Flávio Martins
Rubén Miranda
(coordenadores)

TEMAS AVANÇADOS DE
Direito Público e Privado

INIEC
Instituto Internacional de Educação Continuada

CESEG
USC

Coordenadores

Flávio Martins
Rubén Miranda

TEMAS AVANÇADOS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Trabalho decorrente do Módulo Internacional "Temas Avançados de Direito Público e Privado", realizado pelo *Centro de Estudos de Seguridad* da *Universidade de Santiago de Compostela* e pelo *Instituto Internacional de Educação Continuada*

INIEC

Todos os direitos reservados aos autores e coordenadores da obra. Nenhuma parte dela pode ser reproduzida sem o consentimento expresso dos coordenadores.

Os coordenadores não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou declarações dos autores nos capítulos publicados.

© Flávio Martins Jr. (Coordenador)

© Rubén Miranda Gonçalves (Coordenador)

© Os autores, pelo seu capítulo

1ª edição: 2023

ISBN: 978-84-09-20306-2

Edita: Instituto Internacional de Educação Continuada - INIEC

SUMÁRIO

Apresentação da obra. Flávio Martins e Rubén Miranda.....07

Capítulo 1 – A Incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no Direito Brasileiro: A dispensabilidade do decreto Presidencial. Flávio Martins.....08

Capítulo 2 – Notas sobre a Evolução da Família no Direito Civil Brasileiro: o Princípio da Afetividade nas Famílias Contemporâneas. Alice Ruiz Nardi.....18

Capítulo 3 – Constitucionalismo Abusivo como um recuo democrático: Um fenômeno mundial. Aline Monteiro Rodrigues Alves dos Santos.....29

Capítulo 4 – Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho na Pandemia. Aline Soler Piernas.....40

Capítulo 5 – A Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia no Brasil. Ana Carolina de Morais Blaskievicz.....50

Capítulo 6 – Quem tem fome tem pressa: uma análise das Convenções Internacionais sobre Prestação de Alimentos e o Princípio da Efetividade no CPC/15. Ana Paula Rangel da Silva Araújo Costa.....60

Capítulo 7 – O Povo pela Ditadura e contra Minorias: Uma dose fatal de democracia? Mathieu Giroud Koopman.....70

Capítulo 8 – O Polígrafo e o Contrato de Trabalho. André Reatto Chede.....74

Capítulo 9 – Crise Constitucional na América Latina: Uma Análise Crítica sobre a Desintegração do Estado Democrático de Direito na Venezuela. Andréa Juchem.....83

Capítulo 10 – Supremo Tribunal Federal como Agente Propagador do Constitucionalismo Abusivo. Barbara Aparecida Guimarães Correia Gomes e Gercina Alves Moraes Cavalcante.....95

Capítulo 11 – Desjudicialização e as serventias extrajudiciais: uma breve análise de como as serventias extrajudiciais facilitam o acesso à Justiça no Brasil. Bruna Thereza Fortes Roberto Karczmarski.....108

Capítulo 12 – A Universalidade dos Direitos Humanos e a Questão Cultural: uma análise sobre o caráter absoluto ou relativo dos direitos humanos e a “pesagem hipotética” como uma nova proposta de solução ao conflito aparente. Bruno Henrique Sordera Ribeiro de Ávila.....117

Capítulo 13 – Direitos Fundamentais e a Pandemia pela COVID-19 no Brasil: violação ao princípio do mínimo existencial e limites do retrocesso social. Carolina Caran Duque..130

Capítulo 14 – Governança Corporativa. Caroline Amorim Afonso Costa.....143

Capítulo 15 – Um Assunto para Além das Grades. Caroline Belizário Pinto da Silva....152

Capítulo 16 – O Trabalho Temporário como ferramenta de combate ao desemprego em tempos de enfrentamento da crise econômica no Brasil causada pela pandemia de Covid-19. Daniela Pires Laurentino Di Nizo.....159

Capítulo 17 – Lawfare e a Mídia: Reflexões no Brasil. Danilo Roberto Cuccati.....168

Capítulo 18 – A vulnerabilidade social na pandemia de Covid-19. Diego Henrique de Farias Franzo.....174

Capítulo 19 – A Conjugação de Vontades para a terminação de tratados internacionais. Diogo Abreu Leão.....179

Capítulo 20 – Direito dos Animais: Uma nova Dimensão dos Direitos Fundamentais. Eliete
Miranda.....188

Capítulo 21 – O Acesso à Justiça ao Beneficiário da Justiça gratuita no processo do trabalho: breves apontamentos. Evelyn Tomi.....197

Capítulo 22 – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Análise histórica e atual do instituto no Código de Processo Civil. Fabiana Monaco Bonini.....205

Capítulo 23 – Limitações a direitos fundamentais em tempos de crise sanitária: contornos sobre liberdade religiosa no Brasil. Fernanda Regina Pacífico.....216

Capítulo 24 – Educação constitucionalista. Fernando Monteiro Amorim.....226

Capítulo 25 – As Reformas Previdenciárias: as principais mudanças promulgadas em cada nova reforma e as suas consequências. Gabriel Arcanjo de Miranda.....234

Capítulo 26 – O Direito do Trabalho em tempos de Pandemia do Covid-19. Gina Márcia Ramos Alvarenga Buissa e Lourdes Chama.....243

Capítulo 27 – A obrigatoriedade da coerência das decisões judiciais por imposição dos princípios fundamentais da proteção da confiança e da isonomia. Gisele de Mello Covizzi.....253

