerido, tempo hábil para que os interessados, querendo, manifestem adesão à proposta nas respectivas ações, perante os juízos de origem competentes.” (RE 591.797) (RE 626307)

Inicialmente, ela tramitou na Câmara dos Deputados como PEC 241, com aprovação em segundo turno no dia 25 de outubro de 2016 e, posteriormente, no Senado Federal como PEC 55. Sem modificar a sua essência, ela foi aprovada em segundo turno no dia 13 de dezembro de 2016. Sua promulgação foi feita no dia 15 de dezembro de 2016, e passou a integrar a Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional (EC) 95.

Desde o governo de Lula, cogitavam-se limitações dos gastos públicos, o que veio à tona no final do mandato da ex-presidente Dilma Rousseff, como relata a PEC 241 (BRASIL, 2016):

A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária. No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Torna-se, portanto, necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição.

O Ministério da Fazenda entende que é necessário restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos públicos, já que para cada ano há um limite individualizado para as despesas primárias (saúde, educação, previdência, segurança pública etc.), máquina pública (manutenção da folha de pagamento) deduzida às despesas financeiras. Assim, estas despesas não poderão crescer mais que a inflação em cada exercício financeiro, não se alterando em virtude do crescimento econômico do país e tampouco do crescimento populacional.

Cabe ressaltar que, no mesmo período de promulgação da EC 95, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, foi promulgada também a Emenda Constitucional 94, em 15 de Dezembro de 2016, que aborda sistema de pagamento de precatórios tanto na esfera federal, estadual, distrital e municipal, dessa forma alterando o artigo 100 da Constituição Federal de 1988, para dispor um regime especial de pagamento para os casos em mora, decorrentes de condenações judicial.

A emenda constitucional 94 consolida as regras da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2013, que reconheceu parcialmente a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62, de 09 de dezembro de 2009, que previa o pagamento em 15 (quinze) anos, ou seja, até 2024. Assim, o STF entendeu que deveria reduzir o prazo de 15 anos para 05 (cinco) anos.

Com a nova EC 94, os precatórios dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pendentes até 25 de março de 2015 e os vincendos até 31 de dezembro de 2020, (dentro de um regime especial) poderão ser pagos até 2020, excetuando este prazo para pagamento dos precatórios federais para a União.

Diante do *deficit* público com a situação de crise que se alastra pelo país, o governo federal busca receitas extraordinárias para arrecadar através dos leilões nas áreas do petróleo e de energia elétrica, bem como a regularização de ativos no exterior, conhecida como repatriação, para custear suas despesas, principalmente com o fechamento do resultado fiscal do mês de julho de 2017, com *deficit* de R\$ 14 bilhões pelo governo central segundo publicação do Banco Central do Brasil (BACEN, 2017)¹³, mostrando novamente que as despesas superaram a receita. Com as frustrações das receitas o governo elevou a meta do *deficit* para R\$170 bilhões ao ano corrente, sendo que antes estava estimado em R\$ 139 bilhões, segundo a equipe econômica do Ministério da Fazenda¹⁴.

Diante das expectativas bilionárias, estimadas por diferentes órgãos, o ressarcimento dos expurgos inflacionários durante a vigência dos planos econômicos nas décadas de 1980 a 1990 aproxima-se de R\$ 16 bilhões (Estadão, 2017)¹⁵. Segundo a Procuradoria-Geral da República (PGR), a margem bruta obtida pelas instituições financeiras nas operações de faixa livre da poupança foi de aproximadamente R\$ 21,87 bilhões no período entre junho de 1987 e setembro de 2008.

Já para o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o valor chega perto dos R\$18 bilhões. Cada *amicus curie* faz estimativa de desembolso, caso a ação seja favorável aos poupadores, o quanto afetará nas contas públicas com impacto financeiro os bancos públicos (objeto de estudo) diante de reformas que limitam as contas públicas, até as de natureza primária, principalmente depois que o Banco do Brasil, em 2008, comprou o banco Nossa Caixa, aumentando assim sua dívida. (CANÁRIO, 2017)

De acordo com Pedro Canário, para a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), o sistema financeiro deverá arcar com despesa na ordem de R\$ 149 bilhões, e no Ministério da Fazenda o prejuízo terá de

¹³ Para fins de consulta: <<https://www.bcb.gov.br/htms/notecon3-p.asp>>.

¹⁴ Para exame posterior, acessar: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/julho/200bgoverno-anuncia-meta-de-deficit-primario-de-r-139-bilhoes-para-2017>>.

¹⁵ Para esclarecimentos, consultar: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/09/epoca-negocios-acordo-para-ressarcir-perdas-por-planos-economicos-pode-chegar-a-r-16-bilhoes.html>>.

R\$ 106 bilhões (CANÁRIO, 2017)¹⁶. Segundo o Banco Central, a Caixa Econômica Federal (CEF) terá um prejuízo que representa um terço da dívida total. Sendo os bancos públicos (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) juntos somam uma perspectiva de gastos em 70% do valor do ressarcimento aos poupadores, mais uma despesa que o Governo Federal arcará (CANÁRIO, 2017).

Considerando as estimativas bilionárias apontadas pelos órgãos que representam tanto os bancos quanto os investidores, questiona-se: tendo em vista a situação econômica que enfrenta nas dramáticas contas públicas (cortes nos orçamentos, delimitações das verbas orçamentárias), como o governo federal (com *deficit* público negativo) vai pagar os investidores com uma provável ação favorável de ressarcimento dos rendimentos não pagos na vigência dos planos econômicos nas décadas de 1980 a 1990? São reflexões que repercutem em larga escala, mormente, com a turbulência nas finanças públicas que enfrenta o governo federal.

Nesse contexto, os estudos até aqui apreendidos sinalizam que, caso o Supremo Tribunal Federal decida em favor dos investidores (os quais, durante décadas, esperam o julgamento de suas ações), e permanecendo o panorama de *deficit* público das contas do Estado, tornar-se-ia necessária a edição emenda constitucional cujo conteúdo disciplinaria, especificamente, o pagamento dos precatórios do governo federal aos credores dos expurgos inflacionários, haja vista o montante bilionário que envolveria a devolução dos rendimentos não auferidos no período.

CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa, fez-se um apanhado histórico durante décadas de 1980 e 1990 da inflação elevada e das inúmeras tentativas fracassadas de estabilização, como a implementação dos planos econômicos com finalidade de reduzir ou estabilizar o aumento dos preços.

Como tais medidas tomadas pelo governo federal surtiram efeito negativo (oscilações na base de cálculo da poupança), gerou perdas para os poupadores que ainda não foram reparados pelos danos suportados na vigência dos planos econômicos (1985 a 1990). Conseqüentemente, houve perdas remuneratórias provocadas pelas diferenças dos índices de correção aplicados pelas instituições bancárias às cadernetas de poupança, já que o período de sucessivas mudanças destinadas a debelar a inflação

¹⁶ Consultar <http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/poupadores-bancos-exageram-impacto-decisao-stf-expurgos>

que assolava o país gerava uma insegurança jurídica no período, ensejando ações no Judiciário.

Após a resenha dos planos econômicos envolvendo os aspectos econômicos e jurídicos desde a correção monetária e da inflação, examinaram-se tais elementos com enfoque no direito adquirido e na segurança jurídica, diante das várias ações promovidas pelos depositantes que, à luz do princípio da boa fé, confiaram nas instituições financeiras, depositando suas economias nas cadernetas de poupança.

Com a quebra do contrato de prestação de serviços bancários em face da ausência rentabilização das cadernetas de poupança, os investidores pleitearam no Judiciário a diferença entre a correção monetária, selando um ato jurídico perfeito e o direito adquirido que ocorre na celebração do contrato. Assim, os expurgos inflacionários têm constituído um dos grandes problemas do Poder Judiciário diante da quantidade de processos (individuais ou coletivos) e a tomada de uma decisão justa no que tange aos direitos dos credores e devedores, na correta aplicação da lei para proteger os interesses das partes hipossuficientes.

Atualmente, encontram-se sob cuidados do Supremo Tribunal Federal a análise de 04 (quatro) Recursos Extraordinários e 01 (uma) ADPF, nos quais se questiona a criação de índices de correção monetária das cadernetas de poupança menores que a inflação durante os planos Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991). Os recursos demandam agilidade da prestação jurisdicional, já que aguardam a efetivação desse direito há décadas, em virtude dos Princípios consagrados na Constituição Cidadã que salvaguarda a razoável duração do processo, a eficiência da prestação jurisdicional, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa pesquisa buscou investigar os planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II) no sentido de avaliar seu impacto nas finanças públicas, formular reflexões que devem fomentar o leitor para discutir as decisões da Suprema Corte no que tange aos expurgos inflacionários.

Nessa ordem de ideias, os estudos apreendidos sinalizam que, caso o Supremo Tribunal Federal decida em favor dos investidores (os quais, durante décadas, esperam o julgamento de suas ações), e permanecendo o panorama de *deficit* público das contas do Estado, tornar-se necessária a edição emenda constitucional cujo conteúdo disciplinaria, especificamente, o pagamento dos precatórios do governo federal aos credores dos expurgos inflacionários, haja vista o montante bilionário que envolveria a devolução dos rendimentos não auferidos no período de modo a manter o equilíbrio

das finanças públicas e permitir a devolução da rentabilização não auferida pelos investidores que aguardam por décadas remuneração da poupança.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Paulo Roberto. A experiência brasileira em planejamento econômico: uma síntese histórica. In: GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José (Org.). **Planejamento e orçamento governamental: coletânea**. Brasília: ENAP, p. 193-228, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n° 1.265**, de 26 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=1987&numero=1265>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n° 1.336**, de 11 de junho de 1987. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Res&ano=1987&numero=1336>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n° 1.338**, de 15 de junho de 1987. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=1987&numero=1338>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 241/2016**. Brasília, DF, 15 de Junho de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=18B87E725B13A18323C2760CA90D3102.proposicoesWebExterno1?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Supremo em Ação 2017, ano-base 2016**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-supremo-acao.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987. Dispõe sobre o congelamento de preços e aluguéis, reajustes mensais de salários e vencimentos, institui a Unidade de Referência de Preços (URP), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2335.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm>. Acesso em: 03 maio 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 94, de 15 de dezembro de 2016. Altera o art. 100 da Constituição Federal, para dispor sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais; e acrescenta dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento para os casos em mora. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm>. Acesso em: 20 jul. de 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7730.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei n° 8.024**, de 12 de abril de 1990. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8024.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n° 8.177**, de 01 de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8177.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. **Medida Provisória n° 168**, de 15 de março de 1990. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/168.htm>. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta da Emenda à Constituição 55/2016**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em: 01 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso extraordinário n° 591.797**. Petição Recorrente do Banco Itaú. Relator Min Dias Toffoli. STF, Brasília, 26 agosto 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE591797.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 534**. Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 08 de abril 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 165**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2665693>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Recurso extraordinário n° 626.307**. Petição Recorrente do Banco do Brasil. Relator Min Dias Toffoli. STF, Brasília, 26 agosto 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE626307.pdf>> Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626412>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 631.363**. Diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, bloqueados pelo BACEN, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do Plano Collor I. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3967482&numeroProcesso=631363&classeProcesso=RE&numeroTema=284>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 632.212**. Diferença de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, não bloqueados pelo BACEN, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do Plano Collor II. Relator Min Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3978950&numeroProcesso=632212&classeProcesso=RE&numeroTema=285>>. Acesso em: 06 de jun. de 2017.

BRITO, Paulo. **Economia Brasileira: Planos Econômicos e Políticas Econômicas Básicas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CANÁRIO, Pedro. **Julgamento dos planos econômicos entra em fase passional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/poupadores-bancos-exageram-impacto-decisao-stf-expurgos>>. Acesso em: 10 ago. 2017

CASTRO, Lavínia Barros de. Esperança, frustração e aprendizado: a história na nova República. In: GIAMBIAGI, Fábio *et al* (Org.). **Economia Brasileira Contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CONJUR, **Pai de Carmen Lúcia pode dar fim a impasse sobre planos econômicos no STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-18/pai-carmen-lucia-dar-fim-impasse-julgamento-planos-economicos>> Acesso em: 02 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Supremo em Ação 2017, ano-base 2016**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-supremo-acao.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. **Economia Brasileira Contemporânea**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.
Resultados Mensais por Grupos - 1979 a 1999 - Brasil e Áreas. Rio de Janeiro: IPCA. 1999. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaulttab1.shtm>. Acesso em: 30 maio 2017.

MODIANO, Eduardo. A Ópera dos Três Cruzados: 1985-1989. *In*: ABREU, Marcelo de Paiva (Org). **A Ordem do Progresso: cem anos de política econômica republicana 1889-1989.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.

PAGNUSSAT, José Luiz. Introdução. *In*: GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José (Org.). **Planejamento e orçamento governamental: coletânea.** Brasília: ENAP, p. 9-65, 2006.

RIBEIRO, Fernando José da S. P.; BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier *et al.* **Economia Brasileira no período 1987-2013:** relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea. Brasília: IPEA, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Contrato de depósito em caderneta de poupança: qualificação e efeitos. *In*: **Relações obrigacionais e contratos**, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 297-320 (Coleção soluções práticas de direito: pareceres).

A CARTA SUICIDA COMO MODALIDADE DE TESTAMENTO PARTICULAR

THE SUICIDE LETTER AS A PARTICULAR TESTAMENT MODALITY

Danilo Porfírio de Castro Vieira *

Karine Jordana Barros Belém **

SUMÁRIO: Introdução. 1. Carta suicida: panorama geral. 2. Atos da vida civil praticados por suicidas: a validade e eficácia da carta suicida. 3. Carta suicida como testamento válido e eficaz nos termos do art. 1.879 do Código Civil. Conclusão. Referências.

RESUMO: O suicídio é um tema polêmico, capaz de fomentar discussões em diversas áreas do conhecimento. Todavia, o rótulo de tabu atribuído ao referido assunto, assim como a preocupação com a forma de discutir sobre suicídio, não permite que o tema seja debatido de maneira adequada. Dentre as dúvidas que se fazem presentes, uma delas se refere à repercussão do suicídio para o Direito Civil, no que tange à validade e à eficácia de atos ou negócios jurídicos praticados pelo indivíduo suicida, mais especificamente, o testamento feito antes de consumir o ato de disposição da própria vida. Em algumas ocorrências de suicídio, é possível encontrar cartas ou bilhetes, escritos pelo próprio suicida antes da sua morte, com cláusulas de disposição de vontade relativas ao seu patrimônio. A inexistência de norma específica que discipline o assunto em questão transfere, a princípio, para o Poder Judiciário, a competência para confirmar ou negar a validade e eficácia de atos da vida civil praticados pelo suicida. O artigo pretende expor a possibilidade de confirmação judicial da manifestação de vontade do indivíduo feita na carta suicida, considerando presentes os elementos essenciais do negócio jurídico do testamento no referido escrito.

Palavras-chave: Suicídio, autonomia, testamento, carta suicida.

ABSTRACT: *Suicide is a subject capable of fostering discussions in several areas of knowledge. However, the taboo label attributed to the subject matter, as well as the concern with the way of discussing suicide, does not allow the topic to be adequately debated. Among the doubts that are present, one refers to the repercussion of suicide for Civil Law, regarding the validity and effectiveness of acts or legal business practiced by someone who commits suicide, more specifically, the will made by the suicide before To consummate the act of disposition of one's own life. In some cases of suicide, it is possible to find letters or tickets, written by the suicide bomber before his death, with clauses of willingness related to his patrimony. The absence of a specific rule that disciplines the matter in question transfers, in principle, to the Judiciary, the competence to confirm or deny the validity and effectiveness of acts of civil life practiced by the suicide. The research sought to study the possibility of judicial confirmation of the*

* Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

** Pós-graduanda. Graduada pelo IDP.

Artigo recebido em 05/07/2018 e aceito em 03/01/2019.

Como citar: VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro; BELÉM, Karine Jordana Barros. A carta suicida como modalidade de testamento particular. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.385, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

manifestation of will of the individual made in the suicide letter, considering the essential elements of the legal transaction of the will in said writing.

Keywords: *Suicide, autonomy, testament, suicide letter*

INTRODUÇÃO

Em razão do estigma em torno do suicídio, não há debate sobre o reconhecimento jurídico da manifestação de vontade expressa, no momento do cometimento da ação atentatória contra a sua vida. Há, conseqüentemente, a inexistência de normas específicas, bem como a escassez de entendimento jurisprudencial, criando assim incerteza e, conseqüentemente, uma insegurança jurídica acerca do tema.

Insegurança que resulta de um tabu, com evidente influência religiosa. Na Antiguidade europeia entre gregos e romanos, o suicídio era um ato aprovado e honroso, em muitos casos. Os estoicos reconheciam razões legítimas para o suicídio (CARNEIRO, 2013). A aceitação da disposição sobre a vida ainda é presente no Oriente, seja no Islã (VIEIRA, 2015), em comunidades na Índia e nas tradições sino-nipônicas. Suicídios foram e ainda são também ser considerados formas de protesto político contra governos, leis ou situações.

No entanto, no pensamento católico agostiniano (que influenciou o protestantismo), o suicídio é tratado como um pecado. Vários concílios da igreja católica definiram que os suicidas estão privados dos ritos fúnebres e impedidos de serem enterrados em solo sagrado, cemitérios administrados pela igreja. A lei medieval promovia o confisco dos bens dos suicidas e permitiam a mutilação do corpo (CARNEIRO, 2013).

Nações de maioria cristã tratam o suicídio, ainda hoje, como ilegal, a exemplo da vedação da eutanásia e da criminalização ao auxílio ou instigação ao suicídio.

A inércia legislativa, resultante, portanto, da aversão ao suicídio, própria da tradição cristã, acaba transferindo ao Poder Judiciário, a autoridade para confirmar ou negar a validade e eficácia de atos e negócios jurídicos praticados pelo suicidário, mais especificamente o reconhecimento da carta suicida como testamento.

O artigo pretende contribuir para o esclarecimento acerca da validade e eficácia de atos da vida civil praticados por alguém que venha a dispor da própria vida mediante a prática do suicídio, mais especificamente o negócio jurídico do testamento, considerando a possibilidade de que

este seja instrumentalizado numa carta ou bilhete suicida, em razão da circunstância fática em que se encontra o indivíduo referente à deliberada proximidade da morte.

Logo, o objeto de estudo é a tutela sobre a manifestação de vontade do sujeito, materializada na carta suicida, e o seu reconhecimento como testamento válido e eficaz, a despeito dos requisitos formais exigidos pela lei e dos óbices relativos ao livre discernimento e capacidade do indivíduo que pratica o suicídio.

O recurso da pesquisa foi bibliográfico, utilizando-se, portanto, do método exploratório, com a utilização de metodologia lógica e dedutiva, com o fim de alcançar os escopos delineados nos objetivos. Recorreu-se à análise doutrinária, a referências teóricas, como o formalismo no Direito das Sucessões, os aspectos do testamento e suas implicações jurídicas, a natureza da autonomia privada como elemento do negócio jurídico, o suicídio e suas dimensões jurídicas e metajurídicas. Recorreu-se, também, a análise de julgados integrados a observação da ordem normativa.

1 CARTA SUICIDA: PANORAMA GERAL

De todas as dificuldades que existem, quando se lida com um caso de suicídio, a primeira é tentar entender o que se passou na mente daquele que decidiu colocar um fim voluntariamente à sua própria vida. Não se pode precisar a existência de uma causa específica para o suicídio, podendo ter como motivações fatores de ordem ambiental, cultural, biológica, psicológica, política, tudo isto acumulado na biografia de um sujeito.

Durkheim sustenta que uma das causas do suicídio é social, não devendo ser estudada exclusivamente como um fenômeno orgânico-psíquico, ou do ambiente físico em se situa a pessoa (DURKHEIM, 2004).

Na definição durkheimiana, o suicídio é a morte que “resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela sabia que ela produziria esse resultado” (DURKHEIM, 2004, p.14). O elemento central é a coesão social, ou seja, quanto mais existe coesão social menor a taxa de suicídio numa sociedade. Em suma, o sentido de pertencimento como parte da coletividade, como ente reconhecidamente existente em seu meio social, o grau de inclusão é que determinará a (in) ocorrência do suicídio.

Durkheim apresenta três tipos de suicídio e suas causas: suicídio egoísta, caracterizado pelo individualismo extremado; o suicídio altruísta,

motivado pela obediência e força coercitiva do coletivo, comunidade ou sociedade de uma forma geral; e o suicídio anômico, que resulta de momentos de ruptura, de crises sociais ou abruptos e profundos processos de transformações sociais.

É importante dar ênfase ao suicídio egoísta e sua incidência em países protestantes, para reforçar a tese do suicídio como resultado de uma deliberação consciente, calculada, racional. Em países de tradição religiosa protestante, a taxa de suicídios é elevada, tendo como explicação os sentidos de individualidade, desencantamento da vida e de livre juízo desenvolvidos pela população, questionando tradições e crenças religiosas:

Quanto mais numerosas são as maneiras de agir e de pensar, marcadas por um caráter religioso, subtraídas, por conseguinte, ao livre exame, mais a idéia de Deus está presente em todos os detalhes da existência e faz convergir para um único e mesmo objetivo as vontades individuais. Inversamente, quanto mais um grupo confessional deixa ao julgamento dos indivíduos, mais ele está ausente de sua vida, menos tem coesão e vitalidade (DURKHEIM, 2004, p. 188).

Também se percebe a deliberação consciente no suicídio altruísta. Durkheim reporta-se as comunidades “bárbaras” e seus velhos guerreiros que se matavam por uma questão de orgulho, pois estando doentes e debilitados, não conseguindo servir seu grupo, preferiam dar fim a vida. Há também os casos das viúvas nas comunidades hindus, que se matavam por perderem seu papel coletivo, com a morte de seus respectivos maridos. Outro caso é o sacrifício em campo de batalha, em que o soldado se sacrifica pelos seus companheiros de armas, ou dá fim a vida pela vergonha da derrota.

Por fim, no suicídio anômico, o mais presente na sociedade moderna, em função da transição da solidariedade mecânica para a orgânica, e do enfraquecimento da consciência coletiva e a moral, o suicídio é a expressão do desconforto da angústia da pessoa. O suicídio é o sintoma de uma sociedade doente, sem cooperação entre os indivíduos. Logo, o suicídio é causado pelo sofrimento sobre de desregramento das atividades do suicida, próprias de crises políticas, econômicas, revoluções e guerras.

Como se observa, Durkheim, mesmo dando ênfase ao fato social, não menospreza as consciências particulares dos indivíduos.

Deve-se considerar, portanto, que suicídio não é necessariamente um ato ensandecido, desesperado ou inconsciente, mas um ato deliberado, racional, o exercício da autonomia vontade.

Como já abordado, as motivações pessoais do suicida nem sempre são claras, sendo difícil resgatar ou reconstruir o pensamento e as intenções do suicida, desde que não deixe declarações claras sobre seus propósitos, fins e interesses antes de sua morte, por meio de carta suicida (KRUG, 2002).

Em alguns casos de suicídio é possível encontrar escritos deixados pelo suicida, com mensagens de despedida, de pedidos relativos a seu funeral, de disposições relativas aos seus bens. Assim, é possível definir a carta suicida como manifestação de vontade escrita, manual ou mecânica, utilizada pelo indivíduo que possui o intuito de dispor da própria vida, com o objetivo de se despedir e/ou confortar seus familiares e amigos, atribuir culpa do ato suicida a outrem ou a algum fato da vida, criar, alterar ou colocar fim a alguma relação jurídica, com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais.

Não há um modelo de forma ou conteúdo padrão para a carta suicida, sendo ela redigida de maneira livre, de acordo com os propósitos individuais do escritor. A questão jurídica está no seu reconhecimento e na tutela da disposição de vontade contida.

2 ATOS DA VIDA CIVIL PRATICADOS POR SUICIDAS: A VALIDADE E EFICÁCIA DA CARTA SUICIDA

Antes de tratar de maneira mais aprofundada do testamento como negócio jurídico caracterizado pela liberdade de disposição patrimonial, e como tal liberdade pode ou não ser limitada pela legislação, mostra-se necessário buscar entender melhor do que se trata a autonomia da vontade, um dos elementos que permeiam a liberdade do indivíduo de dispor seus bens, e sua distinção de autonomia privada.

Para Immanuel Kant:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas de escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal (KANT, 2011).

A noção de autonomia da vontade estabelecida por Kant está intrinsecamente ligada à sua ideia de liberdade, que se difere do senso comum na medida em que não se trata, para o autor, de agir sem nenhuma regra, mas de “ser capaz de seguir uma regra livremente imposta pela própria razão”. De acordo com o senso comum, “ser livre seria fazer o

que se quer, sem seguir nenhuma regra ou princípio estabelecido”. Kant destoa desse pensamento, e mostra que “a vontade que obedece à lei moral não deixa, contudo, de ser livre, pois obedece apenas àquela lei que ela mesmo se impôs”. Assim, a razão pode estabelecer para si mesmas leis independentemente de inclinações externas, sendo o sujeito o próprio autor de suas leis morais (RAMOS , 2012).

Tanto na filosofia quanto em outros ramos do conhecimento, a autonomia se refere a conceitos como independência, liberdade, autogoverno e autorregulamentação de condutas (RODRIGUES, 2004). Trata-se da possibilidade de o indivíduo ditar as próprias regras de sua atuação na sociedade, sem sofrer a influência opressora estatal. É uma barreira contra o Estado, impedindo que este interfira nos rumos das vidas dos seus cidadãos.

A autonomia da vontade se distingue da autonomia privada, pois, neste caso, trata-se do poder que os particulares têm em regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (AMARAL, 2014).