Capítulo 28 – A crise do sistema democrático e a erosão da consciência constitucional: uma análise de como regimes democráticos consolidados são legalmente

enfraquecidos. Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana.....263

Capítulo 29 – O Tribunal do Júri e a legítima defesa da honra. Helio Sergio Ribeiro Caldas Filho.....273

Capítulo 30 – A liberdade de expressão e a teoria da posição preferencial. Ivana Maísa de Freitas.....282

Capítulo 31 – Liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise comparativa entre o Brasil e a Espanha e os EUA. Izabel Cristina da Silva Oliveira.....290

Capítulo 32 – Teoria das janelas quebradas: uma polêmica empreitada político-criminal. Izabela Coelho Fernandes.....297

Capítulo 33 – O novo Direito do Trabalho em tempos de pandemia: Brasil *versus* Espanha. Jéssica Daiane Hendscke.....306

Capítulo 34 – A cobrança dos juros compostos no sistema financeiro da habitação em confronto com a CF e direitos. João Carlos Pergola Orenstein Filho.....314

Capítulo 35 – Europa: um espaço também para os imigrantes e refugiados: um estudo baseado em Habermas. Jonathan de Araújo Neves.....322

Capítulo 36 – Ativismo judicial: do Direito à Política. José Alves Rosa Júnior.....336

Capítulo 37 – Startups. Juliana Amorim Afonso Costa.....344

Capítulo 38 – A aplicabilidade do Programa de *compliance* trabalhista como mecanimos de longevidade das empresas brasileiras. Karen Beserra Furtado.....355

Capítulo 39 – A Função Social da Sociedade de Economia Mista na Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Karina Santos do Prado Pessoa.....366

Capítulo 40. Reflexões acerca da (in)constitucionalidade do artigo 13 do Código Civil. Karine Koshiba Reis.....375

Capítulo 41 – O *compliance* e o Direito à Paz. Larissa de Castro Coelho.....388

Capítulo 42 – O Desenvolvimento Tecnológico e a Herança Digital. Larissa Fuentes...396

Capítulo 43 – *Backlash Effect* no Neoconstitucionalismo brasileiro: a necessidade de formação de diálogos interinstitucionais para defesa da Democracia. Letícia Saraiva de Souza.....403

Capítulo 44 – A Intervenção Sindical na normatização coletiva: uma medida a coibir os efeitos nefastos da Síndrome de *Burnout*. Letícia Bezerra Peixoto.....413

Capítulo 45 – Da necessidade de ampla e responsável acepção do *compliance* pela alta direção à luz de sua vital importância para a perenidade dos negócios empresariais e para a imagem reputacional das organizações. Lucas Ballardini Beraldo.....421

Capítulo 46 – O teletrabalho e o *home office* e suas implicações na sociedade pandêmica – Coronavírus. Lúcia Maria Lopes da Silva.....429

Capítulo 47 – A cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil e o dever de cooperação como garantia do acesso à Justiça. Luciana Sena.....436

Capítulo 48 – Análise da aplicação do Direito Internacional no chamado "turismo de vacina" durante a pandemia da Covid-19. Luiza Rodrigues Zim.....448

Capítulo 49 – O pensamento jurídico puro: a autonomia do pensamento jurídico. Márcia de Oliveira Souza Alberti.....457

Capítulo 50 – Imunidade Tributária dos Partidos Políticos no Brasil: reflexões sobre a delimitação e a subversão do instituto. Matheus Prestes Tavares Duarte.....467

Capítulo 51 – O uso do meio virtual nas audiências de conciliação e de mediação em tempos de pandemia da Covid-19: vantagens, desvantagens e as dificuldades enfrentadas por conciliadores e mediadores. Monai Kelem Barbosa Angelo.....479

Capítulo 52 – O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. Naiara Aparecida Lima Vilela.....490

Capítulo 53 – Filiação socioafetiva: aspectos jurídicos. Olivia Zacho Pacheco.....502

Capítulo 54 – A importância do ensino de Direito Constitucional na Educação Básica. Paloma Trindade Motta de Melo Silva.....508

Capítulo 55 – Brevíssimos apontamentos sobre a relação entre os fenômenos dos constitucionalismos "abusivo" e "teocrático" no Brasil, sob uma perspectiva jurídica e teleológica. Rodrigo Aparecido Garcia.....519

Capítulo 56 – Novo Marco Legal do saneamento básico e sua efetivação pelo neoconstitucionalismo. Viviane Macedo Costa. 529

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Essa obra é fruto do trabalho coletivo de inúmeros juristas brasileiros que participaram do Módulo Internacional "Temas Avançados de Direito Público e Privado", da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha, coordenado pelos professores José Julio Fernandez, Rubén Miranda e Flávio Martins.

A obra é formada por vários artigos sobre os mais variados temas do Direito Público e do Direito Privado, como a incorporação dos tratados internacionais sobre os direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, a evolução da família no Direito Civil brasileiro, o constitucionalismo abusivo (seus riscos e sua amplitude), teletrabalho, homofobia, democracia, direito social à alimentação etc.

Dessa maneira, estamos certos de que o leitor encontrará nessa obra uma importante fonte de informações e discussões relevantes e contemporâneas do Direito Público e do Direito Privado.

Agosto de 2022.