A esse respeito, Pontes de Miranda, afirma que a autonomia da vontade é um instituto mais abrangente, que engloba todos os ramos do direito, estando presente não só no aspecto das relações privadas. Também chamada de autorregramento da vontade, a autonomia da vontade permite que o núcleo do suporte fático tenha como elemento a vontade tanto no âmbito do direito privado quanto no âmbito do direito público sendo, em suma, a “possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos” (MIRANDA, 1983).

Segundo Francisco Amaral, a autonomia da vontade é um princípio de direito privado que permite ao agente determinar o conteúdo, a forma e os efeitos de um ato jurídico, salvo disposição cogente em contrário. Já a autonomia privada significa um poder facultado ao agente para estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento. A autonomia da vontade seria a “manifestação de liberdade individual no campo do direito”, ao passo que a autonomia privada é entendida como o “poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal” (AMARAL,2014).

A autonomia privada, assim como a autonomia da vontade, está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo, III da Constituição. Trata-se de fator de legitimação das intervenções do Estado na vida dos cidadãos, bem como alicerce par a interpretação da legislação. De acordo com esse princípio, “a vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade”. Assim, nenhum indivíduo pode ter sua vida instrumentalizada, ao passo que cada um é responsável por sua própria vida, seus valores e objetivos. Isto significa que as decisões concernentes à vida de uma pessoa não podem ser impostas a ela por uma vontade exterior, ao mesmo que as consequências do que for decidido por ela não podem ser assumidas por outrem (BARROSO, 2010).

A dignidade, a partir da ideia de autonomia soberana da vontade, transforma o homem em um fim em si mesmo, e não em meio para a obtenção de fins alheios. Com a autonomia da vontade e, por conseguinte, com a dignidade, o ser humano é elevado a árbitro do seu próprio destino, “capitão da sua própria alma”, buscando sua felicidade sem interferências injustificadas de terceiros. Todos são livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito (e não como simples objetos de direito).

É importante enfatizar que a disposição da vida e do corpo na época do Direito Romano era tratada como *ius in se ipsum*, ou seja, a pessoa tem direito subjetivo e, portanto, autonomia sobre seu corpo (CAPELO DE SOUSA, 1995).

John Stuart Mill sobre a liberdade e o corpo defendia que:

O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que

diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano (MILL, 1991).

Exemplo claro desta disposição, do exercício da autonomia sobre o corpo e sobre a vida, fundado na liberdade credo, encontra-se em tema de bioética, como o da transfusão de sangue em testemunha de Jeová (VIEIRA, 2010).

Há respeito à autonomia da vontade do paciente pelo médico, devendo informar sobre seu diagnóstico e formas de tratamentos possíveis e viáveis. Com os esclarecimentos dados, cabe ao paciente consentir ou não (GOZZO; LIGIERA, 2012).

O segundo aspecto da autonomia do suicida é negocial, especificamente sob o reconhecimento das declarações escritas por ele deixadas nos momentos próximos à prática do autocídio, e seu reconhecimento como testamento particular.

No negócio jurídico, a produção de consequências no mundo do Direito está condicionada à deliberação volitiva do homem. Assim, a constituição, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica decorrerá de um ato de vontade, mais especificamente de uma declaração expressa de vontade, com vistas a atingir um objetivo previsto e tutelado pelo ordenamento jurídico (REALE, 2002).

Utilizando ensinamentos do Professor Junqueira de Azevedo, Pablo Stolze define o negócio jurídico de acordo com a teoria da vontade como sendo “a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente”. Assim, o negócio jurídico seria a manifestação da vontade humana com o objetivo de transformar a esfera jurídica dos agentes envolvidos, vontade esta que precisa estar de acordo com o ordenamento jurídico vigente (GAGLIANO, 2012).

No tocante ao testamento, a limitação da autonomia privada pelo formalismo, de requisitos legais, que restringem a livre atuação do agente que se utiliza desse negócio jurídico para dispor de seus bens para após sua morte. Tantas exigências e a necessidade de estrita observância destas demonstra uma intervenção demasiada do Estado em um negócio jurídico de caráter eminentemente privado, que repercute exclusivamente na esfera jurídica dos agentes que dele participam.

A legítima, que consiste na obrigação de reservar uma parcela do patrimônio para os herdeiros necessários é um claro exemplo da restrição do exercício da autonomia privada do testador pela legislação. Nos termos do artigo 1.846 do Código Civil, a metade dos bens que constituem a herança pertence, de pleno direito, aos herdeiros determinados pela lei, sendo vedado ao testador dispor dessa parcela de seu patrimônio de maneira diferente, exceto quando não houverem herdeiros necessários, hipótese em que haverá plena liberdade de disposição de bens por meio do testamento. Mesmo que o fundamento da legítima seja “a proteção patrimonial de pessoas vinculadas ao titular do patrimônio”, trata-se de uma clara “intervenção indevida e ilegítima do Estado em uma relação privada”, pois obriga uma transmissão de patrimônio fundada apenas na relação familiar do testador para com seus herdeiros (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Trata-se, como no caso da legítima, de uma restrição clara ao direito de propriedade, visto que o Estado se colocou acima da vontade do testador, decidindo qual será o destino de parte de seu patrimônio após a morte. Ainda que a outra metade dos bens seja passível de livre disposição mediante testamento, o titular dos bens já não mais poderá deliberar de forma autônoma sobre quem passará a ter a propriedade de seu patrimônio, visto que o Estado escolheu, em nome do testador, que apenas uma parcela de bens estará disponível para livre disposição testamentária.

Ao limitar o âmbito do exercício da autonomia privada na realização do testamento, o Estado está exercendo controle sobre os bens dos particulares, caracterizando um embaraço ao direito fundamental de propriedade previsto no artigo 5º, XXII da Constituição Federal, haja vista o impedimento à total livre disposição dos bens do testador.

Uma vez sendo a autonomia privada o fundamento essencial não apenas da sucessão testamentária, mas de todos os negócios jurídicos, e decorrendo o direito sucessório do direito constitucional de propriedade, compreende-se que a regra geral é a plena liberdade de testamento, “reconhecendo ao titular a livre disposição de seus bens”. Eventual interpretação de índole restritiva à livre disposição poderia depreciar a propriedade privada, ao eliminar um de seus aspectos elementares.

Todavia, não há dúvidas de que a vontade expressa por meio da autonomia privada não pode ser ilimitada, sendo necessário realizar uma leitura deste princípio “à luz da proteção dedicada à pessoa humana e aos seus valores essenciais e as fundamentais instâncias de sua promoção e desenvolvimento”, podendo a autonomia individual ser mitigada em fazer

do princípio da dignidade da pessoa humana e/ou da proteção de interesses de âmbito social e coletivo.

Exigir, de forma taxativa, como requisito essencial à validade de um testamento a presença de um determinado número de testemunhas, uma determinada forma de elaboração para o testamento, definir quem pode ou não ser herdeiro testamentário, dentre outros requisitos que constam no Código Civil de 2002 demonstram que o que possui mais relevância para o ordenamento é a forma dos negócios jurídicos, e não o conteúdo dos mesmos.

Os impedimentos jurídicos que podem dificultar o exercício da autonomia da vontade são facilmente observados no caso do testamento feito por quem vem a cometer suicídio, seja ele feito mediante a escolha de uma das três modalidades testamentárias, seja ele feito mediante a adoção de outra forma, como por exemplo, a carta suicida. Muitas pessoas que se suicidam utilizam-se de cartas destinadas a parentes e amigos, algumas delas contendo cláusulas de disposição de vontade acerca do patrimônio do suicida.

3 CARTA SUICIDA COMO TESTAMENTO VÁLIDO E EFICAZ NOS TERMOS DO ART. 1.879 DO CÓDIGO CIVIL

Caso a carta suicida possua cláusulas envolvendo disposições patrimoniais sobre bens do suicida, resta estabelecer se ela pode ser admitida pelo Direito brasileiro, como testamento particular. Não há, na legislação civil vigente, dispositivo legal que trate do testamento feito no momento do ato suicida.

A inexistência de regime jurídico disciplinador induz que o tema, em tese, seja assumido pelo Poder Judiciário, confirmando ou negando a validade das disposições testamentárias feitas na carta suicida. Todavia, quando se trata de testamento, os requisitos formais exigidos tolhem o juiz na análise do caso, inviabilizando, a priori, a validação da carta suicida.

Uma alternativa para solucionar o caso da validade e eficácia de disposições de última vontade relativas a bens patrimoniais e extrapatrimoniais contidos em uma carta suicida é a sua adequação como testamento particular em circunstâncias excepcionais nos termos do artigo 1.879 do Código Civil:

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Logo, se integrarmos hermeneuticamente os artigos 1857 a 1860 do Código Civil com o artigo 1879 da mesma norma, a hipótese de reconhecimento da carta suicida como testamento se mostra possível, pois apresentaria todas as exigências de validação do testamento, ou seja, pessoa capaz para dispor dos seus bens no limite da lei, bastando apenas que ele esteja em perfeito juízo; pessoa com aptidão para receber a herança; a declaração de vontade do testador na forma exigida pela lei; e amparo das excepcionalidades referentes ao testamento de próprio punho.

Essa modalidade prevista no artigo 1879 do Código Civil não era reconhecida na carta normativa civil de 1916, e foi apresentada pelo senador Josaphat Marinho durante a tramitação do Código de 2002. Segundo o senador, “O caráter formal do testamento não pode dispensar exigências legais senão em circunstâncias excepcionais, declaradas pelo próprio testador, e apuráveis por outros meios” (VELOSO, 2003).

Também chamado de “testamento de emergência”, trata-se de uma “forma simplificada do testamento particular”, que poderá ser utilizada pelo testador que se encontrar em uma “situação inusitada” e “em risco de perder a vida” em que seja difícil ou até mesmo impossível a presença das testemunhas ou do emprego dos testamentos público, cerrado ou particular ordinário (DINIZ, 2008).

O legislador não trouxe qual ou quais seriam as situações excepcionais que permitiriam a adoção da forma testamentária em análise, apenas exigindo que o testador descreva, no escrito, qual a circunstância em que se encontra e que o impediu de se utilizar das modalidades ordinárias.

A ausência de previsão legal acerca do que poderia caracterizar uma circunstância excepcional é o que permite o enquadramento da carta suicida nessa modalidade testamentária, visto que a carta suicida é redigida quando o indivíduo está na iminência de tirar sua própria vida.

O fato de a carta ou bilhete ser escrito antes da consumação do suicídio já é suficiente para que reste comprovada a situação extraordinária, sendo ela “a proximidade da morte do disponente e a impossibilidade de ele recorrer às formas ordinárias” (VENOSA, 2006).

O fundamento do dispositivo em análise reside na importância de se dar cumprimento à derradeira vontade da pessoa, que, acossada pela excepcionalidade de determinadas condições circunstanciais, não teria

como observar todos os requisitos para a confecção de testamento cercado das garantias contidas na lei (MATIELLO 2003).

Verifica-se a circunstância excepcional na carta suicida justamente no fato de sua escrita preceder o ato do suicídio. Estar na iminência de tirar a própria vida é uma ocasião que impede o sujeito de reunir os requisitos necessários para fazer um testamento particular, público ou cerrado. Não é possível exigir que o sujeito, momentos antes de tirar a sua própria vida, reúna pessoas para servirem de testemunhas para um negócio jurídico. A antecipação da morte, embora seja um risco criado pelo próprio indivíduo, ainda sim a situação em que ele se encontra representa um risco de morte e um contexto fora da normalidade.

Considerando, também, o aspecto formal as cartas são escritas de próprio punho pelos suicidas, podendo ou não estar assinado pelo testador. Em caso de ausência de assinatura ou dúvida sobre a autenticidade, o saneamento aconteceria por averiguação mediante perícia grafotécnica.

Sobre o perfeito juízo, é claro que não se espera em situações ordinárias que uma pessoa cometa suicídio, entretanto isso não pode gerar a presunção que de incapacidade, mesmo momentânea.

Um dos principais obstáculos ao reconhecimento da carta suicida como testamento válido e eficaz é a ausência de lucidez ou discernimento do indivíduo, em decorrência da gravidade do ato de extinguir a própria existência.

É comum associar o suicídio a anormalidades, distúrbios ou doenças de caráter mental ou psicológico. É possível encontrar entendimento de que “a pessoa que se mata, ou intenta, seriamente, fazê-lo, é anormal psíquica; anormal, ou temporariamente anormalizada. Que indivíduo normal, do ponto de vista psíquico, jamais se mata, nem tenta matar-se” (TEIXEIRA, 1958).

De acordo com o senso comum, o suicida é um alienado. Se não já o era, tornou-se no momento da idealização da ideia suicida. Essa rotulação conferida a toda e qualquer pessoa que comete ou pense em cometer o suicídio é, inclusive, um dos fatores responsáveis pelo preconceito acerca do assunto, e corrobora para que as pessoas se sintam inibidas de procurar ajuda profissional. A decisão de dar fim à própria vida seria fruto de uma alteração ou patologia mental que afetaria o discernimento do indivíduo e, conseqüentemente, sua capacidade para a prática de atos e negócios jurídicos.

Esses juízos parecem estar amparados menos na ciência e mais em costumes religiosos. O Direito deve ter compromisso com a razão (espaço público), a tutela da vontade (considerando os direitos de

privacidade e intimidade), a isonomia (pluralidade) e a segurança jurídica, preceitos seculares de uma República. Logo, o fato de uma pessoa decidir por tirar sua própria vida, não desqualifica o exercício de sua autonomia, dispondo livremente de seus bens. Portanto, a vontade manifestada em escrito simples, não pode ser menosprezada, apenas pela inobservância de requisitos formais.

É importante enfatizar que a capacidade é uma aptidão que se origina da personalidade do indivíduo e da sua própria ideia/compreensão de pessoa. Ambas se completam, visto que não faz sentido que alguém possua um direito sem que o possa exercê-lo. A capacidade pode ser de direito, correspondente a própria qualidade de pessoa do sujeito, ou de fato, referindo-se esta à “aptidão de exercer por si os atos da vida civil” (DINIZ, 2013). A capacidade de direito de uma pessoa natural não lhe pode ser denegada, “sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade”. Já a capacidade de fato, embora seja presumida, pode ser recusada, porém “somente por exceção, e expressamente decorrente de lei” (PEREIRA, 2014).

Recorrendo à tradição “liberal” do século XIX, o Código Civil de 2002, inicialmente reconheceu que a capacidade de direito decorre com o surgimento da pessoa (nascimento com vida/ art. 1º e 2º do Código Civil). Todavia, algumas pessoas, por determinadas razões, poderiam não possuir a capacidade de fato, estando impedida ou limitada em realizar atos da vida civil. Assim, estabeleceu nos artigos 3º e 4º do Código Civil dois grupos de sujeitos; um rol de pessoas impedidas de realizar atos e negócios jurídicos e de constituir, modificar e extinguir situações e relações jurídicas (absolutamente incapazes); outro rol que estariam limitados e seus atos deveriam ser assistidos por terceiros, para que existisse validade (relativamente incapazes).

A incapacidade, portanto, depende da característica que impede ou restringe o indivíduo de manifestar livremente sua vontade, de discernir sobre os objetivos e as consequências de tal manifestação e, conseqüentemente, de exercer determinados direitos (DINIZ, 2013).

O Código Civil de 2002, inicialmente, considerava como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Os relativamente incapazes eram os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em

tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Ao definir as hipóteses de incapacidade absoluta, o Código buscou abranger os casos em que se faltasse o necessário discernimento para os atos da vida civil, referindo-se aos casos de insanidade mental, permanente e duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas. No tocante à incapacidade relativa, o legislador estabeleceu uma gradação necessária para a debilidade mental, ao determinar que aqueles que tivesse o discernimento reduzido em razão de alguma deficiência mental seriam considerados relativamente incapazes (GOMES, 2010).

Logo, aquele que possuía qualquer tipo de enfermidade, deficiência ou alteração mental não teria, segundo a lei, o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, podendo ser considerado relativamente ou absolutamente incapaz de acordo com a dimensão da enfermidade, deficiência ou alteração. Eventual ato ou negócio jurídico praticado pelo relativamente incapaz poderia ter sua anulabilidade decretada, ao passo que, se praticado pelo absolutamente incapaz, seria declarado nulo de pleno direito.

Com a promulgação da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) ou “Estatuto da Pessoa com Deficiência” alterou a noção de incapacidade do Código Civil, trazendo uma nova teoria das incapacidades.

Tal inovação legislativa ocasionou a revogação dos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil que disciplinam as hipóteses de incapacidade absoluta, passando a considerar absolutamente incapaz apenas os menores de dezesseis anos, e alterou o artigo 4º, determinando que serão relativamente incapazes as pessoas com idade igual e superior a dezesseis e menor de dezoito anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, aqueles que não puderem exprimir sua vontade em razão de causa transitória ou permanente, e os pródigos.

Em outras palavras, com a vigência da LBI, “a deficiência física, mental ou intelectual não é, somente por si, motivo determinante da incapacidade jurídica de uma pessoa”. O conceito de incapacidade foi desatrelado do conceito de pessoa com deficiência, não mais sendo imposta a pessoa a condição de incapaz apenas pelo fato desta possuir alguma deficiência.

Deixa, assim, de existir uma relação determinante entre a deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil. Houve também uma objetificação das hipóteses de incapacidade

relativa, tendo o legislador afastado qualquer possibilidade de indagação acerca do estado mental do indivíduo (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016).

Não é exagero afirmar que ocorreu uma verdadeira revolução no conceito de incapacidade para o Direito Civil, com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana. Retirou-se o rótulo de incapaz da pessoa com deficiência, passando esta a ser considerada possuidora de capacidade legal, com base em uma “perspectiva constitucional isonômica”.

O legislador não descartou a adoção de institutos como a curatela, apenas restringindo sua utilização, que se dará em caráter excepcional. Ademais, instituiu a tomada de decisão apoiada, um método de auxílio em que a pessoa com deficiência “elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil” (GAGLIANO, 2015).

Entretanto, o requisito objetivo do pleno discernimento, do livre exercício do direito de dispor do patrimônio, do exigido pelo artigo 1.860 do Código Civil, como condição de validação. O “simples fato de se ter uma deficiência (física, psíquica ou intelectual) não é fator impeditivo ao exercício do direito de elaborar um testamento”, mas a ausência de discernimento, ainda que não esteja relacionada a uma incapacidade jurídica, configura a ausência de um requisito específico para que se faça presente a capacidade testamentária ativa (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016).

Ainda que a pessoa não seja mais considerada incapaz em razão de alguma deficiência, a ausência de discernimento no momento da feitura do testamento acarretará na invalidação do negócio jurídico. Dentro desta linha lógica, é possível que a pessoa com deficiência possua pleno discernimento, ao passo que também há a possibilidade de que alguém sem deficiência não detenha tal aptidão, como no caso do menor de dezesseis anos. Nessa perspectiva, a modificação do conceito de capacidade no Código Civil, trazida pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, permite ao suicida, por analogia, o reconhecimento não apenas da sua capacidade civil de fato, como também da sua capacidade testamentária ativa, pois, como já tratado anteriormente, o suicídio não fruto de insanidade, e o suicida necessariamente não perde seu discernimento de realidade, sua lucidez.

O pleno discernimento requisitado pela legislação civil contemporânea se refere à possibilidade de dispor de seu patrimônio de maneira livre e consciente. Assim, o discernimento exigido ao testador se refere à compreensão em torno do que significa o negócio jurídico, que bem

como dos efeitos que virão a ser produzidos tanto na esfera patrimonial do testador quanto na esfera daqueles que serão contemplados no testamento (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Assim sendo, não se pode presumir que o suicida possui alguma deficiência mental ou psíquica e, ainda que possua, isto não é mais fundamento para o não reconhecimento de eventual negócio jurídico praticado, tendo em vista a nova concepção de incapacidade de fato incorporada pelo Código Civil, após a promulgação da LBI.

A presença de deficiência mental ou psíquica não pode impedir o reconhecimento do testamento excepcional redigido na carta suicida, visto que a existência de deficiência mental ou psíquica não configura ausência de entendimento capaz de impedir a realização de negócios ou atos jurídicos. Ainda que se configure alteração no estado mental do suicida, conquanto este possua a percepção necessária para entender a relevância do testamento, bem como aptidão para dispor de seus bens de forma livre e consciente, resta configurado o requisito objetivo do livre discernimento necessário para o reconhecimento da capacidade testamentária ativa.

Não reconhecer a faculdade do suicida em dispor livremente de seus bens mediante testamento tendo como argumento a ausência de lucidez ou sanidade mental, em razão da decisão de dar fim à própria vida, representa um retorno ao velho conceito de incapacidade jurídica de fato, já revogado.

Enfatizando a dissociação entre a falta de lucidez e a disposição da vida, em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em face da Apelação 70054988266 (RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013), concluiu-se pela possibilidade de realização de ortotanásia em idoso que se encontrava em processo de necrose do pé esquerdo e se negava a se submeter a procedimento cirúrgico de amputação do membro. Tal cirurgia seria necessária em razão do risco de infecção generalizada, o que poderia causar a morte do idoso. Após a análise das provas apresentadas, em especial de laudo psicológico que atestou a lucidez do paciente em face do desejo de não proceder à cirurgia, os desembargadores entenderam não ser possível a submissão obrigatória de uma pessoa a cirurgia ou tratamento médico, visto que “a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida”.

Uma vez comprovada a vontade livre, consciente e manifesta do idoso de não mais receber nenhum tipo de tratamento médico, entendendo o relator que “em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto”, não havendo “obrigação constitucional de viver”. Sendo assim, seria possível

que o paciente se utilize de testamento vital, adotando o procedimento de ortotanásia se abstendo da cirurgia de amputação, não sendo facultado ao Estado “invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida”. Em relação ao procedimento, considerou-se também o trauma e o sofrimento que amputação poderia causar ao idoso. Firmou-se o entendimento de que se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, “morrer para aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida (RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Evidentemente, não se trata, na hipótese do caso ora apresentado, de admitir a existência de um direito ao suicídio, mas de reconhecer que a opção de desistir da própria vida nem sempre é um ato impensado, podendo ser fruto de uma reflexão consciente, que não deve sofrer a interferência do Estado, ainda que a vida seja um direito fundamental.

Uma vez admitida a possibilidade de que uma pessoa se manifeste livremente e de maneira lúcida por dar fim à sua vida, aliando-se tal entendimento à nova teoria das incapacidades advinda da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, cai por terra a ideia de que o suicida não poderia ter seu testamento validado em razão da ausência de discernimento.

Ademais, considerar, de plano, a inexistência de capacidade testamentária ativa do suicida tendo por fundamento seu estado mental ou psicológico, bem como não reconhecer a carta suicida como o testamento excepcional do artigo 1.879 do Código Civil, abre margem, inclusive, para a possibilidade de revogação de reconhecimento de filho feito em carta suicida, o que é vedado nos termos do artigo 1.609, III do Código Civil, haja vista a irrevogabilidade da medida, que só pode ser anulada “na hipótese de não terem sido observadas as formalidades legais ou se contiver na sua forma, qualquer um dos defeitos dos atos jurídicos” (ALTIERI, 2006).

No que se refere a apreciação da validade do documento, a carta suicida, como forma de testamento excepcional, está condicionada à confirmação pelo juiz natural. Recai, assim, sobre o magistrado, a incumbência de decidir acerca do seu reconhecimento.

A necessidade de confirmação judicial garante proteção e segurança jurídica tanto à vontade do *de cuius* e ao seu patrimônio quanto ao direito de herança de eventuais herdeiros necessários. O juiz poderá

solicitar perícias, ouvir testemunhas, dentre outros atos admitidos em lei para formar seu conhecimento. Assim, ainda existem meios judiciais para verificar se há algum vício de vontade nas disposições contidas na carta suicida ou outros defeitos que impliquem a invalidação do testamento.

Ao se realizar uma busca na jurisprudência nacional sobre a possibilidade de confirmação de disposição de última vontade contida em carta suicida, inicialmente, se percebeu uma resistência sobre o reconhecimento da carta suicida.

Na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2057975-92.2013.8.26.0000 (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015), considerou-se como prova válida disposição de caráter patrimonial feita em carta suicida feita momentos antes da morte do *de cujus*. O *de cujus* deixou uma carta suicida, onde afirma que determinado apartamento pertence exclusivamente à viúva, haja vista ter sido comprado com recursos desta, oriundos de uma herança recebida quando da morte de seu primeiro marido. Nos termos da carta, “o apartamento da Cidade Jardim foi comprado pela Márcia (eu só assinei porque somos casados) com recursos da venda da casa que era dela, portanto, é só dela”. Ademais, na escritura de compra e venda do apartamento consta uma declaração expressa do *de cujus* confirmando que o apartamento fora adquirido pela viúva “exclusivamente com recursos próprios dela”. Ainda que uma parcela do preço do apartamento fora paga pelo *de cujus* diretamente à vendedora do imóvel, as declarações de vontade feitas pelo *de cujus* na escritura lavrada em cartório não foram contestadas pelos herdeiros em razão de vício de vontade, em razão da autenticidade da declaração feita na presença de Tabelião. Contudo, os herdeiros impugnaram a declaração feita pelo *de cujus* em sua carta suicida, “por não reunir a formalidade mínima para ser considerada um testamento particular” (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

No tocante a esse aspecto, o Tribunal reconheceu a validade da manifestação de vontade feita na carta suicida do *de cujus*, adequando a carta ao testamento particular em circunstâncias excepcionais, haja vista ter sido escrita momentos antes do suicídio do *de cujus*: “No entanto, tal carta apesar de ter sido escrita em circunstâncias excepcionais, justamente por ser anterior ao ato do suicídio, pode ser considerada “disposição de uma vontade” a critério do Juiz, nos termos do artigo 1.879 do Código Civil”. Ainda que tenha sido escrita momentos antes do suicídio do *de cujus*, como não se evidenciou “abalo no discernimento de seu signatário”

de acordo com o relatado pelas partes, e o escrito na carta ratificou disposição patrimonial feita perante Tabelião, o tribunal considerou válida a disposição de vontade feita na carta suicida deixada pelo *de cuius* (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

CONCLUSÃO

Por este artigo pretendeu-se examinar a possibilidade de recepção de uma carta suicida como testamento particular válido e eficaz, nos termos da legislação civil vigente.