Flávio Martins Alves Nunes Júnior
Rubén Miranda Gonçalves
Coordenadores

CAPÍTULO I

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO: A DISPENSABILIDADE DO DECRETO PRESIDENCIAL

Flávio Martins

1.- Tratados e Convenções Internacionais: a origem

A origem histórica dos Tratados é muito remota, podendo ser notada desde doze séculos antes de Cristo. Como afirma Valério Mazzuoli, um dos maiores conhecedores do assunto, "o primeiro marco seguro da celebração de um tratado internacional, de natureza bilateral, diz respeito àquele instrumento firmado entre o Rei dos Hititas, Hattusil III e o Faraó Egípcio da XIX dinastia, Ramsés II, por volta de 1.280 a 1272 a.C., que pôs fim à guerra nas terras sírias (conhecida como batalha de Kadesh)"[1]. A Batalha de Kadesh (cidade localizada no atual Líbano), envolvendo os exércitos egípcio e hitita, ocorreu por volta de 1.274 a.C. O objeto da batalha era o controle da região da atual Síria, no Oriente Médio e envolveu a participação de dezenas de milhares de combatentes e cerca de cinco mil carros de combate e carruagens. A batalha levou hititas e egípcios a selarem um acordo de paz 16 anos depois. Esse acordo dizia respeito aos direitos dos refugiados de ambos os lados, bem como fixou um pacto de não agressão entre as duas nações.

2.- Tratados e Convenções: uma questão de nomenclatura

Como afirma Valério Mazzuoli, "a Convenção de Viena de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público"[2]. Essa Convenção regula questões pré-negociais (capacidade para concluir tratados), até o processo de sua formação (adoção, assinatura, ratificação etc.), sua entrada em vigor, aplicação provisória etc. Por isso é chamada de *Lei dos Tratados, Código dos Tratados* ou ainda *Tratado dos Tratados*. No Brasil, a referida Convenção foi ratificada no dia 25 de setembro de 2009, tendo sido promulgada internamente pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Coube ao artigo 1º, alínea "a", da Convenção de Viena, a definição dos tratados: "tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica". Dessa maneira, como afirma Mazzuoli, "a expressão *tratado* é uma expressão-gênero, que alberga dentro de si diferentes nomenclaturas"[3]. Dentre essas nomenclaturas está a *Convenção*, que é uma espécie de tratado solene e multilateral, normalmente decorrentes de

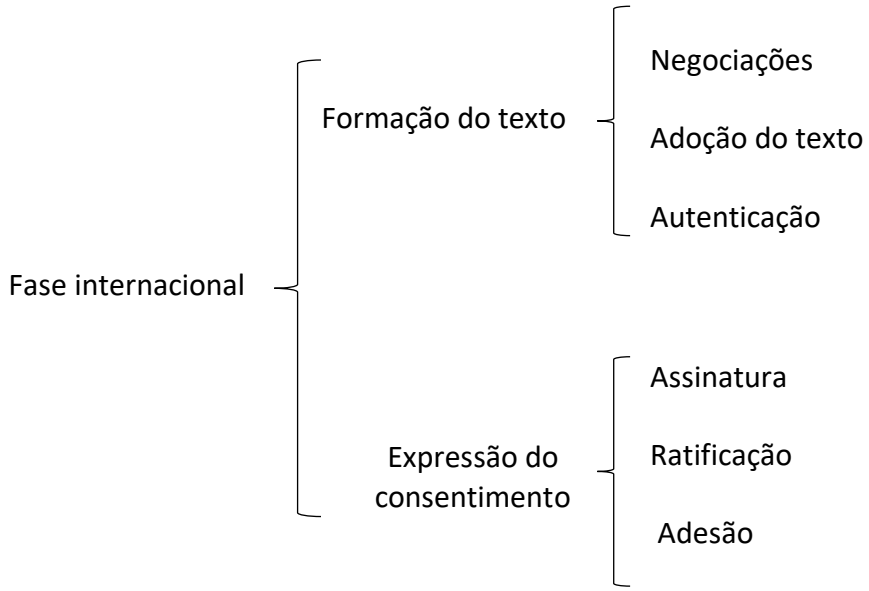
[1] *Direito dos Tratados*, p. 31.
[2] *Op. Cit.*, p. 35.
[3] *Op. Cit.*, p. 51.

conferências internacionais, que versem sobre assuntos de interesse geral em que haja um certo consenso.

Exemplo recente de *Convenção* é a "*Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância"*.

3.- Formação do texto convencional

Existem duas fases de formação dos tratados internacionais (aí incluindo, como vimos acima, as *convenções*): a primeira delas no plano internacional e a segunda delas no plano do Direito interno do país. À luz da obra já citada de Valério Mazzuoli, podemos assim sintetizar a primeira fase da formação dos tratados (a fase internacional):



3.1.- As negociações

Como afirma Valério Mazzuoli, "o processo de formação dos tratados tem início com os atos de *negociação*, que são geralmente da competência do Poder Executivo (*v.g.*, o Presidente da República ou o Ministro das Relações Exteriores), podendo tal prerrogativa variar de país para país"[4].

Por sua vez, uma Convenção, que envolve interesses multilaterais, normalmente as negociações ocorrem em uma organização internacional ou em uma conferência internacional "especialmente convocada para a discussão e elaboração de um ou mais tratados"[5].

Por exemplo, a *Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância* teve suas negociações iniciadas em 2005, quando Missão Permanente do Brasil junto à OEA apresentou à Assembleia Geral projeto de resolução que criou o Grupo de Trabalho encarregado de criar uma Convenção contra o racismo, em resposta aos compromissos assumidos pelos Estados da Região no processo preparatório à III Conferência Mundial contra o Racismo,

[4] Op. Cit., p. 99.
[5] *Op. Cit.*, p. 102.

realizada em Durban/África do Sul, em 20211. O Brasil assumiu a presidência do GT por quatro vezes e desempenhou papel de liderança no processo de negociação[6].