Há um entendimento equivocado de impossibilidade do suicida em utilizar das modalidades testamentárias ordinárias com a devida obediência aos requisitos legais, haja vista a circunstância de iminência da própria morte.

A escassez do debate sobre o suicídio, um tabu, repercute no meio jurídico, não existindo, e pesquisa extensiva e intensiva no meio jurídico sobre o suicídio e autonomia da vontade. Ainda um entendimento costumeiro, pouco científico, que aquele que tira a sua própria vida não é suficiente lúcido e, portanto, capaz de discernir, sendo o principal argumento para o não reconhecimento da validade e eficácia dos atos da vida civil praticados pelo suicida.

Refutando o argumento tradicional, de cunho inclusive religioso, o artigo foi fundado no conceito estabelecido por Durkheim de que o suicídio pode ser praticado por alguém no gozo de suas faculdades mentais, de forma consciente. Logo, é possível reconhecer os atos ou negócios jurídicos praticados pelo suicida, dentre eles o testamento.

O argumento da ausência de lucidez ou discernimento, bem como da presença de alguma deficiência ou transtorno mental implicaria na ausência de capacidade jurídica do suicida restou superado, em virtude do advento do conceito contemporâneo de (in)capacidade proveniente da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

Tendo em vista que a presença de deficiência física, mental ou psíquica não mais impede a presença do elemento da capacidade jurídica do agente, o testamento feito pelo suicida possuiria validade perante o mundo jurídico, não havendo que se falar em ausência de discernimento, requisito específico para que se configure a capacidade testamentária ativa. De fato, a capacidade testamentária ativa pode ser verificada.

Quanto a isto, observou-se que embora o testamento seja um dos negócios jurídicos em que os requisitos formais existem para proteger a vontade do testador, estes não podem ser responsáveis por embaraçar o exercício da autonomia privada do indivíduo quando da manifestação de última vontade. A forma não pode se sobrepor à vontade do indivíduo. Considerando a conjuntura extraordinária em que o suicida está inserido, não é possível exigir a obediência a tantos requisitos formais, sob pena de desconsiderar sua vontade manifestada.

O instituto do testamento particular em condições excepcionais se mostrou adequado para solucionar o problema da última disposição de vontade contida na carta suicida, pois as circunstâncias que permeiam a situação fatal se enquadram nos requisitos legais exigidos no testamento excepcional. Sendo a carta suicida escrita momentos antes da consumação do suicídio, não há como o indivíduo se utilizar das outras formas testamentárias previstas na legislação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

ALTIERI, Juliana Fernandes. *Reconhecimento voluntário de filhos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1511>. Acesso em 19.05.17.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. PANÓPTICA – Direito, Sociedade e Cultura, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 69-104, out. 2010. ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/271>>. Acesso em: 15.03.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de instrumento: 20579759220138260000 SP 2057975-92.2013.8.26.0000, Relator: João Carlos Saletti, Data de Julgamento: 28.04.2015, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05.05.2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. – Apelação Cível: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054988266%26num_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+70054988266++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris> Acesso em: 19.05.2017.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995

CARNEIRO, Anna Bárbara de Freitas. Suicídio, religião e cultura: reflexões a partir da obra “Sunset Limited. *Reverso*, Belo Horizonte , v. 35, n. 65, p. 15-23, jul. 2013 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-73952013000100002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 fev. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol.6.

DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume 1: parte geral*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol.7.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*.. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KRUG, Etienne G. et al., eds. *World report on violence and health*. Geneva, World Health Organization, 2002. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf>. Acesso em: 24.03.17.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código civil comentado*. São Paulo: LTr, 2003.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991

MIRANDA, Pontes De. *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 1.

RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATERSCHI, Yara. *Manual de filosofia política: para os cursos de teoria do Estado, e ciência política, filosofia e ciências sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade*. In: Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

TEIXEIRA, Napoleão L. *Alguns Aspectos Psiquiátrico-Legais Do Suicídio*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 6. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/6636/4752>>. Acesso em: 15.11.16.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões*. V. 21 (arts. 1.857 a 2.027). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção direito civil; v. 7).

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro. *A barbárie em nome de Deus: obscurantismo e intolerância religiosa no Oriente Médio como a antítese do Islã*. CADERNOS DE CAMPO (UNESP), v. 1, p. 117, 2015

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro. *Considerações jusnaturalistas sobre a transfusão de sangue em testemunhas de Jeová*. In. Revista Processus, n. 1, ed. 1, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Preventing suicide: A global imperative*. Genebra, 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/131056/8/9789241564878_eng.pdf?ua=1&ua=1> Acesso em: 25.03.2017. (Tradução livre)

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ASPECTOS A PARTIR DE DECISÕES JUDICIAIS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DECISION-MAKING SUPPORT: ASPECTS FROM JUDICIAL DECISIONS

AND PUBLIC MINISTRY ACTION

Valmôr Scott Júnior *

Raquel Faria Pimentel **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contextualização legal sobre a pessoa com deficiência: base para a Tomada de Decisão Apoiada. 1.1 Panorama Internacional. 1.2 Panorama Nacional. 2 Tomada de Decisão Apoiada. 2.1 A curatela: algumas considerações. 2.2 Tomada de Decisão Apoiada: novo instituto. 3 Atuação do Ministério Público. 4. Análise dos resultados 4.1. Jurisprudências do Tribunal de Justiça do RS – TJ/RS 4.2 Cartilhas do CNMP. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, criado pela Lei Brasileira de Inclusão - LBI, em 2015, por meio do que dispõe decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS sobre o novo instituto, bem como a atuação do Ministério Público - MP diante desta Lei de proteção às pessoas com deficiência. Para tanto, na Metodologia, será realizada a análise documental em decisões do TJ-RS, posteriores ao início da vigência da LBI e de Cartilhas do CNMP que versem sobre a Tomada de Decisão Apoiada para verificar como, em âmbito jurídico, é compreendido este novo instituto trazido pela LBI. A Tomada de Decisão Apoiada surge com o objetivo de proteger a pessoa com deficiência diante da sociedade excludente e discriminatória. Contudo, por ser um instituto novo e regulado apenas por um artigo com onze parágrafos, ainda há discussão sobre sua aplicação prática e interpretação, bem como de que modo resguarda a dignidade da pessoa com deficiência e alcança o objetivo de assegurar as relações jurídicas da pessoa com deficiência sem retirar seu direito de exprimir sua vontade de forma autônoma. Diante disso, é preciso contextualizar a Tomada de Decisão Apoiada e analisar como o TJ/RS tem decidido as questões que envolvem o novo instituto e, verificar a atuação e posicionamento do MP, órgão apto a defesa dos direitos das minorias e fiscalização da lei.

Palavras-chave: Lei Brasileira de Inclusão. Tomada de decisão apoiada. Ministério Público.

ABSTRACT: *The present study seeks to analyze the institute of Supported Decision Making, created by the Brazilian Inclusion Law - LBI, in 2015, through which judicial decisions of the Court of Justice of Rio Grande do Sul - TJ / RS on the new institute, as well as the performance of the Public Ministry - MP before this Law on the protection of people with disabilities. Therefore, in the Methodology, documentary analysis will be performed in decisions of the TJ-RS, subsequent to the beginning of the validity of the LBI and of the CNMP Booklets that deal with the Supported Decision Making to verify how, in juridical terms, this new institute brought*

*Professor de Direito - UFPel/RS e professor do Mestrado em Direito - PPGD/UFPel, na LP2: direito e vulnerabilidade. Atua em pesquisas sobre Direito, Educação e Minorias.

**Acadêmica do curso de graduação em Direito – UFPel/RS.

Artigo recebido em 09/10/2018 e aceito em 15/01/2019.

Como citar: SCOTT JÚNIOR, Valmôr; PIMENTEL, Raquel Faria. Tomada de decisão apoiada: aspectos a partir de decisões judiciais e atuação do Ministério público. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.409, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

by LBI. Supported Decision Making arises with the objective of protecting the disabled person from exclusionary and discriminatory society. However, since it is a new institute governed only by an article with eleven paragraphs, there is still a discussion about its practical application and interpretation, as well as how it safeguards the dignity of the disabled person and achieves the objective of ensuring the legal relations of the person with disabilities without withdrawing their right to express their will autonomously. In view of this, it is necessary to contextualize the Supported Decision Making and analyze how the TJ / RS has decided the issues that involve the new institute and verify the performance and positioning of the MP, a body capable of defending minority rights and oversight of the law.

Keywords: *Brazilian Inclusion Law. Decision-making supported. Public Ministry.*

INTRODUÇÃO

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI), ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrou em vigência em 2015, consagrando os termos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) de 2006, a qual possui *status* de emenda constitucional em nosso ordenamento jurídico. Entre as inovações trazidas por esta Lei está o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que veio dividir espaço com a curatela.

A Tomada de Decisão Apoiada é um instituto criado com base em previsão expressa da CDPD e visa promover e assegurar a efetivação da autonomia da pessoa com deficiência no exercício de seus direitos. A regra geral é de que a pessoa com deficiência é plenamente capaz para todos os atos da vida civil, podendo ser consideradas relativamente incapazes, apenas na hipótese de não conseguirem exprimir sua vontade. E somente os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes.

Dessa forma, se faz mister compreender que a Tomada de Decisão Apoiada é resultado de um processo evolutivo histórico e legal dos direitos da pessoa com deficiência, em âmbito internacional e nacional. Ademais, em âmbito jurídico, surge a indagação de como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS tem aplicado e interpretado o novo instituto, bem como de que forma ocorre a atuação do Ministério Público - MP, uma vez que é o órgão responsável pela proteção dos direitos da coletividade e das minorias, inclusive as pessoas com deficiência.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa que busca apresentar a Tomada de Decisão Apoiada, o posicionamento do TJ/RS em decisões judiciais e, da atuação do MP. Assim, ela busca responder a seguinte questão de pesquisa: Como decisões judiciais do TJ/RS e o Ministério Público se manifestam sobre a Tomada de Decisão Apoiada?

Para tanto, foi necessário realizar uma contextualização histórica internacional e nacional, com os principais textos legais referentes à

temática e através de pesquisa bibliográfica, com a colaboração de autores como Piovesan (2013) no que toca aos direitos humanos e direito constitucional internacional; Assis e Pozzoli (2005), trazendo os direitos e garantias das pessoas com deficiência; e Aranha (2001) expondo a relação da sociedade com a pessoa com deficiência.

Nesse ínterim, surgiram reflexões a respeito do papel da Lei Brasileira de Inclusão - LBI, lei ordinária mais recente sobre a defesa de direitos destes sujeitos, que possuem relação direta com a dignidade da pessoa humana, em especial no que concerne à capacidade civil e a Tomada de Decisão Apoiada, que geraram grandes discussões jurídicas quanto à segurança das relações patrimoniais. Assim sendo, contribuíram autores como Rosenvald (2015), que apresenta os primeiros estudos acerca da Tomada de Decisão Apoiada, tendo em vista ser um instituto recente; Lobo (2017) contribui no que toca ao Direito Civil e em especial o Direito de Famílias, compreendendo os conceitos básicos acerca da curatela e suas recentes modificações; e Farias, Cunha e Pinto (2017) em seus comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Na busca de informações, o estudo foi direcionado a uma análise documental em decisões judiciais do TJ/RS posteriores a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo como recorte temporal, o início da vigência do Estatuto até o primeiro semestre de 2018, período estipulado para finalizar a busca de decisões judiciais e iniciar a finalização da escrita do TCC. A pesquisa pelas decisões judiciais foi realizada no site oficial do TJ/RS, tendo como o indicador: Tomada de Decisão Apoiada.

Ademais, ante a grande importância social que o MP, indagou-se acerca da atuação do Parquet na defesa dos direitos das pessoas com deficiência e na aplicação do novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

A partir destas escolhas, há material suficiente para contextualizar a Tomada de Decisão Apoiada, como instituto recente que visa garantir a dignidade da pessoa humana e autonomia da pessoa com deficiência, a partir de decisões judiciais e da atuação do MP.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: BASE PARA A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O contexto histórico das pessoas com deficiência é marcado por estigmas, manifestações de preconceito e inúmeras incompreensões que perduram até a atualidade. Muitas deficiências ainda não possuem causas

definidas, consequências específicas, muito menos cura, além dos casos de pessoas com deficiências múltiplas.

Historicamente, as pessoas com deficiência passaram por quatro fases:

a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma ‘doença a ser curada’, sendo o foco centrado do indivíduo ‘portador da enfermidade’; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. (PIOVESAN, 2013, p. 283)

Essas fases podem ser observadas através de uma análise histórica acerca das pessoas com deficiência, o que passamos, por ora, a expor.

Inicialmente, na Grécia e em Roma, no berço da civilização ocidental, havia a política do extermínio, expressamente definida em lei, pela qual as pessoas com deficiência eram eliminadas ao nascer como forma de seleção por não serem consideradas saudáveis. O principal objetivo era a busca por uma sociedade ideal, sendo Platão o grande precursor de tal premissa ao defender:

(...) o corpo é apenas uma cópia e, como tal, imperfeito em relação ao modelo ideal. A imperfeição é, entretanto, graduada, de modo que a imagem ou cópia que se distancia demasiadamente do modelo (como é o caso dos “defeituosos”) deve ser eliminada para conservar o rebanho o mais próximo possível do modelo ideal (incorpóreo e invisível). (ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 65)

O povo hebreu, de modo semelhante, obstava a participação de qualquer pessoa com deficiência física ou sensorial nos serviços religiosos, uma vez que acreditava que a deficiência consistia em uma punição de Deus, um castigo (FONSECA, 1997, p. 136). No *Código de Manu*, dos Hindus, havia, inclusive, regras de exclusão da pessoa com

deficiência, sendo exemplo, o direito sucessório; muitas regras impunham a invisibilidade dessas pessoas (ASSIS; POZZOLI, 2005, p.67).

Já na Idade Média, surge a noção do assistencialismo com a ascensão do Cristianismo, na medida em que consagra a noção de identificação com o outro, visto que algumas pessoas têm deficiências físicas visíveis, outros têm deficiências espirituais, com as suas mazelas, frustrações e traumas (VARELA, 2017, p.27). Assim, observa-se que não há distinção entre pessoas com ou sem defeitos, todos têm imperfeições, sofrimentos e, assim, merecem e devem ser respeitados com observância de suas particularidades.

Posteriormente, na Idade Moderna, a ciência, inclusive a Medicina, despontam, passando-se a considerar as pessoas com deficiência não só como alguém a ser assistido em seus sofrimentos, mas sob o aspecto social e um ponto de vista científico que busca encontrar o fator natural responsável pela deficiência, com o fito de eliminá-la (ARANHA, 2005, p. 12-13).

A partir desse período é que a Medicina (re)inventa-se, passando da magia, da astrologia e da alquimia para os tratamentos médicos. Este período compreende o final do século XVIII e início do século XIX, quando surge o paradigma da institucionalização, que entendia como tratamento adequado às pessoas com deficiência a necessidade de retirá-las de suas comunidades e leva-las a instituições segregadas, onde ficavam esquecidas e sem assistência familiar ou médica, resultando em confinamento e exclusão (ARANHA, 2001, p. 167).

Somente no final do século XX emergem os debates quanto aos direitos humanos que questionam as internações, tanto no âmbito internacional, como será visto adiante, por meio de convenções internacionais que tratam sobre o assunto, quanto em âmbito nacional, principalmente, após a visibilidade do chamado “Holocausto Brasileiro”, no Hospital Psiquiátrico de Barbacena em Minas Gerais, que despertou a discussão no Brasil. Tudo isso, concomitantemente à ascensão do sistema capitalista que também criticava esse tipo de tratamento, porém sob o ponto de vista político e econômico. Uma vez que, manter essas instituições era de alto custo para o Estado, além da crescente necessidade de preparação das pessoas para o mercado de trabalho, portanto, sustentar tais instituições contribuía para a existência mão de obra descartada.

Assim, somente no fim do século XX e início do século XXI é que surgem mudanças no modelo de tratamento médico das pessoas com

deficiência, através da reforma psiquiátrica, bem como pelo tratamento social e familiar dessas pessoas.

2 PANORAMA INTERNACIONAL

Em âmbito internacional, o tema das pessoas com deficiência começa a ser debatido após a Primeira Guerra Mundial, uma vez que a humanidade se sensibilizou diante as consequências mundiais deste evento e, neste contexto, a Organização Internacional do Trabalho - OIT publicou, em 1921, uma recomendação aos países-membros de iniciativas legais para amparar os mutilados da guerra. Ademais, em 1925, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Recomendação n. 22, conhecida como o primeiro reconhecimento internacional das necessidades dos portadores de deficiência (ASSIS; POZZOLI, 2005, p.164).

Contudo, foi somente após a Segunda Guerra Mundial que o assunto tornou-se uma questão de Estado e de toda a sociedade. Nesse sentido, em 1944, a Conferência Internacional do Trabalho elabora a Recomendação n. 71 a qual:

sugere aos países-membros que criem condições de trabalho para os portadores de deficiência, independentemente da origem de sua deficiência, dispondo de amplas facilidades de orientação profissional especializada, formação profissional, reeducação funcional e profissional e colocação em emprego útil. (ASSIS; POZZOLI, 2005, p.164)

Para melhor compreensão da temática, cabe fazer um salto na linha do tempo, uma vez que o apogeu de tais disposições ocorreu em 1955, com a Resolução n. 99, que versava sobre adaptação e readaptação profissional de todas as pessoas com deficiências, independente da origem desta limitação e, ainda, especifica uma série de medidas para assegurar o desenvolvimento desse objetivo e estabelece que as autoridades governamentais devam ser responsáveis pela sua aplicação. Essa ampliação qualitativa e quantitativa dos direitos das pessoas com deficiência é reafirmada em 1983, na Convenção n. 159 da OIT. (ASSIS; POZZOLI, 2005, p.164)

Nesse ínterim, retornando a linha do tempo inicial, é imperativo considerar como marco importante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, enquanto resposta às barbaridades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial. Neste sentido:

O ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (PIOVESAN, 2009, p. 4)

A partir deste momento histórico, as discussões acerca da proteção do indivíduo, na condição de sujeito com dignidade, ganha espaço, por meio da negociação de diversos tratados internacionais a respeito. Nesta seara, convém destacar algumas convenções que estruturam as discussões acerca das pessoas com deficiência, sendo orientação à legislação nacional.

O apogeu de tais disposições ocorreu em 1955 com a Resolução n. 99 que versava sobre adaptação e readaptação profissional de todas as pessoas com deficiências, independente da origem desta limitação e, ainda, especifica uma série de medidas para assegurar o desenvolvimento desse objetivo e estabelece que as autoridades governamentais devam ser responsáveis pela sua aplicação.

Em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental foi o primeiro instrumento específico sobre as pessoas com deficiência, resguardando inúmeros direitos fundamentais e sociais, como é o caso do seu art. 7º, ao dispor sobre uma avaliação da capacidade social do deficiente por peritos qualificados no processo de interdição, merecendo destaque o termo: capacidade social, que anteriormente não era explorado.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, em 1975, por sua vez, conceitua pessoa com deficiência:

‘pessoa com deficiência’ é aplicável a qualquer pessoa que não possa por si só responder, total ou parcialmente à exigência da vida corrente, individual e/ou colectiva, por motivo de qualquer insuficiência, congénita ou adquirida, das suas capacidades físicas ou mentais. (grifo nosso) (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, Resolução nº 30/83)

Diante disto, observa-se que o conceito de pessoa com deficiência começa a ser explorado, porém, sem abandonar a segregação social e a possível incapacidade, tanto para gerir sua vida individual assim como a convivência social. Nesse aspecto, ocorre uma das mudanças importantes para o conceito contemporâneo de pessoa com deficiência. Enquanto o antigo conceito expurga a pessoa com deficiência do convívio social, o

novo conceito busca incluir a pessoa com deficiência nos espaços sociais, com respeito às suas diferenças.

Com esta compreensão, as Nações Unidas proclamam em 1981 o Ano das Pessoas Deficientes e, no ano seguinte, aprova o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, em dezembro de 1982. Mesma data em que a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência, sendo que entre 1983 a 1992, foi implementado o Programa de Ação Mundial.

Este Programa tinha como finalidade “promover medidas eficazes para a prevenção da deficiência e para a reabilitação e a realização dos objetivos de ‘igualdade’ e ‘participação plena’ das pessoas deficientes na vida social e no desenvolvimento”, além de introduzir a temática da necessidade de considerar a pessoa com deficiência na interação com o meio social, ao dispor:

Em virtude de deficiências mentais, físicas ou sensoriais, há no mundo mais de 500 milhões de pessoas deficientes, às quais se devem reconhecer os mesmos direitos e dar oportunidades iguais aos de todos os demais seres humanos. Muito freqüentemente, essas pessoas são obrigadas a viver em condições de desvantagem, devido a barreiras físicas e sociais existentes na sociedade, que impedem a sua participação plena. O resultado é que milhões de crianças e adultos, no mundo inteiro, vivem uma existência marcada pela segregação e pela degradação. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, Resolução 37/52)

Posteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Brasil no Decreto nº 99.7101, de 21 de novembro de 1990, traz em seu art. 23, garantias às crianças com deficiência.

(...) a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que **garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.** (*grifo nosso*) (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, Resolução nº 44/25)

Ainda, em 1990, a Declaração Mundial sobre Educação para Todos trata como categorias prioritárias do Plano de Ação para Satisfazer as Necessidades Básicas de Aprendizagem, os pobres e as pessoas com deficiência. Assim, esta Declaração estabelece como uma das metas dos países signatários, a expansão dos cuidados básicos e atividades de

desenvolvimento infantil, incluídas aí as intervenções da família e da comunidade, direcionadas especialmente às crianças pobres, desassistidas e portadoras de deficiências.

Além disso, o art. 3º da mesma Declaração trata sobre a universalização do acesso à educação e promoção da equidade, dispõe no item 5:

As necessidades básicas de aprendizagem das pessoas portadoras de deficiências requerem atenção especial. É preciso tomar medidas que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo. (UNESCO, 1990)

Em 1994, a Declaração de Salamanca reafirma o compromisso com a Educação para Todos ao apresentar princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais. Entre as mais importantes inovações trazidas por essa Convenção, a premissa de que a escola deve adaptar-se às particularidades dos alunos e não o inverso. Deste modo, consagra a ideia de que a sociedade deve adaptar-se de modo a incluir a pessoa com deficiência.

Já em 1999 é assinada a Convenção de Guatemala, ou Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pelo Brasil, em 2001, ao ratificar:

(...) que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos **direitos humanos e liberdades fundamentais** que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da **dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano.** (*grifo nosso*) (BRASIL, 2001)

Por fim, cabe mencionar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, promulgada pelo Brasil, em 25 de agosto de 2009, pelo Decreto nº 6.949, com o procedimento apresentado no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual concede *status* equivalente às emendas constitucionais. Posteriormente, originou a Lei nº 13.146/2015, popularmente conhecida como Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Essa Convenção representa a quarta fase do histórico das pessoas com deficiência, na medida em que, estes indivíduos passam a ser vistos como sujeitos de direitos e não como meros destinatários de políticas

assistencialistas. Portanto, é nesse contexto que se passa a enxergar o problema do Estado de eliminar os obstáculos da relação do indivíduo com o meio social. (PIOVESAN, 2013, p. 283)

Diante dessas convenções, é possível compreender as fases históricas pelas quais as pessoas com deficiência passaram, bem como a evolução dos conceitos e ideais que fizeram emergir a necessidade de inclusão do “diferente” em igualdade de condições. Desse modo, para melhor compreensão desse processo, a tabela abaixo sistematiza as convenções tratadas.

Documento	Ano	Temática
Declaração Universal dos Direitos Humanos	1948	Declara os Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de promover internacionalmente o respeito a esses direitos e liberdades.
Declaração dos Direitos do Deficiente Mental	1971	Constitui uma base e uma referência comum a todos os países para a proteção dos direitos do deficiente mental nela declarados.
Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes	1975	Proclama os direitos das pessoas com deficiência, visando ser uma base comum internacional de proteção desses direitos.
Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência	1982	Busca promover medidas eficazes para a prevenção da deficiência e para a reabilitação e a realização dos objetivos de "igualdade" e "participação plena" das pessoas deficientes na vida social e no desenvolvimento.
Convenção 159 da OIT	1983	Versa sobre a reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes
Convenção sobre os Direitos da Criança	1989	Trata dos direitos da criança visando a sua proteção, inclusive das crianças com deficiência.
Declaração Mundial sobre Educação para Todos	1990	Estabelece o Plano de Ação para Satisfazer as Necessidades Básicas de Aprendizagem, abordando como categorias prioritárias os pobres e as pessoas com deficiência.
Declaração de Salamanca	1994	Reafirma o compromisso com a Educação para Todos especialmente na área das necessidades educativas especiais.
Convenção de Guatemala	1999	Visa a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2006	Busca promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Fonte: elaboração do autor

À vista disso, nota-se que as pessoas com deficiência começaram a ser compreendidas, inicialmente, num contexto capitalista que procura maneiras de incluir essas pessoas no mercado de trabalho, não como forma

de conferir autonomia e independência, mas para não desperdiçar mão de obra. Contudo, o olhar para estas pessoas foi aprofundado, de forma que, tratar das pessoas com deficiência deixa de ser uma simples questão de inclusão no trabalho, pois, para além, era uma questão de inclusão pela educação e, principalmente, inclusão na sociedade.

E mais, passou-se a perceber que também não era somente uma questão de inclusão, mas de transformação da visão social sobre as pessoas com deficiência que, anteriormente, não eram consideradas sujeitos de direitos e deveres, sendo incapazes de possuir esse papel no meio social. Portanto, houve uma resignificação de conceitos que ainda provoca desconforto, de modo que, faz-se necessário estudar e debater o tema.

2.1 Panorama Nacional

O Brasil tem como marco histórico nacional, no que concerne aos direitos das pessoas com deficiência, o período conhecido como “holocausto brasileiro” que compreendeu os anos de 1930 a 1980. O protagonista deste episódio histórico foi o Hospital Psiquiátrico de Barbacena em Minas Gerais, equiparado a um campo de concentração, em razão das inúmeras violações aos direitos humanos.

Neste hospital não eram recebidas apenas pessoas diagnosticadas com alguma deficiência mental, mas todas as pessoas indesejadas pela sociedade, não adaptadas ao convívio social. Assim, o importante documentário de Helvécio Ratton intitulado: Em nome da razão, apresenta uma razão que excluía aqueles que não se enquadravam no contrato social; dentro do hospital preponderava a loucura e, do lado de fora, a razão.

O caso do Hospital Psiquiátrico de Barbacena ficou marcado na história devido ao expressivo número de pessoas que sofreram e morreram com as diversas incompreensíveis afrontas a dignidade humana. Contudo, não foi o único hospital psiquiátrico brasileiro com este histórico de tratamentos desumanos.

Outro famoso caso, que merece destaque, trata-se do Hospital Engenho de Dentro, no Rio de Janeiro - RJ que foi revolucionado pela psiquiatra Nise da Silveira, que começou a trabalhar ali a partir de 1944. Ela não se conformou com os tratamentos que a psiquiatria oferecia na época, como o choque elétrico, cardiazólico e insulínico, camisa de força e isolamento, em outras palavras, a cura pela violência. Como Nise se recusava a valer-se desses tratamentos, foi punida com a transferência para

o setor da Terapia Ocupacional e foi neste setor que ela pôde desenvolver seus próprios métodos de cura que consistia em pinturas, contato com a natureza, animais e música (VELOSO, 2016, s/n)¹.

Tal atitude da médica se tornou ainda mais relevante quando, além da observância da mudança no comportamento dos pacientes agressivos e quase incontrolláveis, notou-se uma presença significativa de desenhos de mandalas feitos pelos pacientes que sofriam de esquizofrenia. Essa coincidência ficou ressaltada na medida em que se relaciona aos estudos de um grande psiquiatra suíço, Carl Gustav Jung. Em seu livro *O homem e seus símbolos*, Jung (2008) revela que a mandala é uma representação simbólica do átomo nuclear da psique humana, cuja essência não conhecemos e, assim, em algumas comunidades é usada para restabelecer o equilíbrio interior, “por exemplo, os índios Navajo tentam por meio de pinturas na areia, às quais dão a estrutura da *mandala*, trazer uma pessoa doente a harmonizar-se consigo mesma e com o cosmos – e, portanto, restabelecer a saúde” (FRANZ, 2008, p. 213)².

Nesta seara prossegue:

Nas civilizações orientais são utilizadas imagens análogas para consolidar o ser interior ou favorecer uma meditação profunda. A contemplação de uma mandala deve trazer paz interior, uma sensação de que a vida voltou a encontrar a sua ordem e o seu significado. A mandala também produz este sentimento quando aparece, espontaneamente, nos sonhos do homem moderno, que não está influenciado por qualquer tradição religiosa deste tipo e nada sabe a este respeito. (FRANZ, 2008, p. 213-215)

Assim, ficou evidente que o novo tratamento introduzido por Nise proporcionava em seus pacientes uma busca pelo equilíbrio interior, reduzindo os surtos e fazendo-os canalizar a desordem interior para as expressões artísticas e não mais para as atitudes agressivas. Com essa conduta extremamente revolucionária para sua época, Nise ficou marcada na história do entendimento sobre as pessoas com deficiência.

No âmbito legal, o Brasil foi acompanhado pelas conquistas no contexto internacional. Cabe destacar que, diante da aprovação da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, pela

¹ Trata-se de um artigo publicado na revista online HUFFPOST edition BR, em formato de reportagem.

² O livro *O Homem e seus Símbolos* trata da obra psicanalítica de Jung, porém com o seu falecimento, outros autores concluíram a obra explicando os ensinamentos de Jung e foi M. - L. von Franz que ficou como editor do livro no lugar de Jung.

Assembleia das Nações Unidas, em 1975, o Brasil aprova em 1978 a Emenda Constitucional n. 12 que estabelece:

Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. (BRASIL, 1978)

Em 1989 é aprovada a Lei 7.853 que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos, além de dispor sobre a atuação do Ministério Público e definir crimes.

Adiantando-se na linha do tempo, cabe mencionar, desde já, que a LBI modificou alguns artigos da Lei 7.853/89. As mudanças consistiram, no art. 3º, com a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura das medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência, ao lado do Ministério Público que já exercia essa função. Bem como a alteração do art. 8º e seus incisos no que toca aos crimes puníveis com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Outrossim, em 1993, merece destaque a Lei 8.742, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social, que instituiu o Benefício de Prestação Continuada (BPC), destinado às pessoas com deficiência e idosos que não tenham condições de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Nos anos 90, a questão que pairava quanto às pessoas com deficiência era basicamente o âmbito do trabalho, devido à sociedade capitalista.

No início dos anos 2000 surge normativa de relevância na história brasileira, é a chamada Lei Antimanicomial, Lei 10.216 de 2001, a qual extinguiu os manicômios com a criação das casas terapêuticas. Conforme dispõe o § 3º, do art. 4º:

§3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não

assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º. (BRASIL, 2001)

Cabe mencionar que entre os direitos elencados no § único, do art. 2º, está o inciso II que determina como direito da pessoa portadora de transtorno mental: “II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade” (BRASIL, 2001). Desse modo, o objetivo das casas de internação das pessoas com deficiência tem como fim conceder-lhe tratamento integral visando sua reinserção no meio social.

Do mesmo modo, é importante destacar o art. 5º que diz:

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário. (BRASIL, 2001)

A Lei extingue completamente qualquer tipo de instituição nos moldes do Hospital Psiquiátrico de Barbacena e do Hospital Engenho de Dentro. A Lei ainda traz a diferença conceitual entre internação voluntária, aquela que ocorre com o consentimento do usuário; involuntária, estabelecida sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e compulsória, determinada pela Justiça (art. 6º), além de apresentar os limites de cada uma delas.

Por fim, com interesse nessa pesquisa, é interessante notar o § 1º, do art. 8º, que trata da internação involuntária, nos seguintes termos:

§ 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta. (BRASIL, 2001)

Neste contexto verifica-se que o MP recebe importante atribuição diante as significativas mudanças que a Lei traz, recebendo o papel de fiscal das internações das pessoas com deficiência, com o fim de garantir que não ocorram violações aos direitos humanos nos hospitais psiquiátricos.

Apenas em 2006, o conceito de pessoa com deficiência foi modificado trazendo a seguinte redação em seu art. 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Tal conceituação foi atualizada com a Lei 12.435 de 2011, momento em que o art. 20, § 2º passou a adotar os seguintes termos:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:
I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;
II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (BRASIL, 2011).

Ainda, no mesmo ano, ocorreu uma segunda atualização do conceito na Lei 8.742/93, pela Lei 12.470, passando a dispor:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2011).

Com a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão - LBI efetuou-se nova alteração no mesmo artigo, dessa vez para substituir a expressão: “em interação com diversas barreiras”, por: “em interação com uma ou mais barreiras”.

Tais modificações demonstram como os direitos das pessoas com deficiência tornou-se relevante na sociedade, sendo alvo de constante debate, objetivando-se alcançar melhores bases teóricas para assegurar seus direitos e conscientizar a sociedade para um pensamento inclusivo.

Por fim, surge a Lei mais recente sobre direitos das pessoas com deficiência, a Lei 13.146 de 2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI). Esta Lei regulamenta as disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas

com Deficiência na esfera do direito brasileiro e, portanto, consagra em seu art. 2º o conceito atual de pessoa com deficiência.

Esclarecido o conceito, é importante situar, nas relações sociais, as pessoas com deficiência, as quais enfrentam empecilhos no que concerne ao reconhecimento de suas capacidades, direitos e deveres, desprovidas de autonomia para tomar decisões, pois, não raras vezes, a concepção assistencialista ainda ocorre em espaços da vida social.

Outrora, o entendimento era de que, como regra geral, as pessoas com deficiência não possuíam plena capacidade. Contudo, a LBI, em seu art. 6º, apresenta que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (BRASIL, 2015), sendo, a incapacidade uma exceção.

O mesmo dispositivo menciona uma série de incisos que compõem um rol exemplificativo de direitos básicos de qualquer pessoa, de modo a esclarecer que a deficiência não afeta a plena capacidade e, conseqüentemente, preserva a autonomia da pessoa no exercício desses direitos.

Nas palavras de FARIAS; CUNHA; e PINTO (2017, p. 21), em análise ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que concerne à dignidade da pessoa humana menciona que “todos nascem iguais e, em que pese algum déficit físico ou mental, são titulares dos mesmos direitos e deveres”.

Outrossim, o Título II do Livro I – Parte geral, do Estatuto, dispõe sobre direitos essenciais da pessoa para o exercício de sua autonomia (mínimo existencial), sendo exemplo, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer. Ainda, no Título III, apresenta o direito à participação na vida pública e política e, no Livro II – Parte especial, Título I, o acesso à justiça.

Merece, ainda, menção, o art. 84, da LBI que dispõe ser direito da pessoa com deficiência, o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Esse artigo apresenta uma das grandes importâncias da LBI, qual seja, a desvinculação dos conceitos de incapacidade civil e de deficiência.

Disso, depreende-se que o Estatuto é composto de uma série de artigos que procuram esclarecer e assegurar os direitos básicos da pessoa com deficiência, para atender as necessidades específicas desse grupo de pessoas. Nesse sentido:

O desafio atual é promover uma sociedade que seja para todos e onde os projetos, programas e serviços sigam o conceito de desenho universal, atendendo, da melhor forma possível, às demandas da maioria das pessoas, não excluindo as necessidades específicas de certos grupos sociais, dentre

os quais está o segmento das pessoas com deficiência. (RESENDE e VITAL, 2008, p. 29)

Além disso, a LBI corrobora com as mudanças trazidas pela Lei Antimanicomial ao estabelecer a prevalência do convívio familiar e comunitário. Nesta seara, a LBI dispõe: “As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767, receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio”. Assim, ratifica o repúdio as atrocidades cometidas nos hospitais psiquiátricos no final do século passado.

Tendo em vista a contextualização da pessoa com deficiência na legislação brasileira, cabe sintetizarmos a evolução histórica dos principais textos legais para melhor compreensão.

Documento	Ano	Temática
E m e n d a Constitucional nº 12	1978	Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, iniciando o processo de especificação de direitos básicos da pessoa com deficiência.
Lei 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.
Lei 8.742	1993	Dispõe sobre a organização da Assistência Social, criando o Benefício de Prestação Continuada, e dá outras providências.
Lei 10.216	2001	Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.
Lei 13.146	2015	Destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Fonte: elaboração do autor

A evolução legislativa tem, entre diversos fatores, o intuito de suprir barreiras sociais e normativas para a inclusão da pessoa com deficiência com busca à redução das desigualdades de interação, locomoção, oportunidades, entre outras.

Neste sentido, diante da evolução legal aqui apresentada, é possível notar que surgiram no ordenamento jurídico pátrio medidas de apoio às pessoas com deficiência para o exercício pleno da sua cidadania

e capacidade legal. Desse modo, surgem políticas públicas voltadas para a pessoa com deficiência com a finalidade de buscar “a proteção do direito, da vontade e da preferência da pessoa com deficiência, objetivando alcançar a plena autonomia” (CNMP, 2016, p.5).

A conquista de direitos das pessoas com deficiência em âmbito nacional é fruto de um gradativo processo de proteções legais, motivadas pelos avanços em âmbito internacional. Em decorrência das barreiras que as pessoas com deficiência enfrentam no meio social, foi-se buscando formas de ampará-las legalmente, para suprir barreiras sociais acabam por retirar inclusive a dignidade humana da pessoa com deficiência. Sendo assim, se faz necessário compreender esse valor intrínseco a pessoa humana para melhor conhecer e superar estas barreiras que impedem a inclusão social das pessoas com deficiência.

3 TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Antes de adentrar especificamente no instituto da Tomada de Decisão Apoiada, cabe fazer referência ao instituto da curatela para, posteriormente, apresentar os aspectos relevantes da Tomada de Decisão Apoiada.

3.1 A curatela: algumas considerações

A curatela é um instituto do Direito Civil com natureza de medida temporária para fins determinados e específicos no tocante a negócios jurídicos de natureza patrimonial. Assim, tem por finalidade a proteção legal das pessoas que não puderem exprimir sua vontade, seja por causa transitória ou permanente, necessitando de representação ou assistência para a proteção de seu patrimônio. (LÔBO, 2017, 419)

Este instituto é requerido através de processo judicial, em observância ao estabelecido pelos arts. 746 e seguintes do CPC, já que se trata de medida excepcional e depende de perícia por equipe multidisciplinar, a fim de se constatar, de modo fundamentado, a necessidade da curatela. Neste contexto, o juiz deverá fixar expressamente os limites e o prazo máximo da medida. Isso porque não há curatela geral, devendo sempre, conforme art. 84, §3º, da LBI, constituir “medida extraordinária,

proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (BRASIL, 2015).

Nessa linha, cabe referir que o art. 85, da LBI, esclarece que “a curatela afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (BRASIL, 2015). Ainda elucida no parágrafo 1º que “a definição de curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”. Assim:

A curatela não alcança nem restringe os direitos de família (inclusive de se casar, de ter filhos e exercer os direitos da parentalidade), do trabalho, eleitoral (de votar e ser votado), de ser testemunha e de obter documentos oficiais de interesse da pessoa com deficiência. (LOBO, 2017, p. 421)

É importante referir a mudança no art. 4º, do CC, do termo “discernimento reduzido” para “aqueles que não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2015). Até então, a proteção legal dos incapazes, através da curatela, se pautava na capacidade de discernimento da pessoa, sendo refutado pela LBI, a qual descarta a compreensão de impossibilidade de expressão da vontade. Nessa toada:

O discernimento é, em sua essência, subjetivo, não se admitindo que o discernimento de um ser humano possa ser considerado superior ao do outro. Quando a CDPD e a LBIPD³ exigem que sejam respeitadas a vontade e as escolhas da pessoa com deficiência – sempre lhes garantindo apoios e direito ao erro -, é porque houve significativa mudança do modelo de capacidade e de paradigma (...). (FIGUEIREDO; GONZAGA, 2018, p. 105)⁴

Merece destaque, a imprescindibilidade do respeito aos direitos, à vontade e às preferências da pessoa curatelada por seu curador – da mesma forma em relação ao apoiador. FIGUEIREDO e GONZAGA (2018, p. 98) mencionam: “mesmo uma pessoa sem condições de manifestar a sua vontade tem uma história de vida que pode demonstrar

³ LBIPD é outra sigla para Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Neste trabalho a sigla adotada para a mesma Lei é LBI.

⁴ Refere-se ao capítulo: Pessoas com deficiência e seu direito fundamental à capacidade civil, de autoria de Ana Cláudia Mendes de Figueiredo e Eugênia Augusta Gonzaga, pertencente ao livro Ministério Público, Sociedade e Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Todas as vezes que houver citação de FIGUEIREDO e GONZAGA, trata-se deste capítulo.

suas inclinações e permitir que se saiba o que gostaria que fosse feito nesta ou naquela hipótese”.

Por fim, é importante mencionar que a curatela, além de extraordinária e limitada, é medida temporária, conforme definido na sentença motivada que a decreta. Assim, a curatela se extinguirá com o decurso do prazo fixado ou quando cessar a causa que a determinou.

Desse modo, observa-se que a LBI conferiu à curatela uma “nova roupagem [que] demanda, pois, um olhar mais rigoroso para as hipóteses de seu cabimento” (FIGUEIREDO; GONZAGA, 2018, p. 104), uma vez que deverá constar os específicos atos de natureza patrimonial e negocial que abrange, bem como a sua motivação.

Com esse breve esclarecimento acerca das mudanças no instituto da curatela, há elementos suficientes para tratar do novo instituto trazido pela LBI, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA).

3.2 Tomada de Decisão Apoiada: novo instituto

Há pessoas com deficiência que podem exprimir plenamente sua vontade, ou seja, não perdem o controle sobre seus anseios, sendo plenamente capazes para a prática de atos jurídicos. Caso a pessoa com deficiência possua restrição no desempenho de sua autodeterminação, “mas preserva, ainda que precariamente, a aptidão de expressar as suas vontades e de se fazer compreender, o caminho não pode ser a incapacidade relativa, com a conseqüente curatela” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2017, p.341). Uma vez que, por expressa disposição do art. 4º, do CC, modificado pela LBI, somente pode ser considerado incapaz relativamente aquele que não puder exprimir sua vontade, então, quem o puder fazer, mesmo que de maneira precária, deve ser considerado plenamente capaz.

Nesse contexto surge a TDA com o advento da LBI (art. 116) e inserida em nosso Código Civil, através do art. 1.783-A e seus onze parágrafos, como forma de conceder proteção para essas pessoas capazes plenamente, mas que necessitam de um apoio para o exercício pleno de sua autonomia e expressão de suas vontades. Assim, a TDA é um instituto jurídico novo que se distancia dos institutos protetivos clássicos em sua estrutura e função, e passou a valorizar a autonomia das pessoas com deficiência nos atos da vida civil.

Se, por um lado, a curatela é uma medida extrema que tende a atender preferencialmente à sociedade e à família, isolando a pessoa para

impedir a dilapidação do patrimônio; por outro, temos a TDA que busca dar segurança à pessoa com deficiência para o exercício pleno de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida civil e não somente quanto ao patrimônio (ROSEVALD, 2015, p.3). Portanto, a TDA é um instituto protetivo que surge lateralmente à curatela, de maneira preferencial a esta, e jamais de maneira cumulativa.

Esse instituto surge em razão da disposição do item 3, do art. 12, da CDPD que menciona que “Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”. Desse modo:

A Tomada de Decisão Apoiada consiste em instrumento hábil a permitir que as pessoas com deficiência possam decidir por si mesmas os rumos da sua vida, com o auxílio, para tanto, de apoiadores de sua preferência. Trata-se de instrumento apto a garantir protagonismo a essas pessoas. (FIGUEIREDO; GONZAGA, 2018, p. 98)

A TDA é um procedimento judicial pelo qual a pessoa plenamente capaz, porém com vulnerabilidade, elege duas pessoas idôneas e de sua confiança para que lhe prestem apoio na prática de certos negócios e atos jurídicos. Esses apoiadores não serão representantes, nem assistentes, uma vez que a pessoa que requer o apoio é plenamente capaz, sendo a TDA uma forma de promoção da autonomia, sem cerceamento, assegurando a “liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2017, p. 343).

No que tange aos aspectos práticos da TDA, vale ressaltar que alguns autores entendem que não se trata de processo, no sentido técnico do vocábulo, mas de procedimento judicial:

Não existe exercício de jurisdição, tratando-se de mero procedimento entre pessoas interessadas (não partes) e o Estado juiz, encarregado de fazer o papel de verdadeiro administrador judicial em assunto de interesse privado, verdadeira ‘administração pública de interesses privados’ (ALVIM, 2015, p. 8396)

Sendo assim, a TDA é classificada como um procedimento de jurisdição voluntária e, por força do que dispõe o art. 723 do CPC, na jurisdição voluntária “o juiz não é obrigado a observar critério de

legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (BRASIL, 2015).

Quanto à legitimidade para requer a TDA, o §2º, do art. 1.783-A, do CC, estabelece que somente a própria pessoa a ser apoiada poderá requerê-la, com a indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio, pois é a pessoa a ser apoiada que deve escolher seus apoiadores, com o posterior aval do juiz. Essa opção restrita de legitimação evidencia que o instituto é em prol da pessoa com deficiência e não de sua família ou da sociedade e, na condição de pessoa plenamente capaz, sentindo-se vulnerável ou desigual no meio social, requer esse apoio de pessoas de sua confiança para estabelecer com segurança suas relações jurídicas.

Contudo, tal entendimento ainda não está pacificado, há autores como FARIAS; CUNHA e SILVA (2017, p. 344) e ROSENVALD (2015, p.4) que, acreditam que, por se tratar de norma protecionista, exige interpretação extensiva e, portanto, os legitimados para propor ação de curatela, também o estariam para a TDA, por exemplo, a família e o MP. Somente a jurisprudência a ser consolidada poderá direcionar interpretação ao dispositivo. Por se tratar de instituto recente, ainda há poucos julgados a este respeito.

No que concerne ao processamento, a TDA é instaurada com a apresentação do Termo que consta “os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar” (art. 1783-A, §1º, CC). Recebido o pedido com o respectivo Termo, o juiz ouvirá o MP, por expressa disposição do art. 1783-A, §3º, CC e não em razão da previsão do art. 178, II, CPC, pois não se trata de pessoa incapaz. Posteriormente, o juiz, acompanhado de equipe multidisciplinar, ouvirá pessoalmente a pessoa que requer o apoio, bem como seus apoiadores eleitos para respaldar sua decisão, seja ratificando o termo previamente apresentado ou fazendo as modificações e adaptações que atendam os direitos, vontades, preferências e necessidade da pessoa a ser apoiada.

Em caso de homologação do Termo final do apoio, é fundamental seu registro no Registro Civil de Pessoas Naturais, como forma de dar publicidade a terceiros que queiram negociar com a pessoa apoiada, permitindo que tenham previa ciência dos atos que necessitam ou não da presença dos apoiadores. Sendo assim:

(...) um ato negocial, abrangido no citado termo, não poderia ser reputado válido se praticado sem os apoiadores porque, embora a pessoa detenha, por força de lei, capacidade plena, o apoio idealizado pela Convenção e pela LBIPD, justamente para resguardar os interesses da pessoa com deficiência, estaria sendo ignorado (FIGUEIREDO; GONZAGA, 2018, p. 101)

Por outro lado, “a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado” (art. 1783-A, §4º, CC). Assim, o apoio se restringe aos limites estabelecidos no Termo de apoio e ao prazo nele fixado.

Ainda, o §6º, do art. 1783-A, CC, estabelece que, em caso de divergência entre o apoiado e apoiador, o MP deverá ser ouvido para a controvérsia seja sanada pelo juiz. A pessoa apoiada poderá, ainda, a qualquer tempo, solicitar o término da TDA (§9º, art. 1783-A, CC) e, caso um dos apoiadores haja com negligência, poderá ser destituído (§§7º e 8º, art. 1783-A, CC), bem como pode o apoiador solicitar sua exclusão do procedimento de TDA (§10º, ART. 1783-A, CC).

Ademais, como a TDA está em processo de regulamentação, com as primeiras interpretações jurisprudenciais, é importante que nos baseemos em regulamentações mais sólidas sobre o tema no direito internacional. Desse modo, cabe mencionar o documento da *International Disability Alliance: Principles for Implementation of CRPD Article 12*⁵, que traz algumas recomendações quanto à aplicação dos institutos de apoio a pessoa com deficiência, como é o caso da TDA no nosso ordenamento jurídico, as quais devem ser observadas, a despeito de não haver disposições expressas em nossa legislação quanto a pontos específicos da aplicação prática da TDA.

Uma dessas recomendações não previstas em nossa legislação diz respeito à indicação, no Termo do apoio, de pessoas para substituir os apoiadores indicados, caso ocorra ausência e a especificação “de detalhes delicados, tais como a vontade do requerente em situações de possível internação ou de tratamentos mais invasivos” (FIGUEIREDO; GONZAGA, 2018, p. 102).

O mesmo documento ainda relata que uma pessoa não pode ser obrigada a aceitar apoio contra a sua vontade, nos seguintes termos:

Support must not restrict the rights of the person or coerce the person to act in a particular way. Support must not affect

⁵ Documento disponível em: <<http://www.internationaldisabilityalliance.org/resources/article-12-legal-capacity-principles-implementation>>. Acessado em 10 de set. 2018.

*his or her capacity to act. A person cannot be made to accept support against his or her will. (item 11)*⁶

Tal recomendação pode ser levada em conta para orientar interpretações quanto à legitimidade ativa para propor a TDA, bem como na definição dos limites do apoio e na verificação de possíveis abusos no exercício do apoio.

Por fim, quanto a utilização do Direito Internacional como base de orientação, também ganham destaque os estudos de direito comparado. Assim, convém apropriar-se de estudos mais aprofundados de como a CDPD influenciou institutos de apoio em diversos países como, por exemplo, a Bélgica, a Argentina, a Itália, a França e a Alemanha, que chegou a excluir por completo a curatela, em detrimento ao instituto do apoio (LÔBO, 2017, p.424).

Diante destas considerações, é possível compreender que a TDA objetiva conferir dignidade à pessoa com deficiência, promovendo sua autonomia e melhorando sua qualidade de vida, sendo o resultado de um processo histórico e legal dos direitos da pessoa com deficiência. Por se tratar de um instituto novo, merece estudos e discussões para sua ampla utilização, bem como para que se encontre a melhor forma de utilizá-la, com vistas a não se permitir qualquer desigualdade ou cerceamento da autonomia da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, o MP é chamado a exercer sua função de *custus legis*. Como já mencionado, antes da promulgação da LBI o MP já ocupava a posição de defensor dos direitos humanos, principalmente sobre a proteção das pessoas com deficiência diante as inúmeras violações. Com a nova Lei e a criação da TDA, o *parquet* segue como o órgão de fiscalização da aplicação dos institutos de proteção da pessoa com deficiência. Portanto, a atuação do órgão ministerial, é relevante para melhor compreensão da TDA. Esta é a reflexão a ser apresentada no próximo capítulo.