3.2.- A adoção do texto

Segundo Valério Mazzuoli, "as negociações de um tratado (quando findas com êxito) devem resultar de um pleno *acordo de vontades* dos contratantes. Tal *acordo* deve obrigatoriamente ser chancelado por um *ato jurídico*, para que somente assim seja tido por *válido*. Esse ato jurídico que chancela o acordo dos contratantes que pôs fim às negociações, é o ado de *adoção* do texto convencional"[7].

A adoção do texto está prevista no artigo 9º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "A adoção do texto do tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração (...). A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa".

Como afirma Valério Mazzuoli, a *adoção* é "um ato de vontade com o qual os Estados partícipes do procedimento de elaboração do tratado aceitam o *texto* final como conveniente, isso nada significando que os Estados já aceitam o tratado *enquanto norma jurídica vinculante* em relação a si" (grifamos)[8].

Quanto à *Convenção Interamericana contra o Racismo, A Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*, a adoção do texto se deu no dia 6 de maio de 2013, na cidade de Antígua, na Guatemala. Seis passíveis adotaram a referida Convenção: Antígua e Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Equador e Uruguai, depois de oito anos de negociações na Organização dos Estados Americanos (OEA), lideradas pelo Brasil.

3.3.- A autenticação

Ato imediatamente posterior à *adoção do texto* é a sua *autenticação*, ato através do qual o tratado ou convenção é considerado autêntico e definitivo. Está previsto no artigo 10, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "o texto de um tratado é considerado autêntico e definitivo: a) mediante o processo previsto no texto ou acordado pelos Estados que participam da sua elaboração; ou b) na ausência de tal processo, pela assinatura, assinatura *ad referendum* ou rubrica, pelos representantes desses Estados, do texto do tratado ou da Ata Final da Conferência que incorporar o referido texto".

Nas palavras de Valério Mazzuoli, a autenticação é "uma formalidade diplomática de caráter meramente *protocolar* (ou *notarial*). Esses dois momentos (adoção e autenticação) estão, porém, intimamente conectados: primeiro se *adota* o texto do tratado (trata-se do *consenso* que já se tem sobre ele) e subsequentemente se lhe atribui *autenticidade*, quando então passa a existir um texto *definitivo*"[9].

---

[6] Conforme informações disponíveis no site do governo federal brasileiro, na página do Ministério das Relações Exteriores: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/oea-aprova-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo-a-discriminacao-racial-e-formas-correlatas-de-intolerancia-e-a-convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia (acesso em 10 de junho de 2021).

[7] *Op. Cit.*, p. 104.

[8] *Op. Cit.*, p. 105.

[9] *Op. Cit.*, p. 108.

3.4.- A assinatura

Como lembra Valério Mazzuoli, "por assinatura deve ser entendido o sinal aposto por uma pessoa, grafado de próprio punho, ao final de um documento ou título, a fim de patentear que tal documento ou título foi elaborado com o seu conhecimento e que concorda com os termos dos dispositivos que ali se contêm. No que tange à assinatura de tratados, não há diferença conceitual, a não ser pela qualidade do sujeito que a manifesta, posto que ali participa o *representante* de um dado Estado soberano (o representante direto ou um plenipotenciário seu)"[10].

A assinatura é um ato *precário* "por ser provisório, uma vez que o tratado poderá jamais vir a ser ratificado e nunca entrar em vigor, visto que só a ratificação (troca ou depósito dos seus instrumentos) pode exprimir o *consensus* efetivo dos contratantes relativamente ao acordado"[11].

Nos termos do artigo 7º, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, para que uma pessoa possa representar o Estado nos atos relativos ao processo de formação de um tratado, como na assinatura, deve ser detentora de plenos poderes. Segundo o respectivo dispositivo, "uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados".

3.5.- A ratificação (após o referendo congressual)

Nas palavras de Valério Mazzuoli, "assinado o tratado pelos plenipotenciários será ele (em princípio) submetido à apreciação e aprovação do Poder Legislativo, antes da formalidade derradeira (e mais importante) da ratificação. No Brasil, a formalidade do referendo parlamentar é necessária antes da ratificação do tratado pelo poder competente"[12].

Assim, a *ratificação* somente ocorrerá depois do *referendo* do Congresso Nacional. Dessa maneira, não há que se confundir esses dois institutos. Antes de ser *ratificado* pelo Chefe de Governo, o tratado é *referendado* pelo Congresso Nacional. Tal referendo consta da Constituição Federal brasileira, no artigo 84, VIII, parte final: "Compete privativamente ao Presidente da República: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

O referendo congressual se dá por meio de decreto legislativo, votado de forma bicameral, pelo quórum de maioria simples (que é a regra geral dos *quóruns* do processo legislativo). Todavia, por força do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004), "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Tal referendo também se dá por decreto legislativo aprovado de forma bicameral, alterando-se apenas o seu quórum, equivalente ao da emenda constitucional.

[10] *Op. Cit.*, p. 114
[11] *Op. Cit.*, p. 114.
[12] *Op. Cit.,* p. 121.

Já a *ratificação*, que ocorre depois do referendo congressual, nas palavras de Valério Mazzuoli, "é, portanto, o momento mais importante (mais formal, solene etc.) da processualística dos atos internacionais, porque expressa definitivamente a vontade do Estado em participar das relações jurídicas reguladas pelo tratado e em submeter-se a todos os seus comandos"[13].