4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público (MP) é um órgão essencial à justiça, assim apresentado pela Constituição Federal de 1988 (CF), que consagrou uma série de conquistas do Órgão, na década de 80, em relação à autonomia e à relevância de sua atuação perante a sociedade. Isso porque o país emergia

⁶ O apoio não deve restringir os direitos da pessoa ou coagi-la a agir de uma maneira particular. O apoio não deve afetar a capacidade dele ou dela de agir. Uma pessoa não pode ser obrigada a aceitar apoio contra a sua vontade.

do período ditatorial, em que os direitos sociais estavam constantemente em risco e o *parquet* começou a atuar fortemente no âmbito político, na defesa dos interesses da sociedade fragilizada, buscando tornar-se instrumento de luta pela construção da cidadania. (SOARES, 2010, p. 7)

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 retirou do MP a incumbência de defesa do Estado e o deslocou para a categoria de fiscal e guardião dos direitos da sociedade. Neste período, o MP ampliou sua competência, de acordo com o disposto no art. 127, da CF vigente, ao mencionar que, entre suas funções, incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, tendo em vista que, anteriormente, atuava apenas no âmbito penal e como fiscal da lei, *custus legis*, nas demais áreas. (CARVALHO; LEITÃO, 2010, p. 2)

A partir de 1988, o MP passou a atuar, com respaldo constitucional, de forma autônoma, uma vez que se desligou dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), e com o apoio da sociedade, na prevenção ou reparação dos casos de abuso de autoridade, por ser o órgão apto para proteger interesses socialmente relevantes. A sociedade é, em regra, hipossuficiente para defender seus direitos, sendo necessário que haja um órgão para tutelar os direitos fundamentais da sociedade, até que esta seja capaz de defendê-los (ARANTES, 1999, p. 95).

É essencial em qualquer democracia, a participação ativa da sociedade civil na defesa de seus interesses, como forma de garantir a estabilidade para a manutenção da democracia liberal. Contudo, no Brasil, ao sair do regime de ditadura militar e ingressar na democracia, a sociedade civil estava enfraquecida no seu engajamento cívico, necessitando do apoio de um órgão que pudesse estar atento a ouvir os clamores da sociedade. Nesse contexto é que o MP assume a função de defensor da sociedade perante o Estado.

Após 30 anos de vigência da CF/88, o MP permanece como instituição essencial na defesa de coletividades hipossuficientes, as chamadas minorias. Uma vez que a atuação do MP possibilita uma ação mais efetiva e concreta, sobretudo num cenário de baixa efetividade e eficiência na aplicação dos direitos constitucionais (LOPEZ, 2018, p.78)⁷.

⁷ Refere-se ao capítulo: A importância da atuação articulada entre sociedade civil e poder constituído, em especial, com o Ministério Público, de autoria de Gonzalo Lopez, pertencente ao livro Ministério Público, Sociedade e Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Todas as vezes que houver a citação de LOPEZ, trata-se deste capítulo.

Assim, “as associações civis possuem como papel central a mobilização de indivíduos com motivações e finalidades comuns na luta pela ampliação da visibilidade de determinados segmentos sociais” (LOPEZ, 2018, p.69), contudo, nem sempre essas associações logram a visibilidade necessária para ter seus direitos assegurados e promovidos. Segundo LOPEZ (2018, p. 70), “a atuação conjunta entre sociedade civil e Ministério Público é inerente ao ambiente democrático, tendo em vista que este efetiva o que aquela tem direito”, ademais, “a presença do MP, (...) amplia os necessários e bem-sucedidos laços entre sociedade civil e Poder Público” (2018, p. 74).

Dessa forma:

O Ministério Público detém papel central no empoderamento da sociedade civil e posterior atuação coletiva com ela articulada. Essa centralidade decorre da possibilidade de efetivação de ferramentas como as recomendações, os ajustes de conduta e as ações civis públicas, que podem ser construídos com a mediação da sociedade civil em seus segmentos conexos à pauta específica (LOPEZ, 2018,p. 79)

Nesse sentido, na defesa da sociedade, o MP atua na proteção dos direitos fundamentais, assim como passou a ser essencial na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. O MP possui as prerrogativas jurídicas essenciais na proteção eficaz dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade, como, por exemplo, a legitimidade para propor ação civil pública e sua indispensável atuação como fiscal da lei nos processos que tratam de pessoas vulneráveis, como é o caso da pessoa com deficiência.

A LBI traz em seu art. 79, §3º, o MP e a Defensoria Pública, como órgãos essenciais para a tomada das medidas necessárias à garantia dos direitos previstos nesta Lei. Além disso, como outrora referido, o *parquet* aparece nas disposições acerca do novo instituto da TDA como indispensável ao procedimento e, ainda discute-se quanto à possibilidade de incluí-lo no rol de legitimado para propor a TDA da mesma forma que no processo de curatela.

Quanto à curatela, o MP é legitimado a propô-la, bem como tem atuação obrigatória no processo como fiscal da lei. Entretanto, a nova redação do CPC, de 2015, em seus termos originários, tencionou mitigar a legitimidade do MP no que toca a curatela. “Entendeu-se que o Promotor de Justiça somente deveria propor ação de curatela no caso de doença mental grave ou na ausência de parentes e de cônjuge ou companheiro”

(FARIAS; CUNHA; e PINTO, 2017, p. 330). Porém, com o advento da LBI, ainda no período de *vacatio legis*, do novo CPC, o entendimento veio diametralmente oposto.

Com isso, ficou reconhecida a legitimidade do MP nos casos de deficiência mental ou intelectual, inexistência ou inércia das pessoas legitimadas ou no caso de os demais legitimados serem menores ou incapazes, conforme expressa disposição do art. 748, do CPC e, art. 114, da LBI que modificou o art. 1.769, do CC. FARIAS; CUNHA e PINTO (2018), disciplinam:

A ampla legitimidade ministerial permite, também, que, no caso de desistência ou abandono do procedimento pelo autor da demanda, o Promotor de Justiça venha a assumir o polo ativo da relação, dando continuidade ao feito (2018, p. 331).

Cabe referir o art. 5º da Lei 7.853/89, anteriormente mencionada, que determina intervenção obrigatória do MP nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que sejam discutidos interesses relacionados à deficiência das pessoas; bem como o art. 6º, que possibilita que o MP instaure inquérito civil ou requisite de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, certidões, informações, exames ou perícias.

Outrossim, a Lei nº 10.216/01, impõe em seu art. 8, §1º, que havendo internação psiquiátrica involuntária, o MP deverá ser comunicado no prazo de 72 horas, bem como deverá ser comunicada a alta do paciente, para que o órgão ministerial exerça sua indispensável função de fiscal e defensor de direitos.

Nota-se que a atuação articulada da sociedade civil é imprescindível para o exercício da democracia, contudo, nem sempre determinados grupos da sociedade logram visibilidade e nem possuem ferramentas suficientes para que defendam seus direitos, dependendo de um órgão que estabeleça vínculo entre a sociedade e o poder público. Assim, a “atuação democrática e cidadã [do MP] deve pautar-se no tripé de efetivação de direitos, diálogo com a sociedade e constante reflexão crítica acerca de sua própria atuação” (GONZAGA; e MEDEIROS, 2018, p. 9).

Nessa perspectiva, o MP, na defesa dos direitos das pessoas com deficiência, atua, entre diversos fatores, para a concessão das informações necessárias às pessoas com deficiência e a toda a sociedade quanto aos direitos e recursos existentes em nosso ordenamento jurídico em prol dessas pessoas. Dado que, “a falta de informação e a reduzida articulação da sociedade civil podem provocar perdas irreparáveis no

ambiente democrático devido à descrença social e ao abandono da luta pela efetivação dos direitos” (LOPEZ, 2018, p. 79).

Diante disso, cumpre-nos analisar como tem sido a atuação do MP na defesa das pessoas com deficiência, verificando-se seu posicionamento quanto às mudanças trazidas pela LBI, em especial quanto ao instituto da TDA.

5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Neste momento, serão apresentados os resultados obtidos na busca de decisões judiciais junto ao TJ/RS. Assim, em primeiro lugar, vamos analisar isoladamente cada uma das decisões encontradas no que toca a Tomada de Decisão Apoiada e, posteriormente, para contribuir, analisaremos as duas cartilhas de 2016, do CNMP que tratam da Tomada de Decisão Apoiada.

5.1 Decisões judiciais do Tribunal de Justiça do RS – TJ/RS

Em pesquisa de decisões judiciais no site do TJ/RS, realizada no primeiro semestre de 2018, a partir do indicador: Tomada de Decisão Apoiada, foram encontradas apenas seis decisões que mencionam a Tomada de Decisão Apoiada, em virtude de ser instituto novo ainda pouco conhecido criado pela Lei nº 13.146/2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão. Assim, cabe apresentá-las e discuti-las, sendo a primeira decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. CONTRADIÇÃO DAS PROVAS ANGARIADAS AO FEITO. NECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA POR EQUIPE MULTIDISCIPLINAR. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. **Razoável a desconstituição da sentença, a fim de que seja realizada nova perícia por equipe multidisciplinar, nos termos do artigo 1.771 do Código Civil (com a nova redação dada pela Lei 13.146/15), com vistas a especificar minuciosamente a capacidade e as responsabilidades de Jéssica, em conformidade com a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, se for o caso, o procedimento especial de Tomada de Decisão Apoiada, destinado às pessoas que possuem algum tipo de deficiência, mas que podem exprimir vontade, na forma prevista no artigo 1.783-A do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.146/15. RECURSO PROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70070966890, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:

Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/09/2016)
(grifo nosso)

Nesse primeiro caso, observa-se a importância da averiguação rigorosa e criteriosa acerca das capacidades e responsabilidades da pessoa com deficiência. Esta necessidade de apuração acarreta, no entendimento do Tribunal, a desconstituição da sentença por compreender a importância da realização de perícia por equipe multidisciplinar.

Vejamos a segunda decisão judicial:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO INTERTEMPORAL. Sentença e recurso alinhados às disposições do CPC/1973. Julgamento realizado conforme aquele Diploma Legal. Incidência do art. 14 do CPC/15. DA CAPACIDADE DA PARTE RÉ. Alegada incapacidade civil em razão da existência de ação de interdição. Sentença que possui efeitos ex nunc. Suposta ausência de discernimento à época em que firmados os contratos em questão não evidenciada. **Presunção da capacidade civil. Prevalência das disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015. Perspectiva isonômica. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, ainda que, para atuar no cenário social, precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela.** INTERESSE DE AGIR. AÇÃO REVISIONAL JÁ JULGADA ENVOLVENDO OS CONTRATOS OBJETO DA PRESENTE AÇÃO. PRINCÍPIO DA COISA JULGADA MATERIAL. Desnecessária a liquidação da sentença proferida nos autos da ação revisional e instauração de cumprimento de sentença, porquanto possível o prosseguimento do presente, bastando, para tanto, que haja imprescindível observância e adequação dos parâmetros definidos nos autos da ação revisional ao cálculo demonstrativo do débito. Princípio da economia processual. Precedentes desta Câmara. Sentença desconstituída. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069688612, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac, Julgado em 26/10/2016) (*grifo nosso*)

A decisão ora analisada trata da presunção de capacidade civil consagrada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. É interessante notar que o Relator esclarece que, embora a pessoa com deficiência tenha curador ou apoiadores, é considerada pessoa plenamente capaz para a prática dos

atos da vida civil, pois o fato de precisar valer-se de institutos protetivos para atuar no cenário social não significa incapacidade.

Analisemos a terceira decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. FUNDAMENTO SOBRE O QUAL NÃO FOI OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO DOS CONTENDORES. OFENSA AO ART. 10 DO CPC/15. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 285, § 2º, DO CPC/15. POSSIBILIDADE DE DECIDIR-SE O MÉRITO EM FAVOR DA PARTE QUE APROVEITARIA A DECRETAÇÃO DE SIMPLES NULIDADE. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DAS AÇÕES DE INTERDIÇÃO JÁ EM CURSO, COM OBSERVÂNCIA DAS NOVAS DIRETRIZES TRAZIDAS PELO REFERIDO ESTATUTO. 1. Padece de nulidade a sentença prolatada depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que não observa o disposto no art. 10 do referido Código, deixando de oportunizar a prévia manifestação dos litigantes sobre o fundamento que deu ensejo ao julgamento de extinção do processo, sem resolução de mérito. Nos termos do art. 10 do CPC/15, que consagra o princípio da “não surpresa”, o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”. 2. Considerando a regra instrumental do § 2º do art. 282 do CPC/15, no sentido de que “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará”, descabe tão somente pronunciar a nulidade da sentença que não observa o disposto no art. 10 do CPC/15, quando assiste razão à parte apelante ao insurgir-se contra o fundamento adotado pelo Juízo a quo para extinguir o processo. 3. É certo que, com a entrada em vigor da Lei n.º 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - o Estatuto da Pessoa com Deficiência -, houve drástica alteração da legislação no que tange à capacidade civil: as definições de capacidade civil foram reconstruídas para dissociar a deficiência da incapacidade. **O art. 84, caput, do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade**

legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, apresentando os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo as formas para o exercício da capacidade legal: a tomada de decisão apoiada e a curatela, sendo esta última medida excepcional, que tão somente poderá afetar os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). Não obstante isso, as ações de interdição já em curso não devem ser sumariamente extintas, como ocorreu na espécie, impondo-se ao Juízo analisar o pedido formulado sob a nova ótica dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, isto é, avaliando-se a pertinência da conversão do procedimento para o rito da tomada de decisão apoiada, ou, se for o caso, o prosseguimento do feito visando à submissão da pessoa à curatela, desde que o instituto seja interpretado conforme as novas diretrizes trazidas pelo referido Estatuto. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70070389911, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/2016) (*grifo nosso*)

Nesta decisão ocorreu interpretação quanto a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, do qual concluiu-se que, em ação de interdição já em curso quando da entrada em vigor da nova lei, o processo não deverá ser extinto, mas adaptado às novas disposições legais quanto à Curatela e à Tomada de Decisão Apoiada. Em suma, prevalece o Estatuto da Pessoa com deficiência, tanto em situações pendentes de decisão quanto em situações novas.

Por sua vez, a quarta decisão judicial:

APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CAPACIDADE CIVIL. EXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. DESCABIMENTO, NO CASO. 1. No caso, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido de interdição, porquanto a **prova pericial atesta a capacidade do réu para a prática dos atos da vida civil.** 2. **Considerando que a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa a ser apoiada (inteligência do art. 1.783-A do CCB), não possui a apelante legitimidade ativa para requerê-lo, sopesado que o réu é pessoa capaz.** APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70072156904, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/03/2017) (*grifo nosso*)

Neste caso, observa-se a aplicação da Tomada de Decisão Apoiada como ato de vontade da pessoa com deficiência, não pode ser requerida por outra pessoa, o que demonstra a titularidade indisponível deste direito apenas à pessoa com deficiência, servindo para assegurar ao deficiente segurança jurídica em suas decisões, contrariando os entendimentos no sentido de uma possível interpretação extensiva do §2º do art. 1783-A do CC.

Desse modo, sobrevindo laudo que ateste plena capacidade da pessoa para gerir seu patrimônio, não há necessidade de curatela e, sem o requerimento da pessoa com deficiência, também não há legitimidade para pleitear a Tomada de Decisão Apoiada.

Ainda, a quinta decisão apresenta manifestação no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO RELATIVO À TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO FORMULADO LIMINARMENTE. INDEFERIMENTO. Considerando que o art. 1783-A, §3º, do Código Civil determina que o juiz, antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, assistido por equipe multidisciplinar e após a oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhes prestarão apoio, de ser **mantida a decisão que determinou a realização das providências necessárias antes de deliberar sobre o pleito**. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70075756940, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'agnol, Julgado em 28/03/2018) (*grifo nosso*)

Essa decisão torna evidente o quanto é imprescindível a observância dos requisitos e providências preliminares determinadas pela Lei para a deliberação acerca da Tomada de Decisão de Apoiada. Principalmente, como no caso, a oitiva da pessoa com deficiência e das pessoas que lhe prestarão apoio, uma vez que a Tomada de Decisão Apoiada é um instituto criado em função da pessoa com deficiência e, portanto, demanda que a pessoa faça essa opção por si própria e não mediante qualquer tipo de coação.

Por este motivo, as providências preliminares são indispensáveis no que toca a segurança do instituto, garantindo o direito de escolha livre do interessado e tendo como apoiadores, pessoas íntegras e capazes de exercer tal função.

Por fim, vejamos a sexta decisão judicial:

ACÇÃO ORDINÁRIA. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. **DECISÃO QUE NÃO RETROAGE PARA DECLARAR**

A INCAPACIDADE. Não é omissa a sentença que diante das novas regras ditadas pela Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, deixou de atribuir efeitos *ex tunc* para declarar a incapacidade da parte tal como requer, no período entre dezembro de 2000 e meados de 2015. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70076375526, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/04/2018) (*grifo nosso*)

Neste aspecto há um fator relevante, pois, a decisão não admite a retroação dos efeitos da sentença para declarar a incapacidade, consagrando a premissa da presunção de capacidade. A retroação da decisão ocorre quando possui efeito declaratório, na medida em que, declara um fato preexistente. Por outro lado, a sentença com efeito constitutivo serve para instituir algo novo. O entendimento majoritário é de que a sentença de interdição constitui o estado de incapacidade para determinados atos da vida civil e, portanto, produz apenas efeitos *ex nunc* e, só excepcionalmente, mediante motivação e previsão expressa é que poderá conceder efeitos *ex tunc*.

As seis decisões judiciais do TJ/RS apresentam, como ponto de convergência, a compreensão jurídica sobre a prevalência da aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em relação a outros textos legais que dispunham sobre curatela e, atualmente, a prevalência da Tomada de Decisão Apoiada. Ainda, ao considerarem a pessoa com deficiência como titular de direitos.

5.2 Cartilhas do CNMP

Em pesquisa específica quanto à atuação do MP, foram encontradas duas cartilhas do CNMP, ambas de 2016, tratando especificamente da Tomada de Decisão Apoiada. Com isso, o MP objetivou levar ao conhecimento de todas as particularidades desse novo instituto para que, uma vez conhecido, seja utilizado para melhor salvaguardar os direitos e garantias da pessoa com deficiência.

A primeira cartilha⁸, produzida em 2015 e publicada em 2016, consiste em um texto com informações e imagens, em formato de conversação, criado especialmente para as pessoas com deficiência

⁸ Cartilha com título: Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas protetivas da Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência – pessoas com deficiência intelectual. CNMP, 2015.

intelectual, explicando de maneira didática a Tomada de Decisão Apoiada em contraponto a Curatela. A cartilha mescla informações objetivas em linguagem simples acerca do procedimento e utilidade da TDA e da Curatela, com exercícios de fixação dos conteúdos aprendidos em cada capítulo da história.

Além disso, ela apresenta diversos direitos da pessoa com deficiência, mesmo aquelas em situação de curatela, como o direito de trabalhar, ter carteira de motorista, votar e contrair matrimônio, que constituem direitos básicos de qualquer cidadão e que, muitas vezes, são desrespeitados quando se trata das pessoas com deficiência.

Essa cartilha demonstra a adesão do MP às mudanças legislativas trazidas pela LBI, uma vez que foi elaborada antes mesmo da entrada em vigor da nova Lei, vigente a partir de 03 de janeiro de 2016 (*vacatio leges* de 180 dias, conforme art. 127 da Lei 13.146/15), bem como o apoio às pessoas com deficiência para que conheçam seus direitos e possam exercê-los. O MP já havia realizado, mesmo antes da mudança legislativa, a campanha “Interdição Parcial é Mais Legal”, o que demonstra o apoio do MP à alteração dos artigos 3º e 4º, do Código Civil, que veio a ser implementada com a entrada em vigor da LBI.

Ainda, no final de 2016 foi elaborada uma nova cartilha⁹, mais ampla e detalhada, com o fito de difundir e esclarecer o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, bem como a Curatela e suas diferenças. A cartilha é mais textual, porém foi construída através de perguntas e respostas, sendo objetiva, e acessível a qualquer pessoa que, mesmo sendo leigo no âmbito do Direito, possa, com facilidade, compreender este instituto.

Dessa forma, é possível observar que as cartilhas contribuem para que se cumpra o importante objetivo da CDPD e da LBI, qual seja, nas palavras de Rosenvald: “redirecionar o problema para o cenário social que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência” (2015, s/n)¹⁰. Por certo, o primeiro passo de uma estratégia social que promova a pessoa com deficiência é a discussão do assunto no meio social,

⁹ Cartilha com título: Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. CNMP, 2016.

¹⁰ Trecho retirado de perguntas e respostas dadas por Nelson Rosenvald em artigo utilizado pela representante do Brasil na União Internacional do Notariado Latino – UINL, Letícia Franco Maculan Assumpção, em seu artigo “O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores”, publicado em 22/12/2015 pelo site do Colégio Notarial do Brasil. Resposta a pergunta 1.

bem como a difusão dos conceitos e direitos básicos, com explicações esclarecedoras sobre o tema.

As cartilhas do MP contemplam dois grupos específicos que merecem atenção na conscientização e discussão da LBI e da TDA. O primeiro deles são as pessoas com deficiência que necessitam conscientizar-se quanto aos direitos e ferramentas jurídicas que dispõem para o eficaz exercício de sua autonomia e, portanto, participação ativa e igualitária na sociedade. Já o segundo grupo é a sociedade que, ao conhecer a LBI e os direitos e garantias das pessoas com deficiência podem agir de maneira inclusiva e articulada juntamente com esse grupo, colaborando na perspectiva inclusiva, com a democracia e em respeito á dignidade da pessoa humana e ao exercício da autonomia dos atos da vida civil pelas pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

O histórico das pessoas com deficiência é marcado por quatro fases: a primeira, de intolerância e símbolo de impureza e pecado; a segunda, marcada pela invisibilidade; a terceira, mais assistencialista; e a quarta, pautada nos direitos humanos. A partir dessas fases históricas, é possível compreender sistematicamente o panorama internacional e nacional da legislação direcionada às pessoas com deficiência.

Internacionalmente, as convenções sempre refletiram a forma como as pessoas com deficiência eram vistas diante do contexto mundial. Os grandes eventos mundiais pautaram, de certo modo, as proteções jurídicas concedidas às pessoas com deficiência. Inicialmente, pela ascensão do capitalismo, com a necessidade de aumentar a mão de obra. Posteriormente, pela primeira guerra mundial que fez eclodir o número de pessoas com deficiência, o que trouxe visibilidade às suas necessidades no convívio social. Contudo, ainda num contexto voltado a inclusão trabalhista. E, por fim, a segunda guerra mundial que marcou os direitos humanos em razão da barbárie que ocasionou a emergência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, inaugurando a temática no âmbito internacional.

A primeira convenção internacional é criteriosa no que concerne às pessoas com deficiência, vigindo a partir de 1971, quando começou a se observar as violações aos direitos fundamentais no âmbito das pessoas com deficiência. A partir daí, várias foram as convenções internacionais que

buscaram assegurar os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, seja no âmbito do trabalho, da educação; enfim, da inclusão social.

A última convenção que merece destaque é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), de 2006, que buscou, sobretudo, assegurar a dignidade da pessoa humana, inclusive modificando o conceito de pessoa com deficiência e serviu como a base de elaboração da LBI.

Em âmbito nacional, a análise deve iniciar com as terríveis violações aos direitos humanos vivenciadas nos hospitais psiquiátricos brasileiros e que foram abafadas por muitos anos, sendo discutidas e posto fim somente em 2001 com a Lei Antimanicomial. Vale referir que as leis brasileiras quanto aos direitos das pessoas com deficiência sempre acompanharam, de certo modo, as convenções internacionais.

Nesse contexto, merece destaque a LBI, que consagrou as conquistas internacionais trazidas pela CDPD, no que toca a concessão de autonomia à pessoa com deficiência, como forma de promoção de sua dignidade humana. A LBI criou a Tomada de Decisão Apoiada e, paralelamente, modificou a roupagem da curatela, abolindo o termo “interdição”, também como reflexo das disposições da CDPD.

Diante do histórico das pessoas com deficiência, cabe notar que ainda há uma incompreensão da sociedade acerca dos direitos, capacidades e atuação dessas pessoas na vida social. Nesse sentido, é relevante compreender mais profundamente as recentes mudanças legislativas no que toca a capacidade das pessoas com deficiência e o instituto da Tomada de Decisão Apoiada. Em razão de que, as pessoas com deficiência foram, por muitas vezes, um assunto negligenciado, a ponto de, ainda hoje, convivermos com a dificuldade de inclui-las socialmente e conferir-lhes dignidade.

A LBI criou o instituto da Tomada de Decisão Apoiada que veio acompanhar a curatela, mas não de maneira cumulativa. A TDA é o instituto que assegura às pessoas com deficiência a manifestação de sua vontade.

Nessa perspectiva, o MP possui um papel de relevância como defensor das pessoas com deficiência e fiscal da lei. Com a promulgação da CF/88, o MP logrou uma importância social de defensor da sociedade contra o Estado, atribuição que é amplamente exercida, mesmo após 30 anos de retorno a democracia. Portanto, desde 88 até os dias atuais com a LBI, as legislações quanto aos direitos das pessoas com deficiência sempre invocaram a presença do MP, principalmente como órgão de fiscalização para que não ocorram violações aos direitos humanos como outrora ocorria

em nosso país nos hospitais psiquiátricos, bem como instituição capaz de se valer de ferramentas eficazes na defesa dos direitos da coletividade.