Dessa maneira, a *ratificação* pode ser distinguida da *assinatura* da seguinte maneira: "se a assinatura vincula juridicamente o Estado ao texto adotado, a ratificação vincula o Estado ao *tratado mesmo*, com todas as cláusulas obrigacionais que nele se contêm. Essa nova participação executiva se justifica pelo fato de poder terem sido alteradas as circunstâncias de sua celebração ou ser outro o momento político por que passa o Estado, a eventualmente não recomendarem seu engajamento definitivo"[14].

Como afirma Valério Mazzuoli, "a ratificação deve ser entendida como o ato por meio do qual a mais alta autoridade do Estado, com competência constitucional para concluir tratados, confirma a sua assinatura do acordo elaborado pelos plenipotenciários e exprime, definitivamente, no plano internacional, a vontade do Estado em obrigar-se pelo tratado, como o compromisso de fielmente executá-lo. Trata-se da expressão definitiva do consentimento em obrigar-se pelo tratado, a qual se traduz na informação formal que a autoridade nacional dá as autoridades dos outros Estados de que o tratado, concluído pelos seus plenipotenciários, é doravante obrigatório para o Estado que esta autoridade representa no cenário internacional"[15].

Quanto ao procedimento, esclarece Valério Mazzuoli: "a ratificação se consuma com a *comunicação formal* que um contratante faz ao outro (ou outros) de que aceitou obrigar-se definitivamente. Tal comunicação se materializa mediante a expedição de um documento chamado *carta de ratificação*, assinada pelo Chefe do Estado e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. É por meio dessa carta que o Governo de um Estado comunica ao Governo do outro (ou outros, via Secretariado das Nações Unidas, ou da OEA etc.) e a quem mais possa interessar que o texto do tratado foi definitivamente aceito e que o mesmo será inviolavelmente cumprido"[16].

Importante: apenas a ratificação não é suficiente para que o tratado ou convenção entre em vigor. Como afirma Valério Mazzuoli, "a entrada em vigor dos tratados dá-se por meio da *troca* ou do *depósito* dos instrumentos de ratificação em Estado ou órgão que assuma a sua custódia (*v.g.*, a ONU e a OEA). (...) A *troca* dos instrumentos de ratificação tem lugar nos tratados *bilaterais*. (...) O *depósito*, por sua vez, ocorre nos tratados *multilaterais*, quando cada Estado prepara apenas um instrumento de ratificação, que é enviado ao depositário do tratado previamente escolhido para tal finalidade"[17].

A ratificação é um ato irretratável. Como afirma Valério Mazzuoli, "tal irretratabilidade opera mesmo antes do compromisso ter entrado em vigor internacional, tendo como termo *a quo* a sua manifestação. (...) Não seria então razoável que, depois de todas essas oportunidades de *desistência*, pudesse o Chefe do Poder Executivo simplesmente voltar atrás no seu ato de vontade"[18].

---

[13] *Op. Cit.*, p. 122.
[14] *Op. Cit.*, p. 124.
[15] *Op. Cit.*, p. 125.
[16] *Op. Cit.*, p. 129.
[17] *Op. Cit.*, p. 130.
[18] *Op. Cit.*, p. 139.

3.6.- A adesão

A adesão só ocorre quando há o ingresso superveniente de um Estado, que não participou das negociações do tratado. Segundo Valério Mazzuoli, "a adesão consiste na manifestação unilateral de vontade do Estado, que exprime o seu propósito em se tornar parte de determinado tratado que não negociou nem assinou, ou, se o assinou, não o ratificou por qualquer circunstância ou o denunciou etc."[19].

4.- Entrada em vigor dos tratados

Entrar em vigor significa ter o tratado aplicabilidade plena entre as partes contratantes. O artigo 24, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, "um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores".

No caso da *Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*, o artigo 20 prevê a sua entrada em vigor: "Esta convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que se depositar o segundo instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos". Dessa maneira, ela entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, o trigésimo dia a partir da data em que foi depositado o segundo instrumento de ratificação ou adesão. O primeiro país a depositar o instrumento de ratificação foi a Costa Rica (em 2016), segundo pelo Uruguai (2017), Antigua e Barbuda (2018), Equador (2020), México (2020) e Brasil (2021).

Segundo o artigo 26 da Convenção de Viena sobre os Tratados, "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé". Da mesma forma, o artigo 27 da referida convenção afirma que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Dessa maneira, com a ratificação do tratado pelo chefe de Governo e seu respectivo depósito (quando multilateral), ele entra em vigor. Como afirma Valério Mazzuoli, "o Congresso Nacional, portanto, referenda o texto do tratado e *autoriza* (não obriga) o Chefe do Executivo a ratificá-lo, o que somente irá ocorrer (ou não, dependendo da vontade discricionária do Presidente) num momento posterior"[20].

Dessa maneira, é possível que um Tratado ou uma Convenção internacional seja referendada pelo Congresso Nacional, mas não ratificada pelo Presidente brasileiro. Sem a ratificação (ou adesão) e o subsequente depósito, não entrará em vigor, não podendo se exigível o seu cumprimento pelo Estado.

Foi o que ocorreu com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Embora ela tenha sido assinada em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, só teve sua ratificação depositada pelo Estado Brasileiro em 25 de setembro de 1992.

No caso da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ela foi adotada em 06 de maio de 2013, entrando em vigor em 11 de novembro de 2017. Foi ratificada pelo Brasil em 12 de maio de 2021

[19] *Op. Cit.*, p. 142.
[20] *Op. Cit.*, p. 358

e teve essa ratificação depositada junto à Secretaria Geral da OEA no dia 28 de maio de 2021[21].

Como afirma Valério Mazzuoli, "a entrada em vigor dos *atos multilaterais*, por sua vez, exige um procedimento um pouco mais complexo. Neste caso, publicado o decreto legislativo, para que o ato multilateral entre em vigor é necessário que ele seja *ratificado*. Ou seja, após a assinatura do tratado e posterior aprovação pelo Congresso Nacional, deve ser *depositado* o instrumento de ratificação da parte brasileira junto ao Governo ou organismo internacional responsável pelas funções de depositário"[22].

Dessa maneira, resume o autor sobredito que "não é propriamente a ratificação que dá efeito ao tratado, mas sim a *troca* (tratados bilaterais) ou o *depósito* (tratados multilaterais) da carta ou dos instrumentos de ratificação no lugar (*v.g.*, o Estado) indicado pelo próprio tratado ou no organismo internacional respectivo"[23].

4.1.- O decreto presidencial

Como afirma Valério Mazzuoli, "depositado o instrumento de ratificação junto ao Governo ou organismo responsável pelas funções de depositário, a prática brasileira, seguindo a tradição lusitana, tem exigido deva o Presidente da República - a quem a Constituição dá a competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII) - expedir um *decreto de execução*, promulgando e publicando no *Diário Oficial da União* o conteúdo do tratado"[24].

Todavia, "não há regra na Constituição de 1988, entretanto, que estabeleça esse procedimento, sendo produto de uma *praxe* nascida com o primeiro tratado concluído pelo Império brasileiro. Com efeito, o Tratado do Reconhecimento da Independência e do Império, assinado com Portugal aos 29 de agosto de 1825, foi internamente promulgado, depois de trocados os instrumentos de ratificação, por um decreto de 10 de abril de 1826"[25].

Historicamente, o STF sempre entendeu ser necessário o decreto presidencial para que o tratado internacional ingresse no ordenamento jurídico brasileiro (Carta Rogatória n. 8279, da República da Argentina, de 4 de maio de 1998).

No caso da *Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*, algo heterodoxo ocorreu. Isso porque o Presidente da República *ratificou* a respectiva convenção (o que foi bastante alardeado pela própria imprensa oficial) e, dias depois, *depositou* junto à OEA o respectivo instrumento de ratificação. Não obstante, apesar dessas manifestações públicas, não editou o decreto presidencial por meses.

Para uma posição doutrinária e jurisprudencial mais conservadora, sem esse decreto presidencial, a Convenção Interamericana contra a Racismo não seria aplicável internamente. Todavia, essa não parece ser a posição mais adequada, já que ela é incompatível com o texto e o espírito da Constituição e da Convenção de Viena sobre os Tratados.

---

[21] Informações presentes no site da OEA: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp#Antigua

[22] *Op. Cit.*, p. 373.

[23] *Op. Cit.*, p. 374

[24] *Op. Cit.*, p. 375.

[25] *Op. Cit.*, p. 375.

Primeiramente, como afirmamos anteriormente, a Constituição Federal não exige a edição do decreto presidencial para entrada em vigor dos tratados e convenções internacionais. Isso ganha ainda maior razão quando os tratados e convenções são aprovados nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (o mesmo procedimento das emendas constitucionais). Ora, se nas Emendas Constitucionais não há sanção ou veto presidencial, o mesmo deve ocorrer com os tratados e convenções internacionais aprovados dessa maneira. Foi o que afirmou André de Carvalho Ramos, "que vislumbra ter a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), ao incluir o § 3º ao art. 5º da Constituição, propiciado muito mais do que a elevação da hierarquia normativa de tratados de direitos humanos aprovados por procedimento específico ao patamar de emenda constitucional. Segundo o autor, a inovação teria impactado todo o *iter* procedimental para transpor essas convenções ao universo interno, ocasionando a presença do Presidente da república apenas na fase de celebração"[26].

Com afirma Valério Mazzuoli, "o pretenso dispositivo não é encontrado, simplesmente porque não existe. Nenhuma constituição brasileira jamais trouxe dispositivo expresso e taxativo determinando esse procedimento de promulgação interna de tratados. Nunca houve regra expressa na história do constitucionalismo brasileiro a determinar que os tratados internacionalmente ratificados pelo Presidente da República devessem ser promulgados internamente, via decreto executivo, para que somente assim pudessem ter vigência e aplicabilidade internas"[27].

Nesse sentido também afirma Heleno Taveira Tôrres: "parece não ser aceitável que um tratado, elaborado por autoridades competentes, segundo a designação constitucional e a aquiescência internacional, devidamente autenticado e assinado, reconhecido pelo Poder Legislativo, pelo referendo atribuído pelo Decreto Legislativo, com ulterior publicação deste, e ratificado, gerando o compromisso da República Federativa do Brasil na ordem internacional, perante outra ou várias nações signatárias, apesar de tudo isso, tenha que ficar à mercê de um ato administrativo, o Decreto do Presidente da República"[28].

Também concorda com essa tese a professora Flávia Piovesan: "a incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro - sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação - traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a estes mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência"[29].

Essas também são as palavras de Valério Mazzuoli: "seria um contrassenso admitir que um Estado seja obrigado a executar um tratado no plano internacional,

---

[26] *Apud* Ricardo Victalino de Oliveira. *A Abertura do Estado Constitucional Brasileiro ao Direito Internacional*. P. 148.

[27] *Op. Cit.*, p. 378

[28] *A aplicação dos Tratados*, *apud Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Direito Interno Brasileiro e sua Posição Hierárquica no Plano das Fontes Normativas*.