Diante de tais constatações, coube indagar quanto a atual aplicação e interpretação das novas disposições da LBI, em especial a TDA, tema central nessa pesquisa. Inicialmente, foi realizada pesquisa de decisões judiciais no TJ/RS com o indicador: Tomada de decisão apoiada, encontrando-se seis julgados sobre o tema, o que demonstra a sua, ainda tênue, utilização prática. Porém, em análise pormenorizada de cada um dos julgados, é possível notar que as disposições da LBI têm sido interpretadas de maneira mais restrita, buscando-se não violar do que dispõe a literalidade da lei.

Por outro lado, foi importante analisar como o MP tem se posicionado diante das alterações legais, e como tem atuado na conscientização da sociedade. Nesse sentido, as duas cartilhas do CNMP, uma delas voltada especificamente às pessoas com deficiência, uma vez que sem conhecer seus direitos e as ferramentas que dispõem, jamais poderão exercê-los de forma autônoma; e a outra voltada para toda a sociedade, em linguagem objetiva, como forma de conscientização da sociedade para exercer a inclusão.

No caso desta pesquisa, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada é o objeto de estudo a ser tratado. Este instituto colabora com o processo de inclusão social das pessoas com deficiência e mesmo recente, decisões judiciais e o MP demonstram receptividade no que concerne ao exercício da Tomada de Decisão Apoiada.

Nessa toada, a Tomada de Decisão Apoiada é instituto capaz de conceder autonomia à pessoa com deficiência sem, contudo, deixá-la a mercê de uma sociedade desigual e discriminadora. Com o apoio, a pessoa com deficiência poderá tomar suas próprias decisões com segurança e os terceiros que com ela contratar terão a segurança jurídica de uma decisão tomada em conjunto.

Por outro lado, como a Tomada de Decisão Apoiada é instituto novo, sem precedentes em nosso país, as interpretações e aplicação ainda requer maiores aprofundamentos, mesmo diante dos empasses que, por ventura, surgirão na aplicação do instituto. No que concerne às divergências no que concerne a legitimidade para propor a TDA, há diferentes interpretações, o que gera o risco da ineficácia do instituto.

Os estudos de direito comparado podem esclarecer sobre o novo instituto que se apresenta, pois apesar de pertencermos a uma sociedade

com características próprias, o direito comparado apresenta ideias quanto a aplicação do instituto do apoio. Desse modo, conhecendo as nuances de nossa sociedade, poderemos apresentar interpretações que possam ser eficientes nesse processo de adaptação à legislação.

O importante é observar o foco e o objetivo da LBI, para que não haja o risco de retroceder historicamente, excluindo as pessoas com deficiência. Somente em convivência com a diversidade é que podemos viver em harmonia social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. **Revista Brasileira de Direito Penal**. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 8396, out./dez. 2015.

ARANHA, Maria Salete Fábio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Ano XI, no. 21, março, 2001, pp.160-173. Disponível em <<http://www.adiron.com.br/arquivos/paradigmas.pdf>> Acesso em: 28 de mai. 2018.

ARANHA, Maria Salete Fábio. **Projeto Escola Viva**: garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola: necessidades educacionais dos alunos – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesparquivospdf/visaohistorica.pdf>> Acesso em: 28 de mai. 2018.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14, nº 39. Fev, 1999, p. 83-102 Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15308-15309-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). **Resolução 30/83**. Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, de 09 de dezembro de 1975. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#decladireitospd> Acesso em: 03 jul. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). **Resolução 37/52**. Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes, de 03 de dezembro de 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ProgAcMundPessDef.html>> Acesso em: 03 jul. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). **Resolução 44/25**. Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap4.html>> Acesso em: 03 jul. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). **Resolução A/8429**. Declaração de Direitos do Deficiente Mental de 22 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Deficiencia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>> Acesso em: 03 jul. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). **Resolução 217 A III**. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 03 jul. 2018.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

ASSUMPCÃO. Leticia Franco Maculan. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores**. Colégio Notarial do Brasil. Conselho Federal. Publicado em 22.12.2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA>>. Acesso em: 02 de out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto 129**, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_159.html>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto 3.956**, de 08 de outubro de 2001. Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_UNU_PD.php#guatemala>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto 6.949**, de 25 de agosto 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: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Lei 7.853**, de 24 de outubro de 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: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Lei 8.742**, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Lei 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: 11 mai. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela**: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF: CNMP, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas protetivas da Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência – pessoas com deficiência intelectual**. Brasília, DF: CNMP, 2015.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v.6, n.2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado** – artigo por artigo. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FRANZ, Maria-Louise Von. O homem e seus símbolos: O processo de individuação. In: JUNG, Carl Gustav. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2008.

GONZAGA, Eugênia Augusta; e MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de (organizadores). **Ministério Público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência**. Brasília: ESMPU, 2018.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28340/004_piovesan.pdf?sequence=5> Acesso em: 29 set. 2016.

RESENDE, Ana Paula Crosara; e VITAL, Flavia Maria de Paiva. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. CORDE, 2008. Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf> Acesso em: 29 set. 2016.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, vol. 10 - jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 11 – 19. <http://media.wix.com/ugd/d27320_ad4936f4ed4e41088be63_d7bf571cf61.pdf> Acesso em: 29 set. 2016.

SOARES, Natália Lourenço. Ministério Público nas constituições brasileiras e seu apogeu na constituinte de 1987/1988. **Revista Duc In Altum** – Caderno de Direito, vol 2, nº 2, 2010. Disponível em: <<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/viewFile/234/237>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

UNESCO. **Declaração de Salamanca sobre princípios, política e práticas na área das necessidades educativas especiais**. Salamanca, 1994. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

UNESCO. **Declaração Mundial sobre Educação para Todos**: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, 1990. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

VARELA, Alexandre; VARELA, Viviane. **As grandes mentiras sobre a igreja católica: desvende os mitos sobre o catolicismo**. 4^a ed. São Paulo: Planeta, 2017.

VELOSO, Amanda Mont'Alvão. **Quem foi Nise da Silveira, a mulher que revolucionou o tratamento da loucura no Brasil**. HUFFPOST, edition BR. 19 abr. 2016. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2016/04/19/quem-foi-nise-da-silveira-a-mulher-que-revolucionou-o-tratament_a_21701186/>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CANDIDATURA AVULSA E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

INDEPENDENT CANDIDACY AND THE COUNTER- MAJORITARIAN DIFFICULTY

Parcelli Dionizio Moreira *

SUMÁRIO: Introdução. 1. Mutação Constitucional. 2. Ativismo judicial e judicialização. 3. Candidatura avulsa e a dificuldade contramajoritária. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo pretende investigar o instituto da candidatura avulsa, tema que ganha importância com a existência do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490. Ao longo do estudo, primeiramente, será realizado uma breve análise acerca da evolução da noção de mutação constitucional no direito ocidental. Em seguida, far-se-á uma abordagem da figura do ativismo judicial, suas origens históricas, procurando-se distingui-la do fenômeno da judicialização. Ao final, a proposta será investigar como uma regra constitucional originária pode sofrer mutação em face das alterações da perspectiva do papel do parlamento e também do poder judiciário na atualidade, buscando-se compreender em que medida a separação rígida de funções entre os poderes, outrora predominante no imaginário dos juristas, comporta temperamentos em razão da atuação contramajoritária, representativa e iluminista dos juízes. As conclusões serão extraídas não apenas de excertos doutrinários, especialmente daqueles que tangenciam questões atinentes à dificuldade contramajoritária, mas também buscar-se-á uma resposta para o problema ora proposto a partir de julgados em que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de modo diverso às disposições expressas no Texto Constitucional.

Palavras-chave: Candidatura. Avulsa. Mutação. Judicialização. Dificuldade Contramajoritária.

ABSTRACT: *This article intends to investigate the independent candidacy theme's, a subject that gains importance with the existence of Interlocutory Appeal inside of the Extraordinary Appeal n. 1054490. In the study, first of all, a brief analysis will be carried out on the evolution of the notion of constitutional mutation in Western Law. Next, an approach will be made in terms of judicial activism, its historical origins, trying to distinguish it from the phenomenon of judicialization. In the end, the proposal will seek to respond how an original constitutional rule can mutate in the face of changes in the perspective of the role of the parliament and also of the judiciary in the present time. The aim will be to try to understand how the rigid separation of functions among the state powers has changed since the counter-majoritarian approach emerged. The conclusions will be drawn not only from books and doctrinal papers, especially from those that refer to the counter-majoritarian difficulty, but also from the analysis of the leading cases in which the Brazilian Federal Supreme Court adopted different meanings to the literal provisions of the Constitutional Text.*

Key-words: *Independent. Candidacy. Mutation. Judicialization. Counter-Majoritarian Difficulty.*

* Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

Artigo recebido em 20/12/2018 e aceito em 21/01/2019.

Como citar: MOREIRA, Parcelli Dionizio. Candidatura avulsa e a dificuldade contramajoritária. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.451, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

O artigo 14, parágrafo 3º da Constituição Federal prevê que a filiação partidária é uma das condições de elegibilidade que qualquer cidadão deve preencher se quiser disputar pleitos para cargos eletivos no executivo e no legislativo, regra que consta do texto constitucional desde a sua promulgação, em 05 de outubro de 1988.

No Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490, após ter sua candidatura avulsa indeferida pela justiça eleitoral fluminense para concorrer à prefeitura do Rio de Janeiro, o autor da ação sustenta que a norma deve ser interpretada segundo a Convenção de Direitos Humanos de San José da Costa Rica.

Para o candidato autor da ação, a Convenção estabelece como direito dos cidadãos “votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”.

No presente artigo buscar-se-á fazer um estudo acerca das possibilidades do reconhecimento da candidatura avulsa em face do texto constitucional, analisando-se as perspectivas da interpretação constitucional no caso vertente à luz dos institutos da mutação constitucional e do interpretativismo, promovendo-se, ainda, uma distinção do ativismo judicial e da judicialização.

Ao final, analisando-se os meandros que envolvem o conflito entre as maiorias e as minorias na democracia, buscar-se-á identificar o papel contramajoritário do poder judicial, além de se apurar se existem, no âmbito dos próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal, julgamentos que justificariam uma interpretação diversa da literalidade do Texto Constitucional (art. 14, §3º), de modo a autorizar a implementação de uma candidatura avulsa.

1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o advento do constitucionalismo no mundo ocidental, percebe-se uma preponderância da adoção de constituições rígidas entre os Estados que apresentam avançado desenvolvimento político, em que torna-se presente a ideia de que deve existir uma separação entre

as leis que são fundamentais e as demais (BRYCE, 1952, p. 94-95)¹, ou seja, o processo de mudança do texto constitucional, num primeiro momento, é concebido somente por meio de um procedimento previsto na própria constituição, o qual, se verificado, autorizará a alteração do texto (SANCHÍS, 2014, p. 181-182)².

A ideia de mutação constitucional começa a ser construída, de um modo mais preciso, com a Constituição Imperial alemã de 1871, a partir da qual surge a Escola de Direito Público tedesca, na qual se destacam Paul Laband e Georg Jellinek. Segundo Urrutia (2000), Laband entendia que, mesmo que as constituições fossem normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado poderia alterar o sentido dessas normas, sem necessidade de modificação formal, sobretudo em função da expansão da faculdade de se referendar os atos do *Kaiser* por meio de uma legislação e de uma prática política no contexto constitucional do *Reich*, o que permitia uma grande quantidade de alterações informais da Constituição.

Georg Jellinek (1991, p. 15-16)³ acentuava que os limites da constituição, assim como os da lei, são sempre incertos, não havendo qualquer garantia de que alguma lei não venha a contrariar o texto

¹ “Las constituciones rígidas, por otra parte, marcan una etapa relativamente avanzada del desenvolvimiento político. Es el momento en que se hace familiar la idea de separar las leyes fundamentales de las demás, para lo cual generalmente es necesario tener una experiencia considerable en el arte de gobernar y en los asuntos políticos. Por esta causa, las constituciones rígidas han estado mucho más en boga que las flexibles durante los últimos cien años”.

² “Rigidez significa que el texto constitucional no puede ser alterado o derogado por los órganos estatales y en especial por el legislador. Cuando esto último ocurre, cuando la Constitución puede ser modificada por la ley, se habla de flexibilidad. Naturalmente, entre ambos extremos, entre la intangibilidad absoluta y la total flexibilidad, existen muchas posibilidades intermedias que son las habitualmente utilizadas en la práctica constitucional: exigencia de mayorías reforzadas, intervención de distintos órganos colegisladores, disolución de las Cámaras y celebración de nuevas elecciones, necesidad de ratificación de la reforma, concurso directo del pueblo a través del *referendum*, etc”.

³[...] los límites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no lo querían o, por lo menos, no lo pretendían explícitamente. Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución [...] No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario”.

constitucional, mas essas mutações não se restringem à atividade parlamentar, alcançando também o executivo e o judiciário, os quais, no exercício de sua função institucional, podem conferir interpretações às leis que não se coadunam com o sentido original da constituição, o mesmo acontecendo com as próprias normas constitucionais, que podem, pouco a pouco, adquirir sentido diverso daquele que foi estabelecido originalmente.

Para Herman Heller (1998, p. 317-318), a constituição permanece através da mudança dos tempos e das pessoas em razão da probabilidade de que se repita, no futuro, a conduta humana que com ela concorda, probabilidade que se assenta, de uma parte, na mera normalidade de fato da conduta dos membros de um dado grupo social e, mais ainda, numa normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido. Nesse contexto, assim como não se pode estimar completamente separados o aspecto dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever-ser no conceito da Constituição:

La Constitución normada consiste en una normatividad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar. Porque también se roba y se asesina con regularidad estadísticamente previsible sin que, en ese caso, la normalidad se convierta en normatividad [...]. Sólo se valora positivamente y, por consiguiente, se convierte en normatividad, aquella normalidad respecto de la cual se cree que es una regla empírica de la existencia real, una condición de existencia ya de la humanidad en general, ya de un grupo humano (HELLER, 1998, p. 320).

Uma das definições mais importantes de mutação constitucional, segundo a doutrina, foi aquela elaborada por Hsü Dau Lin (apud URRUTIA, 2000)⁴, um estudante chinês que frequentou a Universidade de Berlin nos anos 30 do século passado, o qual identificou, pelo menos, quatro tipos de mutações constitucionais, seja pela prática estatal formal que não afronte a constituição, seja pela impossibilidade do exercício de

⁴ “De acuerdo con la relación entre la norma constitucional y la realidad, pueden existir cuatro supuestos de mutaciones constitucionales: la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución (a); la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución (b); la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución (c); y la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución (d)”.

determinadas atribuições descritas no texto constitucional, ou ainda, pela prática constitucional contrária à constituição ou pela interpretação do texto constitucional.

Já na perspectiva de Loewenstein (1983, p. 164-165)⁵, as constituições são verdadeiros organismos vivos, sujeitos a reformas ou alterações ao longo do tempo, daí porque a possibilidade de *reforma constitucional* é normalmente prevista nos textos constitucionais, instituto esse que apresenta um aspecto formal e material; o primeiro identifica-se com a própria técnica procedimental por meio da qual se modifica o texto da constituição, enquanto o aspecto material está vinculado ao próprio conteúdo da reforma, isto é, trata-se do resultado do procedimento de reforma.

Além da reforma constitucional, a outra figura que exsurge é exatamente a *mutação constitucional*, em que, segundo Loewenstein (1983, p. 164-165)⁶, há uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, permanecendo intocável o texto constitucional, o que é típico dos Estados com constituições escritas, ocorrendo com muito mais frequência do que as reformas constitucionais formais.

Como “modificação constitucional” Konrad Hesse (1998, p. 46) entende exclusivamente a modificação do texto da Constituição, a qual deve ser distinguida do “rompimento constitucional”, isto é, o desvio do texto em cada caso particular (sem modificação do texto), uma prática

⁵ “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo lo viviente. Estas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional son tenidas en cuenta sólo de dos maneras, a las cuales la teoría general del Estado ha dado la denominación de reforma constitucional y mutación constitucional. La reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la constitución. En este sentido es - o, por lo menos, debe de serlo cada vez - modificación del texto constitucional. [...] La reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido”.

⁶ “En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales”.

estatal considerada admissível na República de Weimar, sob o pressuposto da realização das maiorias necessárias para modificações constitucionais.

Segundo Hesse (1998, p. 46), tal prática deve, finalmente, ser diferenciada da “mutação constitucional”, que não atinge o texto como tal – esse fica inalterado – porém, resta afetada a concretização do conteúdo das normas constitucionais, porquanto estas podem, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados, conduzir a resultados diferentes e, nesse aspecto, produzir uma “mutação”.

Essas mutações são fenômenos que são indissociáveis dos textos constitucionais dos Estados democráticos contemporâneos, haja vista que as sociedades se tornam cada vez mais complexas e os conflitos, antes latentes, passam a desvelar a tensão no espaço público, a demandar escolhas políticas daqueles sujeitos que, em última instância, são constitucionalmente designados para indicar o sentido, o significado e o alcance de uma determinada norma jurídica, nalguns casos a norma jurídica que emerge do próprio texto original da constituição.

Não raro essas situações acirram o debate político no seio das sociedades democráticas e plurais, expondo as fragilidades da democracia diante da inerente dificuldade linguística de atribuir um sentido unívoco à norma jurídica, vicissitude que acompanha a atividade de interpretação constitucional, especialmente a que é desenvolvida pelas cortes constitucionais dos países democráticos.

Na disputa pelo espaço da interpretação constitucional, apresentam-se aqueles que se caracterizam por uma atitude mais contida, vinculando-se a uma pretensa vontade do constituinte originário, o que, no tradicional constitucionalismo norte-americano, denomina-se “originalismo”, ao passo que outros se inclinariam por uma visão da Constituição como um texto que comporta sentidos ou significados em constante mutação, o que na doutrina convencionou-se nominar de “mutação constitucional”.

Jack M. Balkin (2012, p. 1129-1160)⁷, professor de Yale, afirma que a fidelidade ao “sentido original” exige fidelidade ao significado

⁷ “My own approach, framework originalism, argues that fidelity to “original meaning” requires fidelity to the semantic meanings of the words in the text at the time of adoption, including generally recognized terms of art. For example, it turns out that “equal protection” means the same thing today as it did in 1868, when the Fourteenth Amendment was adopted. In a few cases, however, the original semantic meanings are different from the ones we expect today. The word “magazines” in Article I, Section 8 refers to places to store ammunition, not glossy publications, and “domestic violence” in Article IV, Section 4 refers to civil unrest or insurrection, not spousal battery”.

semântico das palavras que estavam no texto ao tempo de sua adoção, de maneira que isso resultaria que expressões como “igual proteção” significam a mesma coisa hoje do que era em 1868, quando a 4ª Emenda foi adotada, embora Balkin admita que, em poucos casos, os significados semânticos originais são diferentes dos que nós pressupomos atualmente, por exemplo, a palavra *magazines* do artigo 1º, seção 8, da constituição americana, refere-se a lojas de munição e não revistas publicadas, enquanto *domestic violence* no artigo 4º, seção 4, está relacionada a uma insurreição ou sublevação civil, e não agressão física no casamento.

Um tenaz defensor do originalismo, o juiz norte-americano Antonin Gregory Scalia, propôs uma interessante reflexão: imagine-se se um estado federado editasse uma lei que estabelecesse açoitamento ou uma tatuagem feita com ferro quente na mão direita como punições para crimes. Mesmo se pudesse ser demonstrado inequivocamente que estas medidas não eram cruéis ou incomuns em 1791 e que nenhuma decisão especificamente anterior da Suprema Corte as tivesse desaprovado, Scalia afirma, “eu duvido que qualquer juiz – mesmo entre os muitos que se consideram originalistas – sustentaria tais medidas se confrontadas com 8ª emenda” (SCALIA, 1988, p. 849)⁸.

Scalia também pondera que poderia ser dito que era originalmente pretendido que a cláusula da vedação da punição cruel ou incomum tenha um conteúdo que evolui – que “cruel e incomum” originalmente significava “cruel e incomum para a época em questão” e não “cruel e incomum em 1791”, porém, para ser fidedigno ao pensamento originalista, diz Scalia, isso não deve ser apenas afirmado, demonstrando-se que isso está na base de uma prova ou evidência textual ou histórica; talvez as meras palavras “cruéis ou incomuns” sugiram um significado evolucionário mais do que as disposições da Constituição, pondera Scalia, “entretanto isso está longe de

⁸ “What if some state should enact a new law providing public lashing, or branding of the right hand, as punishment for certain criminal offenses? Even if it could be demonstrated unequivocally that these were not cruel and unusual measures in 1791, and even though no prior Supreme Court decision has specifically disapproved them, I doubt whether any federal judge -- even among the many who consider themselves originalists - would sustain them against an eighth amendment challenge”.

estar claro e eu desconheço qualquer evidência histórica desse significado” (SCALIA, 1998, p. 849)⁹.

De acordo com Miguel de Brito (2000, p. 55-114), o originalismo seria um método de interpretação da constituição que atribui autoridade vinculante ao texto da constituição, tal como era entendido ao tempo em que foi adotada, ou ainda, pode consistir numa abordagem interpretativista da constituição, a qual admite que as decisões das questões constitucionais sejam feitas apenas com base nas normas presentes no texto constitucional, por oposição a uma abordagem não-interpretativista, esta última admitindo a vigência de normas constitucionais que não podem ser descobertas dentro dos parâmetros estabelecidos na constituição.

Impende ressaltar, entretanto, que não se excogita de um autêntico “originalismo” no caso do direito constitucional no Brasil, que não reproduz, em sua história, as características do constitucionalismo dos Estados Unidos da América, tampouco uma tradição fundada em valores e princípios vivenciados ao longo de mais de dois séculos, de modo que não é possível, diante da baixa autoridade moral de que o parlamento brasileiro desfruta e das sucessivas emendas em tão pouco tempo de vigência do texto constitucional, reportar-se aos “pais fundadores” da constituição de 1988, ao passo que a noção de “*Founding Fathers*” na sociedade estadunidense é amplamente aceita, em vista do papel que exerceram durante os conflitos pela independência travados contra o império britânico.

A impossibilidade de uma abordagem autenticamente “originalista”, nos moldes da tradição norte-americana, é explicada por inúmeras rupturas políticas na história, vincadas por autoritarismos incrustrados desde o nascedouro do Estado brasileiro, primeiro com a figura onipresente do Imperador, e depois, na República, com sucessivos governos militares, além de uma ditadura civil (1930-1945), que também se estabeleceu a partir de um golpe concretizado por meio do auxílio da ação militar, sem contar o abortamento do natimorto processo democrático iniciado em 1946, esgarçado pela ditadura militar (1964-1985) e, ainda, a sôfrega e agonizante experiência democrática desde 1988.

⁹ “One way of doing so, of course, would be to say that it was originally intended that the cruel and unusual punishment clause would have an evolving content - that “cruel and unusual” originally meant “cruel and unusual for the age in question” and not “cruel and unusual in 1791.” But to be faithful to originalist philosophy, one must not only say this but demonstrate it to be so on the basis of some textual or historical evidence. Perhaps the mere words “cruel and unusual” suggest an evolutionary intent more than other provisions of the Constitution, but that is far from clear; and I know of no historical evidence for that meaning”.

Tratando-se de constitucionalismo brasileiro, seria lícito referir-se, no máximo, a interpretações da constituição que se vinculem ao texto original, dentro do contexto da tradição positivista associada a uma abordagem interpretativista (COELHO, 2003, p. 81-82)¹⁰, sem, contudo, haver uma identificação com o originalismo da doutrina norte-americana ou, então, seria possível, para aqueles que se desgarram da textualidade da Carta de 1988, reportar-se à própria ideia de mutação constitucional, fenômeno que, como visto alhures, comporta algumas variações.

Uadi Lâmeço Bulos (1997, p. 70-71) pressupõe que as mutações constitucionais são uma realidade transformadora de sentido, significado e alcance das normas da constituição, isto é, a partir de dados da realidade concreta, o referido autor classifica as mutações constitucionais em: a) mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) mutações através da construção constitucional e d) mutações constitucionais que contrariam a constituição (mutações inconstitucionais).

Na esteira do pensamento de Konrad Hesse, o português J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1228-1229), por seu turno, assevera que já ficou para trás a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional que nos levaria à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa, mas enfatiza que apenas a necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição (mutações constitucionais silenciosas como ato legítimo de interpretação constitucional).

Pontuada a evolução da compreensão de mutação constitucional na doutrina jurídica ocidental, a partir do entendimento dos principais

¹⁰ “Chamam-se *interpretativistas* os que, embora admitam que o aplicador da Constituição - tal como o aplicador de qualquer norma jurídica - não deva prender-se à literalidade do texto, mesmo assim consideram incompatível com o *princípio democrático* qualquer criatividade judicial em sentido forte, isto é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito de seu significado linguisticamente possível, porque isso implicaria atribuir aos juizes uma legitimidade que é privativa dos titulares dos mandatos políticos. *Interpretar* não é criar, advertem os interpretativistas; é simplesmente *aplicar* a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões *políticas* não podem (ser) substituídas pelas decisões *jurídicas* - sobretudo as de forte inspiração *política* - da magistratura constitucional”.

autores europeus, bem como assentada a premissa da impossibilidade de uma abordagem autenticamente originalista no caso brasileiro, passar-se-á no próximo capítulo, antes de propriamente responder se um texto original da constituição pode ou não sofrer mutação para admitir a candidatura avulsa, a discorrer-se acerca do ativismo judicial, como ele se caracteriza e como se diferencia da mutação constitucional.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

A ideia do ativismo judicial está por aí há muito mais tempo do que o próprio termo em si, pois muito antes do século XX, juristas enquadraram o conceito de legislação judicial, isto é, a situação em que o juiz atua como legislador positivo, o que é retratado por Brian Bix (*Positively Positivism*) ao mencionar a oposição entre Blackstone e Bentham sobre a “legislação judicial” e as características do *common law* (KMIEC, 2004, p. 1411-1478)¹¹.