[29] *Direitos Humanos*, p. 99.

desde a sua ratificação, e que esse mesmo tratado não possa ser aplicado internamente por faltar-lhe a promulgação executiva"[30].

Em outras oportunidades, o governo brasileiro considerou como sendo a entrada em vigor dos tratados internacionais a data da troca ou do depósito dos instrumentos de ratificação. Por exemplo, no decreto 2.095, de 1996, que promulgou o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, afirmou o Estado brasileiro: "considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento em epígrafe em 7 de maio de 1996, passando o mesmo a vigorar para o Brasil em 6 de junho de 1996, na forma de seu artigo 16". Por isso, como afirma Valério Mazzuoli, "isso tudo somado demonstra que até mesmo o Governo brasileiro considera que o tratado internacional entra em vigor *antes* da sua promulgação exatamente na data da troca ou do depósito dos instrumentos de ratificação"[31].

Dessa maneira, entendemos que, com o depósito da ratificação da Convenção Interamericana contra o Racismo, ela já era aplicável internamente no Brasil. Ora, segundo o artigo 27 da Convenção de Viena, "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". No caso, o descumprimento interno do tratado é ainda mais grave porque a exigência do decreto presidencial nem se encontra "no direito interno", tratando-se apenas de uma praxe jurídica referendada por parte da doutrina e jurisprudência.

Se essa tese pode ser aplicada para quaisquer tratados ou convenções internacionais, parece-nos irrefutável quando se trata de tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovadas nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Ora, a própria Constituição afirma que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em ada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". A Constituição brasileira condiciona a equivalência do tratado ou convenção à uma norma constitucional à aprovação qualificada pelo Congresso Nacional, não fazendo qualquer referência a decreto presidencial posterior. Lembre-se também que o procedimento de aprovação de uma emenda constitucional qualquer não depende de posterior sanção, veto ou promulgação do Presidente da República (art. 60, CF).

Concorda com nossa posição Marco Antonio Corrêa Monteiro: "o artigo 5º, § 3º, da Constituição atribui consequências jurídicas aos tratados internacionais de direitos humanos que, ao término do procedimento de celebração, terem sido aprovados, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, e essas consequências são condensadas na prescrição 'serão equivalentes às emendas constitucionais'. Em razão disso, tudo o que decorrer da aprovação do decreto legislativo, que finaliza o procedimento de celebração dos tratados internacionais de direitos humanos, deverá 'ser equivalente às emendas constitucionais', inclusive o procedimento de incorporação e a posição hierárquica desses tratados internacionais de direitos humanos "[32].

---

[30] *Op. Cit.*, p. 381.

[31] *Op. Cit.*, p. 382

[32] *Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Direito Interno Brasileiro e sua Posição Hierárquica no Plano das Fontes Normativas.* p. 110. Conforme o autor, não há que se falar em insegurança jurídico, pois "o tratado internacional de direitos humanos será, sim, promulgado e publicado; somente não o será pelo Presidente da República. É atribuição das Mesas da Câmara dos

Dessa maneira, discordamos da posição tradicional, clássica e vetusta, amparada em tradições lusitanas, que nada têm de compatível com o arcabouço constitucional, máxime no que toca aos direitos humanos. Por exemplo, João Grandino Rodas afirma que "Em razão do costume assente, a aprovação dos tratados no Brasil segue o mesmo processo da elaboração da lei. As Constituições brasileiras não se referem à internalização dos tratados no direito interno, continuando, nesse tocante, o Brasil a seguir a tradição lusitana de promulgar o tratado já ratificado por meio de decreto do Executivo"[33]. Ora, utilizando-se esse argumento (de que os tratados seguem os procedimentos legislativos), em se tratando de tratado internacional sobre direitos humanos, com *status* de emenda constitucional, não existe a participação do Poder Executivo na promulgação ou publicação, nos termos do artigo 60, da Constituição Federal. Dessa maneira, entendemos ser, nesses casos, dispensável o decreto presidencial para que os tratados internacionais ingressem no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas

ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos. *Relações Internacionais do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Direito Interno Brasileiro e sua Posição Hierárquica no Plano das Fontes Normativas*. Dissertação de Mestrado. USP. 2008.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. *A Abertura do Estado Constitucional Brasileiro ao Direito Internacional*. Tese de Doutorado. USP. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: Uma Nova Perspectiva na Relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 106/107. P. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

RODAS, João Grandino. *Tratado Internacional só é executório no Brasil depois da promulgação e publicação.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-dez-24/olhar-economico-tratado-executorio-depois-promulgacao. Acesso em 21/06/2021.

Deputados e do Senado Federal a promulgação e publicação desses tratados internacionais de direitos humanos, mediante promulgação e publicação do respectivo decreto legislativo. Assim acontece com as Emendas Constitucionais e nem por isso afirma-se que há insegurança jurídica nesse procedimento" (p. 111).

[33] *Tratado Internacional só é executório no Brasil depois da promulgação e publicação*, p. 1.

CAPÍTULO 2

NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

Alice Ruiz Nardi

1. Introdução: A evolução da família no direito brasileiro

O tema tratado no presente estudo discorre sobre a evolução da família no Brasil, para que seja possível partir de um breve estudo geral para o estudo particular, compreender por meio de uma investigação científica a respeito de como a família atualmente é baseada no princípio da afetividade.

Este estudo pretendeu responder ao seguinte problema de pesquisa: Como o princípio da afetividade impacta nas relações de família e se este traz reflexos jurídicos? Um indivíduo pode ter pai/mãe socioafetivo?