Alguns consideram, entretanto, que a primeira ocorrência que consistiu numa manifestação do ativismo judicial foi a decisão do caso *Lochner v. New York*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal previsto na 14ª Emenda à Constituição norte-americana, declarando, assim, inconstitucional a lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 60 horas semanais (VICHINKESKI, 2012, p. 37-58).

A crescente perda de legitimidade do parlamento e de outros atores políticos criou um vácuo que, nos últimos tempos, vem sendo ocupado pelo poder judiciário, o qual, de modo crescente, vem sendo demandado para solucionar conflitos que, noutras épocas, encontravam uma resposta nas arenas do Congresso Nacional e das assembleias legislativas ou mesmo por meio da política exercida no âmbito do poder executivo.

Nada obstante, é necessário não se confundir os dois fenômenos – a judicialização da vida e o ativismo judicial –, que são bastante próximos, mas que, devido às suas particularidades, devem ser apartados por apresentarem características próprias e que resultam de realidades distintas:

¹¹ “Arthur Schlesinger Jr. introduced the term “judicial activism” to the public in a Fortune magazine article in January 1947.22 Schlesinger’s article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them”.

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juizes e tribunais. [...] A judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes (BARROSO, 2014, p. 27-61).

Ou seja, enquanto a judicialização decorre de um “desenho institucional” traçado na constituição de 1988, arquitetado sob uma base de proteção de direitos e de garantias fundamentais, além de normas projetadas para uma transformação efetiva da sociedade brasileira, no contexto dos objetivos fundamentais da República, o ativismo judicial, por outro lado, é uma atitude ou um comportamento proativo dos membros do poder judiciário.

O ativismo judicial caracterizar-se-ia, de um modo geral, pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, além da imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 17-32).

Para Gisele Cittadino (2004), no Brasil, da mesma forma que nos Estados Unidos e também na Europa, observa-se uma ampliação do controle normativo do poder judiciário, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, tem viabilizado uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

A presença do poder judiciário no espaço público não apenas do direito, mas também em campos antes dominados exclusivamente pela política, é uma consequência que se observa muito em função de ideias

que, embora não tratem expressamente do referido fenômeno, acabam por impulsioná-lo, como é o caso, por exemplo, do pensamento de Konrad Hesse, que sustentava a existência de uma “força normativa da Constituição”, a qual dependeria não apenas do seu conteúdo, mas também da sua *práxis*, a partir do que desenvolve também a concepção de “vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 21).

Hesse afirmava que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, de maneira que a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), o qual não poderia ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, não podendo a interpretação ignorar os fatos concretos da vida que condicionam a eficácia do direito e da Constituição (HESSE, p. 22).

A judicialização, no caso brasileiro, parece não ter sido um resultado imprevisto no contexto da ordem constitucional iniciada em 1988, pelo contrário. Uma leitura detida do texto revela que se trata de um resultado previsível e talvez desejado pelos constituintes, porquanto, além de traduzir um compromisso inescusável com a democracia social, a atual constituição também cuidou de criar novos mecanismos de tutela judicial que viabilizam a implementação de direitos e princípios de transformação social (VERÍSSIMO, 2008, p. 407-440).

Barroso (2009, p. 17-32) identifica três grandes causas para o fenômeno da judicialização no Brasil: a) a expansão institucional do Ministério Público, a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil, além do processo de redemocratização que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; b) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, híbrido ou eclético, combinando aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Essa notória expansão do Poder Judiciário tem se concretizado hodiernamente no cenário jurídico e também político brasileiro, seja pelo crescimento paralelo de órgãos com a função institucional de garantir direitos fundamentais e de zelar pela proteção do patrimônio público em

sua acepção mais ampla, seja pela constitucionalização do cotidiano, seja pela abrangência do controle de constitucionalidade.

Todos esses elementos, associados à competência do Supremo Tribunal Federal para dizer a última palavra em quaisquer questões que envolvam interpretação da Constituição, e ainda, somente para citar alguns exemplos emblemáticos, a ampliação do rol de legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão, além do aumento dos legitimados para propor ação direta de constitucionalidade, torna a judicialização um fenômeno incrustado na vida democrática brasileira.

2 CANDIDATURA AVULSA E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Um ponto central que se suscita a partir do reconhecimento da expansão da judicialização, fenômeno que avança sobre terreno antes dominado pela política tradicional (legislativo e executivo), diz respeito à dificuldade contramajoritária, isto é, uma das mais importantes críticas à atuação do poder judiciário na esfera antes ocupada pelos outros poderes relaciona-se à legitimidade democrática (ou a falta dela) do órgão judicial para desconstituir, anular ou declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica aprovada pelos representantes que obtiveram o voto popular (GARGARELLA, 1998)¹².

No *Federalista*, Alexander Hamilton (HAMILTON, MADISON e JAY, 2016, p. 380-381)¹³ apresenta justificativas para o exercício do *judicial*

¹² "Los problemas más obvios que Hamilton vino a enfrentar se vinculaban con interrogantes como los siguientes: cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo - esto es, por los representantes de la ciudadanía? cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces – funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular – sobre la voz de la ciudadanía? Hamilton se apresuró a dar respuesta a tales inquietudes y defendió así, pioneramente, la posibilidad de un control de las leyes, negando (lo que hoy denominaríamos) las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control".

¹³ "It is not otherwise to be supposed that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their *will* to that of their constituents. [...] The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. [...] in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in the statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former".

review pelos juízes, afirmando que nenhum ato legislativo que contrarie a Constituição pode ser considerado válido, pois nenhum deputado pode ser maior que aquele que está acima dele, nenhum representante do povo é superior ao povo em si, nenhum servo é superior ao seu mestre.

O caso paradigmático da Suprema Corte norte-americana, *Marbury vs. Madison*, é o marco mais importante no constitucionalismo norte-americano em termos de *judicial review*. O então presidente Thomas Jefferson decidiu não confirmar as indicações de alguns juízes que haviam sido realizadas pelo seu antecessor, entre eles Marbury, o qual acabou acionando perante a Suprema corte o secretário de Estado James Madison, o qual era responsável pela entrega dos diplomas de investidura no cargo de juiz, sob a alegação de que sua nomeação seria de competência da Corte, e não do Presidente (USA, 2018).

Ao final, o resultado foi a confirmação da competência da Suprema Corte para declarar a invalidade de leis incompatíveis com a Constituição, decisão que passou a representar o caso mais emblemático relativo ao controle de constitucionalidade, inaugurando o *judicial review* no constitucionalismo norte-americano, prática que ampliaria os poderes dos juízes e que seria, sobretudo na segunda metade do século XX e no início do século XXI, disseminada pelo mundo.

Alexander Bickel (1986, p. 27-28)¹⁴ ponderava que as democracias efetivamente dão vida à ideia, que é central ao processo de conquistar o assentimento dos governados, de que a maioria tem o poder em última instância de mudar os políticos ou as pessoas que tomam decisões e também de rejeitar parte de suas políticas, ou seja, a democracia parte de uma premissa igualitária, em que não há escalas certas por meio das quais seja possível medir todas as relevantes virtudes e capacidades dos homens.

Dessa forma, adequar o controle jurisdicional (*judicial review*) a essas pressuposições exige uma análise mais próxima da operação real do processo sob várias circunstâncias. Uma sugestão preliminar seria a de que a regra do princípio imposta pela Corte é raramente rígida, que a Corte tem modos de persuadir antes de tentar coagir e que, ao longo do tempo, uma

¹⁴ Tradução livre, em síntese, da seguinte passagem do texto: “Reference of specific policies to the people for initial decision is, with few exceptions, the fallacy of the misplaced mystics, or the way of those who would use the forms of democracy to undemocratic ends. It is not the way in which working democracies live. But democracies do live by the idea, central to the process of gaining the consent of the governed, that the majority has the ultimate power to displace the decision-makers and to reject any part of their policy. With that idea, judicial review must achieve some measure of consonance. [...] The premise of democracy is egalitarian [...] there is “no universal standard of superiority”, there are no sure scales in which to weigh all the relevant virtues and capacities of men [...]”.

opinião sustentada contra a norma que a Corte considera constitucional pode resultar em nulidade, direta ou pelo desuetudo. Ademais, pode ser que, se o processo é executado de modo apropriado, um aspecto da atual vontade popular - não apenas a eterna ou mística - encontra expressão na adjudicação constitucional. O resultado pode ser uma tolerável acomodação com a teoria e a prática da democracia (BICKEL, 1986, p. 27-28)¹⁵.

Partindo dessas vicissitudes históricas, principalmente do constitucionalismo norte-americano, fato é que a noção descritiva do Direito positivo, outrora predominante, revela-se atualmente inadequada, porquanto, conforme ressalta Susana Pozzolo (2005, p. 191), a matriz jusfilosófica positivista se funda num sistema carente de conteúdos morais, podendo, no máximo, aportar razões meramente prudenciais, as quais, todavia, não podem ser tidas como razões para a ação, ou seja, a expulsão dos valores do campo de investigação do juspositivismo torna-o obsoleto para o novo paradigma do Direito Constitucional.

Nessa quadra da história em que o juspositivismo não mais responde adequadamente às demandas de uma sociedade complexa e plural, a expansão do poder judiciário emerge como uma possibilidade contramajoritária, sobretudo em determinados casos que se referem à proteção de direitos das minorias historicamente excluídas do espaço público do poder, tais como as mulheres, afrodescendentes e homossexuais, grupos que têm baixa representação no parlamento brasileiro.

Além disso, no que diz respeito à justiça distributiva, como geralmente os pobres e destituídos do direito à educação raramente estarão numa posição que os habilite a exprimir os seus interesses políticos com efetividade, um legislativo democraticamente eleito e o executivo muitas vezes farão ouvidos moucos ante a chamada constitucional por uma maior igualdade, deixando a implementação de qualquer mandato textual “de direitos positivos” às clemências sensíveis do poder judiciário (ACKERMAN, 2013, p. 109).

A prática do constitucionalismo no Brasil revela que o juiz dificilmente é o único ator relevante na deliberação das políticas públicas no

¹⁵ Tradução livre de: “To bring judicial review into concord with such presuppositions requires a closer analysis of the actual operation of the process in various circumstances. The preliminary suggestions may be advanced that the rule of principle imposed by the Court is seldom rigid, that the Court has ways of persuading before it attempts to coerce, and that, over time, sustained opinion running counter to the Court’s constitutional law can achieve its nullification, directly or by desuetude. It may further be that if the process is properly carried out, an aspect of the current - not only the timeless, mystic - popular will finds expression in constitutional adjudication. The result may be a tolerable accommodation with the theory and practice of democracy”.

poder judiciário, especialmente porque, depois de implementada, a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores tanto do mundo político quanto da sociedade civil, ou seja, o fato de o judiciário ter, necessariamente, que lidar com essas contestações, força-o, mesmo contra sua vontade ou protelando ao máximo, a ouvir e a tratar de opiniões muitas vezes minoritárias e contrárias aos interesses que predominam no executivo e no legislativo (TAYLOR, p. 2007, p. 229-257).

No exercício do *judicial review*, o poder judiciário pode aplicar diretamente a Constituição a determinadas situações, com a atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional e, nesse contexto, basicamente são três os papéis que as supremas cortes e os tribunais constitucionais exercem quando acolhem o pedido e interferem nos atos do legislativo: papel contramajoritário, papel representativo (geralmente ignorado pela doutrina) e papel iluminista (em certos contextos limitados e específicos) (BARROSO, 2018, 217-266).

De acordo com Bickel (1986, p. 24-25)¹⁶, o governo deveria servir não apenas ao que nós concebemos, de tempos em tempos, como necessidades materiais imediatas, mas também a certos valores duradouros, ou seja, isso é, em parte, o que significa o governo sob a lei. Bickel afirma que, embora os homens na vida pública às vezes sejam capazes de basear suas ações por princípio, frequentemente, quando estão no parlamento, eles não o fazem, em razão da pressão por resultados imediatos, ocasião em que agem por conveniência em vez de assumir uma visão de longo prazo.

A ideia moderna de representação se contrapõe, insatisfatoriamente, ao desenvolvimento dos parlamentos, haja vista que a representação é um conceito jurídico e não político, é dizer, em virtude de um estatuto legal a vontade de uma minoria se considera como vontade do conjunto,

¹⁶ "It is a premise we deduce not merely from the fact of a written constitution but from the history of the race, and ultimately as a moral judgment of the good society, that government should serve not only what we conceive from time to time to be our immediate material needs but also certain enduring values. This in part is what is meant by government under law. [...] Men in all walks of public life are able occasionally to perceive this second aspect of public questions. Sometimes they are also able to base their decisions on it; that is one of the things we like to call acting on principle. Often they do not do so, however, particularly when they sit in legislative assemblies. The, when the pressure for immediate results is strong enough and emotions ride high enough, men will ordinarily prefer to act on expediency rather than take the long view.

mas a realidade política efetivamente prevalece à vontade majoritária dos parlamentares (JELLINEK, 1991, p. 73-76)¹⁷.

Nesse contexto, os sistemas seculares clamam pela evolução, por um *establishment* criativo e renovado, o que as legislaturas têm provado ser incapazes de nos oferecer, enquanto as cortes têm certas capacidades de lidar com questões de princípio que o executivo e o legislativo não possuem. Juízes têm, ou deveriam ter, o tempo livre, o treinamento e o isolamento necessário para seguir os caminhos do estudioso na busca dos fins do governo. Isso é crucial para decidir quais serão os valores duradouros de uma sociedade, o que as instituições não podem fazer bem, sobretudo se operarem a maior parte do tempo sob um diferente conjunto de engrenagens¹⁸.

Francisco Valenzuela (1993, p. 129 e 197) ¹⁹ afirma que as funções do parlamento são complexas, variando aquelas representativas, deliberativas, legislativas, de controle, políticas, até as de inspeção, jurisdicional, de comunicação, educativa, porém não considera o poder legislativo o único encarregado de realiza-las ou de ter a direção final delas, nem reputa o parlamento o guia indiscutível de uma nação, mas sim

¹⁷ "Ciertamente una oligarquía partidaria sustituye, en estos Estados, a la democracia, tratando desconsideradamente a quien se cruza en su camino. Con todo, en otros Estados la proliferación, a veces excesiva, de los partidos produce tal vez prejuicios aún más graves que el sistema partidario, en el que un número pequeño de partidos se esfuerza en mantenerse para poder gobernar. Aquí el interés partidario sustituye, a menudo, sin tapujos, al interés del conjunto, los partidos persiguen inmediatamente en las luchas parlamentarias sus objetivos mezquinos, regatean y comercian con el Gobierno para obtener algunas concesiones. Así, los Gobiernos se ven arrastrados, quieran o no, por el enrevesado sendero de una política insana con falsos compromisos que privilegia de modo excesivo a los intereses particulares partidistas".

¹⁸ "Our system, however, like all secular systems, calls for the evolution of principle in novel circumstances, rather than only for its mechanical application. Not merely respect for the rule of established principles but the creative establishment and renewal of a coherent body of principled rules - that is what our legislatures have proven themselves ill equipped to give us. [...] Moreover, and more importantly, courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society, and it is not something that institutions can do well occasionally, while operating for the most part with a different set of gears".

¹⁹ VALENZUELA, Francisco Berlín. **Derecho parlamentario**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. "[...] aunque son numerosas y trascendentes las aquí citadas, seguramente habrá quienes traten de algunas más, como ha habido quienes traten de algunas menos, ello no significa que consideremos al parlamento como el encargado de realizarlo y dirigirlo todo, ni como guía indiscutible de una nación, sino como agente y servidor eficiente y eficaz del dinamismo de la vida política que debe traducir lealmente la voluntad de cada pueblo".

como agente e servidor eficiente e eficaz do dinamismo da vida política que deve traduzir lealmente a vontade de cada povo.

Na história brasileira contemporânea e de outros países, sobretudo os ocidentais, o poder judiciário cada vez menos será composto por membros que se contentam em ser meros *bouches de la loi*. Esse contexto favorece a assunção não apenas de uma função técnica, mas também política, muito além do desejo interpretativista de contenção e de submissão às maiorias parlamentares, um estado de coisas que se afigura irrefreável nas hodiernas sociedades democráticas, circunstância que exige uma nova reflexão por parte dos conservadores textuais, que relutam em reconhecer essa nova realidade.

O caso que o Supremo Tribunal Federal (STF) irá decidir futuramente, em que se questiona se é constitucional um candidato sem filiação partidária poder disputar eleições, é emblemático das possibilidades abertas ao papel de interpretação das cortes de justiça. O Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria tratada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490, no qual um cidadão recorre de decisão que indeferiu sua candidatura avulsa a prefeito do Rio de Janeiro (RJ) nas eleições de 2016.

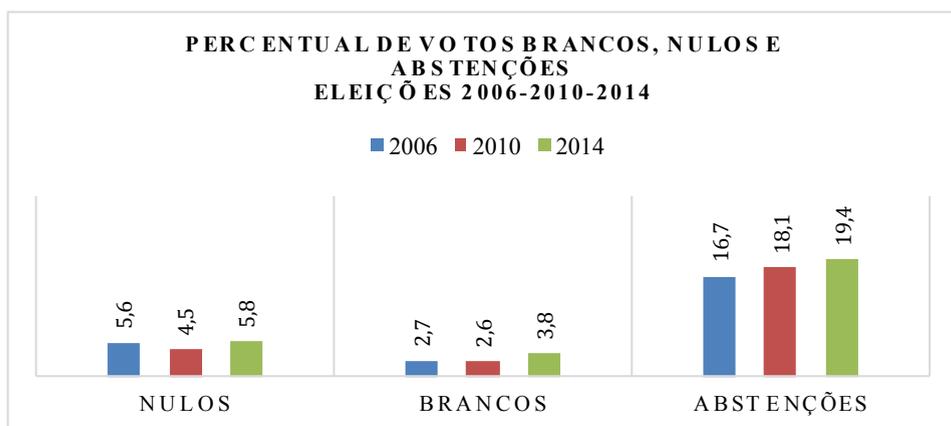
A questão que se coloca no referido caso a ser apreciado pelo STF é se seria constitucional uma candidatura avulsa a um cargo majoritário em face do texto constitucional original da Constituição de 1988, que em seu artigo 14, §3º, inciso V, proíbe candidaturas avulsas ao estatuir que a filiação partidária é condição de elegibilidade para qualquer pretendente a cargo eletivo nos três poderes (BRASIL, STF, Notícias do STF, 2018).

No recurso ao STF, o candidato sustenta que a norma deve ser interpretada segundo a Convenção de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que prevê o direito de os cidadãos “votarem e serem eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”.

Em sua manifestação preliminar, o ministro Luís Roberto Barroso pontuou que, na interpretação dada à Constituição de 1988, prevalece o entendimento de que a filiação partidária é condição de elegibilidade e, por consequência, são vedadas as candidaturas avulsas, e ainda ressaltou o STF deve debater e decidir se a interpretação dessa norma constitucional contraria o Pacto de San José da Costa Rica, que não prevê a exigência de filiação partidária (BRASIL, STF, Notícias do STF, 2018).

Obviamente, não se nega que há problemas também com o instituto da candidatura avulsa, da mesma forma como há vários embaraços com a representação política por meio da filiação partidária. Entre as inconveniências da primeira, podem ser citadas a restrição de pessoas aptas a disputar campanhas que apresentam alto custo financeiro, bem como a dificuldade de governar em eventual parlamento composto majoritariamente por pessoas filiadas a partidos políticos, ingovernabilidade e grande probabilidade de *impeachment* para os cargos do executivo, submissão à fisiologia do Congresso brasileiro, entre outras. Os incômodos do sistema de filiação partidária, por sua vez, já são amplamente conhecidos, compreendendo situações de corrupção, fisiologismo, compra de votos, nomeações políticas sem critério técnico, ineficiência administrativa, dificuldade de acesso aos partidos pelos cidadãos comuns e de boa fé, entre outras.

Os dados abaixo demonstram um progressivo e constante aumento das abstenções nas eleições majoritárias e proporcionais em nível federal e também para os cargos de governador e deputados estaduais nos últimos doze anos, além de uma tendência de alta no que diz respeito aos votos brancos e nulos:



²⁰ (DELFIM, 2018)

Tomando as eleições municipais de 2016, o número de eleitores que não compareceram às urnas no segundo turno, somado aos votos brancos e nulos, foi de aproximadamente 10,7 milhões de pessoas, considerando que naquele ano 57 municípios passaram pelo segundo turno,

²⁰

resultado superior ao de 2012, quando 50 municípios passaram por uma segunda rodada de votações. Esses dados correspondem a 32,5% dos 32,9 milhões de eleitores aptos a votar em 2016. No segundo turno das eleições municipais de 2012, por exemplo, o número de abstenções, votos brancos e nulos foi menor, computando 8,4 milhões (26,5% dos 31,7 milhões de eleitores aptos a votar) (CARAM, 2018).

Nas eleições de 2018, a abstenção variou 0,97 ponto percentual e alcançou 31.371.704 eleitores no segundo turno, ou 21,30%, registrou-se o número de 1.430.439 eleitores a mais que se abstiveram de votar em relação ao primeiro turno, dos quais os votos nulos representam 7,43% e os votos brancos 2,14%, de acordo com dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, TSE, Eleições 2018, 2018), o que representa uma diminuição em relação a eleição anterior, mas um número ainda alto, sobretudo se for considerado que o voto é obrigatório no país, além de haver restrições jurídico-políticas para quem não comparece às urnas para exercer a cidadania ativa.

Os votos em branco, votos nulos e abstenções constituem o que alguns doutrinadores entendem como “alheamento eleitoral”, podendo ser entendido como um elemento de denúncia, e de uma potencial ameaça ao sistema político tal como está estruturado, sobretudo se estiver associado a adesões numericamente significativas e organizadas em torno de uma proposta alternativa de organização social, além de tratar-se da expressão de um cenário de desigualdade de capacidades estruturais e cognitivas, que desmistifica a associação entre democracia ideal, horizontal e assembleísta, (grega ou rousseauiana) e democracias representativas contemporâneas (verticais e de distanciamento) (RAMOS, 2009, p. 170-199).

Se forem considerados os dados de alheamento eleitoral no segundo turno das eleições de 2016, o índice de não-participação efetiva atinge quase 1/3 (um terço) do eleitorado apto a votar nos grandes centros em que houve o segundo giro de eleição, o que notoriamente aponta para um desgaste da credibilidade e também da legitimidade do sistema eleitoral atualmente vigente no país, que promove pouca proximidade entre partidos políticos e a população em geral, além de viabilizar um distanciamento entre eleitor e eleito tão logo o pleito se encerre, inexistindo, na prática, instrumentos de *recall* ou fiscalização efetivos ao alcance daqueles que votam.

Nesse diapasão, um esforço interpretativista para afastar qualquer tendência de mutação constitucional do sentido, significado e alcance do

texto do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição de 1988, trata-se em verdade de uma atitude profundamente conservadora diante da realidade política do país, que necessita de novas práticas democráticas, ainda que não venham a resolver todos os problemas políticos, econômicos e sociais.

Parece estar com a razão Otto Bachof (2008, p. 70) ao sustentar que a afirmação, muitas vezes feita demasiado precipitadamente, da “impossibilidade lógica” de normas constitucionais inconstitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste a uma análise mais acurada. Entretanto, essa possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais não deriva de um direito natural transcendente, mas sim dos fatos, da mutação constitucional causada, tal como indicam Lothar Michael e Martin Morlok (2016, p. 70), por circunstâncias sociais e em razão das noções de valor que, por si sós, justificam a alteração da Constituição.

Além disso, o artigo 60, §4º, da constituição de 1988, prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais (BRASIL, Constituição, 2018). Em outras palavras, não há qualquer cláusula que impeça a inserção da candidatura avulsa no texto constitucional por meio de emenda ou, pelo menos, há uma tensão entre duas cláusulas pétreas: separação de poderes (reserva legal do parlamento) e garantia dos direitos individuais (direito a ser eleito sem partido).

Como enfatiza Bickel (1986, p. 16-17), o problema fundamental é que o *judicial review* é uma força contramajoritária no sistema de controle de constitucionalidade e, apesar de existirem várias maneiras de superar essa realidade inelutável, quando Marshall excogitou impor, em nome do “povo”, os limites próprios para as instituições de um governo limitado, a palavra “povo” então usada não passava de uma abstração, não necessariamente sem sentido ou perniciosa, em que pese sempre carregada de emoção. Para Bickel, tal vocábulo não se vincula necessariamente à ideia representativa, tratando-se de uma abstração que obscurece a realidade de que a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo ou de um ato do executivo eleito pela Suprema Corte, no fim das contas, frustra a vontade dos representantes do povo.

Não se desconhece a crítica ao *judicial review*, entre elas a que é empreendida por Ran Hirschl (2007, p. 15), para quem o poder das cortes envolve riscos de longo prazo, tais como a erosão da imagem das cortes como órgãos politicamente autônomos, o uso emulativo das

cortes para se digladiar com o governo, e acima de tudo o dilema que a delegação desses poderes legislativos às cortes, à medida que permitem a prolação de julgamentos que refletiriam as preferências ideológicas e que serviriam aos interesses políticos daqueles que concedem esse poder de legislar ao judiciário.

Entretanto, o poder legislativo não é o único protagonista do processo democrático. A abertura política a novos atores no processo eleitoral, mesmo que não se constitua numa panaceia para os vícios do processo político brasileiro, ao menos abre a possibilidade de que as estruturas partidárias tenham um elemento concorrente na corrida pela conquista do poder, o que, eventualmente, pode implicar em maior *accountability* e também *responsiveness* dos partidos políticos, instituições que não possuem competidores na disputa pelos cargos eletivos.

E necessariamente há uma tensão entre democracia e a transparência. Conforme afirmam Hollyer, Rosendorff e Vreeland (2011, p. 1191-1205), se a democracia é, por definição, transparente, então o grau em que os governos desfrutam e promovem o obscurantismo é simplesmente uma medida de sua não-democraticidade. As concepções que definem as democracias como regimes transparentes, em certo sentido, impedem que sejam formuladas questões importantes sobre a relação entre o regime político e o fluxo de informação. Portanto, a informação é valiosa para o eleitorado, que tem interesse em saber sobre ações e processos do governo, decisões de alocação e redistribuição, barreiras e restrições de mercado, incidência de impostos e subsídios e assim por diante.

Está cada vez mais evidente para os cidadãos brasileiros que a exclusividade dos partidos políticos na participação do jogo da política culminou nesse estado de coisas que atualmente envergonha os brasileiros e coloca o país entre as nações mais corruptas e desiguais do mundo. As estruturas partidárias não mais conseguem atender aos anseios da população. Mas poderiam voltar a ganhar o respeito dos brasileiros, e um primeiro passo nesse sentido seria acabar com essa “reserva de mercado eleitoral” concedida pela Constituição de 1988 aos partidos políticos.

Qual o sentido da vedação a pessoas físicas interessadas e apartidárias participarem do processo eleitoral? Não há razão de ser na exclusividade ou no monopólio do jogo político pelas agremiações partidárias, até porque não se advoga aqui a extinção dessas entidades, o que se pretende é que sejam renovadas, que comecem a se desfazer dos velhos vícios do fisiologismo e do patrimonialismo, que, por meio da

concorrência com outros grupos da sociedade civil, possam conquistar, com maior legitimidade ainda, os votos do eleitorado.

É por essa razão que o recurso ao interpretativismo no caso de atribuir uma pretensa e unívoca literalidade ao texto do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição de 1988 não mais se coaduna com o evoluir da história. Manter um sistema que não mais funciona de modo adequado, embora tenha sido desde o início adrede concebido pelos Constituintes de 1987-1988, sob o argumento único e exclusivo ao “originalismo” ou a um interpretativismo intransigente, não mais encontra ressonância numa sociedade já esgarçada pela corrupção e pelo descrédito das instituições. Aqui uma leitura moral da Constituição, além de necessária, é urgente.

A razão aqui inclina-se para Dworkin (1996, p. 80-81)²¹, que ressalta a falta de sentido da distinção tão apreciada por muitos juristas entre direitos catalogados e não catalogados na Constituição, visto que a interpretação legal é inerentemente holística, mesmo quando o alvo aparente da interpretação é uma única sentença ou mesmo uma única cláusula em vez de um documento, ou seja, qualquer intérprete deve aceitar restrições interpretativas - suposições sobre o que torna uma interpretação melhor que outra - e qualquer conjunto de restrições inclui um requisito de coerência.

O argumento interpretativista segundo o qual o direito somente pode ser interpretado de acordo com as regras que expressamente estão contidas na Lei Fundamental brasileira sequer encontra amparo na praxe judiciária do Supremo Tribunal Federal. Alguns casos podem ser mencionados para revelar que o poder judiciário, em particular a Suprema Corte brasileira, nem sempre se atém ao texto literal da Constituição. Apenas à guisa de exemplo, são decisões que se chocam com a gramaticalidade do texto constitucional o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, STF, ADI nº 4.277, 2011) e também a execução

²¹ “I must be clear. I am not arguing that the Supreme Court should enforce unenumerated as well as enumerated constitutional rights, any more than I meant to argue, in my remarks about a speaker’s meaning, that the Court is right to ignore or modify what the framers said. I mean that the distinction between enumerated and unenumerated rights, as it is commonly used in constitutional theory, makes no sense, because it confuses reference with interpretation. [...] Legal interpretation is inherently holistic; even when the apparent target of interpretation is a single sentence or even a single clause rather than a document. Any interpreter must accept interpretive constraints - assumptions about what makes one interpretation better than another - and any set of constraints includes a requirement of coherence. An interpretation of the Bill of Rights which claims that a moral principle embedded in one clause is actually rejected by another is an example not of pragmatism flexibility, but of hypocrisy.”

provisória da pena após a confirmação de acórdão condenatório proferido por colegiado em segunda instância (BRASIL, STF, HC nº 152.752, 2018).

Não há, portanto, qualquer impedimento a uma ampliação das hipóteses de se efetivar candidaturas que concorrerão no processo eleitoral, não fazendo mais sentido a exigência de filiação partidária para que um candidato possa concorrer a um pleito nas eleições brasileiras, mesmo porque uma decisão do poder judiciário que autorize que pessoas independentes, sem vinculação a partidos políticos, participem do certame eleitoral em igualdade de condições com outros candidatos vinculados a agremiações partidárias, não mais subsistindo um dever de fidelidade ao texto literal da Constituição.

Dworkin (2006, p. 132-134)²², ao responder à pergunta “quais fundamentos poderíamos oferecer para deixar de lado a fidelidade?” (à Constituição abstrata), apresenta três “virtudes” que poderiam ser pensadas como mais importantes no contexto constitucional. A primeira consistiria no fato de que nalgumas circunstâncias a fidelidade pode ser superada pela justiça, pois uma sociedade política pode encontrar-se sobrecarregada com um acordo constitucional que muitos dos seus membros agora consideram muito injusto. A segunda diz respeito à democracia em si mesma, isto é, o que ela significa? Pelo menos dois conceitos de democracia podem ser ressaltados: um estabelece que a regra da maioria é o caminho a ser trilhado e um outro, que enfatiza que não pode haver democracia a menos que as pessoas tenham, como indivíduos, uma posição igual no governo. Por fim, não pode haver um consórcio ou uma associação democrática a não ser que se garanta aos indivíduos uma esfera privada em que eles sejam livres para adotar decisões sobre religião e sobre ética por si mesmos, respondendo por sua própria consciência e julgamento, e não conduzidos pela maioria.

Nesse contexto, um arranjo constitucional que não mais seja considerado justo pela sociedade, cuja manutenção esteja pautada

²² “But what grounds could we offer for setting fidelity aside? [...] First, in some circumstances fidelity might be trumped by justice. A political society might find itself saddled with a constitutional settlement that many of its members now deem very unjust, and in some circumstances judges of that community might properly decide simply to ignore that constitution. [...] A second possible trump over fidelity is much more in point now. It is democracy itself. [...] For we can distinguish two concepts of democracy [...] The first is majoritarianism. The essence of democracy, according to this view, is that all issues of principle must be decided by majority vote: democracy, in other words, is majority rule all the way down. [...] Second, there can be no democracy so conceived unless people have, as individuals, an equal stake in government. [...] The third, there can be no democratic joint venture unless individuals are granted a private sphere within which they are free to make the most religious and ethical decisions for themselves, answerable to their own conscience and judgment, not that of a majority”.

apenas em interesses corporativos que não se vinculam aos objetivos fundamentais de um determinado Estado, não merecem prevalecer única e exclusivamente sob a justificativa do interpretativismo levado às últimas consequências, o que, em última instância, acaba se revelando uma postura profundamente irracional.

Da mesma forma, a democracia não deve entendida apenas como a ditadura da maioria, isto é, não pode transformar-se num procedimento meramente estatístico, em que um certo número de indivíduos ou escolhem diretamente os destinos políticos de uma nação ou, por meio de seus representantes, acabam elegendo os interesses que vão prevalecer politicamente, sem alternativa de acesso a direitos pelos vencidos no processo eleitoral.

Em outras palavras, a cada indivíduo, independentemente de aderir ao projeto da maioria, deve ter os seus direitos garantidos pelo Estado e pela Constituição, não pode ser sonogado um direito ou uma garantia com único propósito de assegurar o exercício exclusivo do poder no processo eleitoral por grupos partidários que, apesar de importantes para a construção de uma sociedade política mais livre e transparente, atualmente não têm desempenhado seu papel institucional a contento.

Para uma visão que transcende o processo democrático como procedimento quantitativo, isto é, no sentido de uma prevalência absoluta da regra da maioria, remete-se à posição de Luís Barroso (2018, p. 217-266), que vislumbra três papéis desempenhados pelo poder judiciário: a) *contramajoritário*: em razão do poder de declarar a inconstitucionalidade, os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática (dificuldade contramajoritária); b) *representativo*: a crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos tem gerado, nos últimos anos, porém, em muitos países, a expansão do poder judiciário e, notadamente, das supremas cortes (nos EUA, decisões nos casos *Griswold vs. Connecticut*, *Lawrence vs. Texas*); c) *iluminista*: no sentido de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens, propagando o pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos.

Diante do quadro institucional brasileiro, eventual reconhecimento da legitimidade e constitucionalidade da candidatura avulsa, no contexto de mutação constitucional provocada por demandas políticas provenientes da sociedade, emergirá como uma manifestação contramajoritária, representativa e, por que não dizer, iluminista do poder judiciário no exercício do *judicial review*, numa tentativa de impulsionar uma realidade sociopolítica atualmente marcada pela obstrução da participação popular, especialmente por estruturas patrimonialistas e antidemocráticas que se eternizam na arena do parlamento.

CONCLUSÃO

O monopólio da democracia não é e nunca foi do parlamento. Há outros atores que, juntamente com as casas legislativas, podem contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, mais plural, mais democrática, para além dos interesses setoriais de grupos partidários, ou mesmo econômicos e de classes sociais.

A adoção de mecanismos que expandam a liberdade e os direitos dos indivíduos, inclusive viabilizando a participação efetiva e ativa no processo eleitoral, é expediente que se coaduna perfeitamente com a democracia, e a candidatura avulsa pode configurar-se como um instrumento importante na melhora da prática política brasileira.

Nesse contexto, o papel contramajoritário, representativo e iluminista que eventualmente venha a ser exercido pela Suprema Corte no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1054490 consubstanciar-se-á na consolidação do poder judiciário como agente político capaz de viabilizar uma maior transparência no processo político-eleitoral brasileiro.

Não há dúvidas de que o velho e tradicional discurso, que muitas vezes fundamenta posições ainda atreladas a uma separação rígida de funções, não é mais consentâneo com uma sociedade complexa e plural, que não aceita mais posturas conservadoras que buscam preservar privilégios seculares.

Apesar de eventuais problemas que possam surgir, a implementação da candidatura avulsa é válida, sobretudo em face da descrença nas estruturas político-partidárias, que não têm nos últimos anos desenvolvido a contento o seu papel institucional demarcado pela Constituição, razão pela qual, mais do que uma possibilidade, é um dever do poder judiciário

ser contramajoritário, representativo e iluminista, permitindo, ao menos, uma tentativa de oxigenação da política.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Direção de Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, revisão da tradução de Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BALKIN, Jack M. The roots of the living constitution. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 92, p. 1129-1160, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=5617&context=fss_papers>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (editores). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 ago. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018: **Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Octubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Poder Judiciário. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio 2011, DJe-198, publicado em 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752**. Poder Judiciário. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04 abr. 2018, DJe-127, publicado em 27 jun. 2018.

BRITO, Miguel Nogueira. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Colección Civitas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

BULOS, Uadi. Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAM, Bernardo; RAMALHO, Renan. Abstenções, votos brancos e nulos somam 32,5% do eleitorado do país. **G1**, Brasília, 31 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/10/abstencoes-votos-brancos-e-nulos-somam-326-do-eleitorado-do-pais.html>>. Acesso em 06 ago. 2018.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 2, 2004. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

DELFIM, Rodrigo Borges. Inválidos, brancos e nulos não suspendem eleição, afirma TSE. Folha de São Paulo, São Paulo, 01 jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/invalidos-brancos-e-nulos-nao-suspendem-eleicao-afirma-tse.shtml>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge/MA: Harvard University Press, 2006.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: VÁZQUEZ, R. (Comp.). **Interpretación jurídica y decisión judicial**. México: Fontamara, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Mineola/NY: Dover Publications Inc., 2016.

HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. Traducción de Luís Tobio, 2. Ed, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. Cambridge/MA; Harvard University Press, 2007.

HOLLYER, James R.; ROSENDORFF, B. Peter; VREELAND, James Raymond. Democracy and transparency. **The Journal of Politics**, v. 73, n. 4, p. 1191-1205, 2011.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, traducción de Christian Förster, revisada por Pablo Lucas Verdú. Clasicos Políticos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, p. 1411-1478, 2004.

LOEWEINSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. vol. 1. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

POZZOLO, Suzzanna. Un Constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

RAMOS, Paola Novaes. Alheamento eleitoral: reflexões sobre o significado de votos em branco, votos nulos e abstenções na teoria política contemporânea. **Mediações-Revista de Ciências Sociais**, v. 14, n. 1, p. 170-199, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del Derecho**. Madrid: Trotta, 2014.

SCALIA, Antonin. Originalism: The lesser evil. **University of Cincinnati Law Review**, v. 57, p. 849, 1988.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: DADOS – **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 20, nº 58, enero-abril 2000. Disponível em: <<file:///C:/Users/parce/Downloads/Dialnet-MutacionConstitucionalYFuerzaNormativaDeLaConstitu-79672.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

USA. Supreme Court of the United States. **Reports: Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

VALENZUELA, Francisco Berlín. **Derecho parlamentario**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

VICHINKESKI, Anderson Teixeira. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan.-jun. 2012.

RESENHA DO LIVRO “TRANS-IDENTIDADE”: A TRANSEXUALIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO

REVIEW OF THE BOOK “TRANS-IDENTITY”: TRANSEXUALITY AND LEGAL ORDINANCE

Douglas Santos Mezacasa *

Dirceu Pereira Siqueira **

RESENHA

Com a percepção de que a sexualidade é parte essencial e fundamental da humanidade, se faz necessário entender que a sociedade precisa estar sustentada de informações para que essas novas identidades possam performarem as suas sexualidades e gêneros com liberdade (SMITH, SANTOS; 2017). Nesse ínterim, em virtude das novas consolidações das identidades sexuais, que ganham cada vez mais espaço na atual conjuntura, o livro “*Trans-Identidade*”: *a Transexualidade e o ordenamento jurídico* elaborado pelos autores Giann Lucca Interdonato e Marisse Costa de Queiroz, buscou identificar o entendimento jurídico frente a essas demandas sociais e refletir sobre as políticas públicas voltadas às pessoas transexuais. Para tanto, o livro foi dividido em duas partes. A parte I aborda questões conceituais e históricas acerca da transexualidade, das identidades e dos estudos de gênero, e, a parte II aborda as questões jurídicas relativas aos/às transexuais e propostas de políticas públicas voltadas a eles.

No primeiro capítulo da parte I do livro, intitulado “Introduzindo o conceito de gênero: A construção social dos sexos para além da biologia” os autores refletem o modo de identificação das pessoas na sociedade, que se dão por meio da linguagem e da cultura, afirmando que a existência do indivíduo como um ser biológico vem pré-determinado ao nascimento, mas, a maneira como ele se identificará no decorrer de sua vida passa

*Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Ensino de Maringá/PR - Unicesumar. Advogado.

**Pós Doutor do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Ensino de Maringá/PR - Unicesumar.

Artigo recebido em 09/10/2018 e aceito em 17/01/2019.

Como citar: MEZACASA, Douglas Santos; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Resenha do livro “Trans-identidade”: a transexualidade e o ordenamento jurídico. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.483, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive> .

por um processo de interferência histórica e cultural. Com base nas ideias de Michel Foucault, a autoria da obra evidencia que tais interferências, devido às relações de poder, se difundem como normas e comportamentos reguladores, estruturados em instituições sociais hierarquizadas, e que irão definir o que é ser homem e mulher.

Para conceituar gênero, os autores utilizaram as palavras de Scott (1995, p. 71-99) o qual afirma que o gênero é constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças entre os sexos que, de modo primário, dão significado às relações de poder, e de Lauretis (1994, p.206) que se utiliza da Teoria dos Discursos (semiótica) articulando que essas esferas ou espaços relacionais são tecnologias de gênero que, a partir disso, nascem diferentes tipos de subjetividades como a auto representações dos indivíduos. Ao findarem o capítulo, concluem que, para definir o sexo, não se considera, excepcionalmente, a morfologia genital, mas sim, diversos fatores sociais, culturais e legais, criando assim, as identidades de gênero.

Em decorrência dessas novas identidades de gênero, o capítulo 2 intitulado “O desenvolvimento dos direitos sexuais como direitos humanos” vem demarcar os direitos sexuais sob à ótica dos Direitos Humanos, incluído como um direito de terceira geração da escala divisória das dimensões dos direitos humanos, tendo como marco inicial a Revolta de Stonewall, em 1969, em Nova York e, destacando que essa conquista foi decorrente de lutas sociais travadas em prol da população LGBT que almejavam o fim da desigualdade social construída por padrões heteronormativos de comportamentos e valores. Esse movimento pela busca de direito também se deu pelo fortalecimento dos grupos sociais marginalizados, libertários e pacifistas, tais como o movimento feminista e os movimentos dos negros.

Para justificar a inserção dos direitos sexuais como um direito humano, os autores diferenciam a prática do sexo em diferentes épocas, estabelecendo que os antigos padrões “morais” ficaram demarcados pela ascensão da igreja católica na Idade Média, na qual a ideia de sexo era estritamente ligada ao pecado. De maneira distinta, ao mencionarem a sociedade grega clássica e a sociedade romana, afirmam que as práticas de relações homoeróticas eram práticas masculinas moralmente aceitas e reconhecidas socialmente. Posteriormente, demonstram as conquistas dos direitos homossexuais ao decorrer da história, perpassando pelo ano de 1973, período no qual a homossexualidade deixou de ser classificada como transtorno mental pela Associação Americana de Psiquiatria.

Contudo, os direitos sexuais somente passaram a ser discutidos na pauta dos Direitos Humanos a partir da IV Conferência Mundial sobre a Mulher que elencou no parágrafo 96 da Declaração e da Plataforma de Ação em Pequim o exercício da sexualidade da mulher, passando a dividir e diferenciar os conceitos de direitos reprodutivos e direitos sexuais, fazendo com que, além de oportunizar a tomada de decisão da quantidade de filhos que desejará ter e, se desejará ter, o texto da lei também trouxe o direito de exercer a sexualidade livre de discriminação, coerção ou violência. Nesse sentido, a sexualidade passa a ser discutida no campo dos direitos humanos como uma realização plena da expressão da intimidade, liberdade e intimidade do indivíduo.

No capítulo 3, “Entendendo a Transexualidade como Identidade de Gênero”, os autores iniciam o texto a partir da reflexão acerca do reconhecimento social dos/as integrantes do grupo LGBT que, de certa maneira, esbarra-se na cultura heteronormativa destacada na sociedade atual como comportamento padrão, o que acaba por marginalizar os diferentes tipos de orientações sexuais e identidades de gênero. Referem-se brevemente ao estudo da Teoria *Queer* e das Teorias Feministas como maneiras de problematizar o impacto da heteronorma. Para continuar a reflexão, os autores também subdividem parte do texto para explicar as variadas nomenclaturas que, possivelmente, ainda não estão claras para a formação da opinião pública, tais como, sexo biológico, hermafroditas, heterossexual, homossexual, intersexual, cisgênero, transgênero e travesti.

A problemática se instala no subcapítulo 3.2, intitulado “O “T” da questão: Transexualidade e Reconhecimento” quando os autores propõem a dificuldade de reconhecimento das identidades transgêneras em detrimento das identidades cisgêneras, que atualmente, são predominantes na sociedade. Citam o autor Pierre-Henri Castel que introduziu o “fenômeno Transexual” como um questão médico-sociológica que, com o desenvolvimento dos estudos da endocrinologia pode-se perceber que o “tratamento” se daria por meio da transformação sexual. Seria a partir desse “tratamento” que os transexuais alcançariam a auto identidade e, consequentemente, o reconhecimento social.

Logo após a década de 1970, com o avanço da tecnologia e com surgimento de novas técnicas cirúrgicas, a mudança de sexo tornou-se uma possibilidade concreta e acessível, corroborando para essa nova tendência, três grandes teorias interacionistas da sexualidade, sendo elas, a teoria psicossocial, psicanalítica e construcionista. Posteriormente, discutem-

se outras duas correntes etiológicas que explicam as identidades trans, pautadas nas ideias de Bento (2010, p. 206) sendo a Teoria Psicosssexual que considera a transexualidade decorrente de fatores externos como ambiente social e criação cultural e, de forma diversa, a Teoria Neuroendócrina que considera a transexualidade decorrente de fatores endócrinos como, o excesso de estrogênio no corpo. Tal recorte se conclui no pensamento de construir a identidade pautada não só sob o olhar médico, mas sim, pela ótica social de questões de gênero.

Na Parte II, capítulo 1 do livro, tratou-se de elucidar a maneira como o ordenamento jurídico reconhece essas identidades trans. Para tanto, iniciam destacando a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, explicando a necessidade de adequação do mundo jurídico frente às novas demandas sociais. Suscitam que as modificações do ordenamento jurídico ocorrem por consequências de demandas sociais que acabam forçando o surgimento de novas leis regulamentadores sobre o tema. Levantam a questão do ativismo judicial como forma de impulsionar o poder judiciário a pautar tais questões.

No capítulo 2, abordou-se a questão da patologização e os chamados diagnósticos de reconhecimento da identidade transexual, pautada no número da CID (10-F.64) da Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina (CFM) caracterizando a transexualidade como uma doença. Aborda, também, a questão de Políticas Públicas aos transexuais, para a cirurgia de transgenitalização oferecida pelo Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS) que conta com médicos e psicólogos especializados que farão o acompanhamento com o paciente e, posteriormente, emitirão o diagnóstico da transexualidade para autorização da cirurgia.

Quando novamente subdivido o capítulo, o subitem 2.2 denominado “O Reconhecimento da trans-identidade e a alteração do registro civil” acosta-se da possibilidade de alteração do nome no Registro civil pautado na efetivação dos direitos da personalidade, constantes do Código Civil Brasileiro, mais especificamente a garantia e proteção ao nome (art.16 do Código Civil). À época da elaboração do livro, final do ano de 2017, os autores suscitaram o problema de o Brasil carecer de legislação que regulamentasse e determinasse a alteração do nome de imediato. Abarcou também projetos de lei que abordavam a questão.

No subitem 2.3 do livro denominado “Os tribunais e a alteração do Registro Civil”, foi realizado um estado empírico de consulta às plataformas online dos Tribunais de Justiça dos Estados Brasileiros no

intuito de pesquisar os entendimentos dos Tribunais dos estados do Brasil sobre a questão de alteração do nome no Registro Civil aos transexuais. Os autores concluíram a pesquisa catalogando os resultados em três diferentes linhas argumentativas. A Primeira linha, conta com apenas três casos no Brasil (9,4%), fundamentando-se no não reconhecimento da identidade trans, negando o pedido de alteração do nome no Registro Civil, pautada no entendimento de que tal conduta poderia configurar como crime de falsidade ideológica. A Segunda linha, composta por quatorze casos no Brasil (43,7%), condicionam a alteração do nome atrelada à cirurgia de transgenitalização, pois, consideraram a transexualidade uma patologia e, a cirurgia seria a forma de obter a cura. E, a Terceira e última linha, contando com quinze casos decididos (46,9%), considerada pelos autores a linha mais inclusiva, baseada na ideia do pluralismo como valor sócio-político e cultural, autorizando a alteração do nome no Registro Civil sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização.

Posteriormente, no capítulo 3 intitulado “Lei Maria da Penha: Ótica transformadora do direito penal”, o capítulo se estrutura na ideia de estender a Lei Maria da Penha às mulheres trans, pois, o artigo 5º da Lei refere-se que a conduta tipificada deverá ser baseada no gênero e não no sexo. Tal diferenciação de nomenclatura é fundamental para abarcar a proteção das mulheres transexuais, haja vista que o termo “sexo” refere-se à natureza biológica e o termo “gênero” refere-se à construção social da identidade trans. Sob esse olhar, pautado nos Princípios de Yogyakarta cujo estado do Brasil é signatário, os Tribunais brasileiros vêm decidindo sobre a extensão da Lei Maria da Penha para as mulheres transexuais independentemente de cirurgia de transgenitalização.

A partir da apresentação dos capítulos do livro, pode-se constatar que a obra finda seu objetivo de analisar a ótica jurídica sobre a temática dos transexuais, perpassando por todo o entendimento de gênero, identidade e subjetividades, relacionando-as com as questões morais heteronormativas que ainda, infelizmente, estão enraizadas na nossa sociedade atual. Demonstrou-se de modo geral, que o preconceito presente em nossa sociedade, ainda impede a população de visualizar essas novas identidades que, aos poucos, ganham espaço em nossa sociedade.

Contudo, relevante foi demonstrar o estudo de caso na plataforma de jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros para demonstrar que o Brasil tem evoluído nas questões relativas ao gênero, principalmente no campo do Direito, que possui papel relevante

na efetivação destes, onde a maioria dos juízes tem decidido sob a efetivação dos direitos da personalidade, argumentando suas decisões no reconhecimento da diversidade sexual e aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir disso, como a obra aborda conceitos importantes e específicos sobre o tema, refletindo questões de gênero na sociedade contemporânea e analisando entendimentos dos tribunais do Brasil acerca da possibilidade de alteração do nome do transexual, o livro pode ser visitado por leitores que não tenham estabelecido proximidade com a temática, possibilitando diversos olhares sobre diversos aspectos relacionados aos transexuais. Daí a indicação do livro não só para a área do Direito, mas a todos os campos do conhecimento que objetivam discutir o tema de maneira crítica.

REFERÊNCIAS

INTERDONATO, Giann Lucca. QUEIROZ, Marisse Costa de. **Trans-Identidade. A transexualidade e o Ordenamento Jurídico.** v.1. Curitiba. Appris, 2017.

LAURETS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa B. (org). **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura.** Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

SCOTT, Jean. **Gênero:** uma categoria útil da análise histórica. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, nº 2, 1995.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira. SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. **Corpos, identidades e violência:** o gênero e os direitos humanos. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, v. 08, nº. 2, 2017.