1.2. O conceito de família ressignificado e sua diversidade

É difícil conceituar o termo família, mas ao analisarmos brevemente sua história podemos observar sua ressignificação nos dias de hoje.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a família deixou aquela rigidez patriarcal e patrimonialista, sendo uma família mais plural, porosa, maleável. Temos no artigo 226 da Constituição Federal o Princípio da pluralidade das entidades familiares, reconhecendo diversas formas de família, além de outros regramentos.

Ademais temos a família homoafetiva, reconhecida no julgamento da ADPF 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, bem como a família anaparental que não é mencionada expressamente, mas é amplamente reconhecida. Temos também a formação clássica de família, a matrimonial e a família informal, monoparental, reconstituída, paralela, natural, e a eudemonista, que serão brevemente abordadas a seguir.

1.2.1 A família matrimonial

Esta família é identificada pela clássica do casamento, uma relação formal consagrada pelo sacramento da igreja que une de forma indissolúvel um homem e uma mulher, que os vínculos também foram solenizados pelo Estado que durante um período de tempo só reconheceu o matrimônio como constituição legítima de família. [34]

Nesse caso apenas com o casamento existiria a filiação legítima.

[34] MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.40.

1.2.2 A família informal

A família informal é uma resposta à evolução da família, que antes era sinônimo de família marginal, embora figurasse como panaceia das rupturas matrimoniais, visto que não havia o divórcio no direito, servindo de válvula de escape para quem era desquitado e não poderia se casar novamente, pois o matrimônio era vitalício e indissolúvel. [35]

Com a Constituição Federal de 1988 essa situação foi alterada para união estável, na verdade, foi reconhecida como união estável.

Portanto, a família informal decorre da união estável, na qual os indivíduos optaram por não se casarem, tratando o Código Civil de 2002 essa modalidade de família de forma diversa do casamento, por vezes não atribuindo os mesmos efeitos, como a inaplicação da presunção *pater is est*. No entanto, os Tribunais reagem à discriminação comparado à família matrimonial e decidiram que casamento e união estável possuem os mesmo valor jurídico também em termos sucessórios. [36]

1.2.3 A família monoparental

É a família em que um progenitor convive exclusivamente com o responsável por seus filhos. Podem ser núcleos formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, ainda que o outro genitor esteja vivo, tenha falecido, ou seja, desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira. [37]

1.2.4 A família reconstituída

Como a família deixou de ser centrada no casamento, no matrimônio, novos arranjos foram se desenvolvendo.

Ocorre essa família quando um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores. Isto resulta em uma pluralidade de relações e múltiplos vínculos, interdependência, bem como ambiguidade de compromissos. Os casais trazem seus filhos de relações anteriores para a nova família. Forma-se um mosaico. [38]

Nas lições de Madaleno, "a partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação, ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Seguindo sua trajetória de vida e, sobrevindo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de *família reconstituída*, *mosaica* ou *pluriparental*. A família reconstituída é a estrutura familiar

[35] MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.47-48.
[36] CAMACHO, Michele Vieira. *Multiparentalidade e efeitos sucessórios.* 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 68.
[37] MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.49.
[38] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias.* 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p.

originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente"[39].

Corrobora Tartuce, exemplificando: "Família mosaico ou pluriparental, aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros. Utiliza-se o símbolo do mosaico, diante de suas várias cores, que representam as várias origens. Ilustrando, A já foi casado por três vezes, tendo um filho do primeiro casamento, dois do segundo e um do terceiro. A, dissolvida a última união, passa a viver em união estável com B, que te cinco filhos: dois do primeiro casamento, um do segundo, um do terceiro e um de união estável também já dissolvida" [40].

1.2.5 A família paralela

É possível observar nos dias de hoje que existem novos arranjos familiares, conforme já estamos tratando no presente estudo, contudo este arranjo não observa o Princípio da monogamia, que é aquele em que há uma exclusividade entre os parceiros, uma exclusividade conjugal dentro de um núcleo familiar (muitos consideram a monogamia como um valor e não como um princípio, mas o fato é que no nosso ordenamento quem está casado uma vez só poderá casar novamente ou firmar contrato de união estável se não estiver mais casado, ou estar separado de fato para convalidar uma união estável).

Ou seja, neste arranjo, que na verdade não é novidade na sociedade, pode existir mais de uma família. No raciocínio de Madaleno: "ressalvadas as uniões estáveis de pessoas casadas, mas de fato separadas, uma segunda relação paralela ou simultânea ao casamento ou a outra união estável é denominada concubinato e não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o artigo 1.727 do Código Civil. Pouco importa que apenas um dos concubinos seja casado e coabite com o seu cônjuge, pois é a preexistência do casamento ou de outra união estável paralela com a permanência do esposo ou companheiro no lar conjugal que cria a aura de abstração ao conceito de estável relação. Não ingressam nesta afirmação os chamados concubinatos putativos, quando um dos conviventes age na mais absoluta boa-fé, desconhecendo que seu parceiro é casado e que também coabita com o seu cônjuge, porquanto a lei assegura os direitos patrimoniais gerados de uma união em que um dos conviventes foi laqueado em sua crença quanto à realidade dos fatos" [41].

A questão da boa-fé pode ser vista como um problema visto que nem todos a possuem nas relações. Há muita controvérsia diante de relações paralelas, principalmente em um momento de herança, ou de, por exemplo, resolver questões de previdência social, mas este não será o objeto deste estudo.

---

[39] GROSMAN, Cecília P. ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio.* Buenos Aireis: Editorial Universidad, 2000, p. 35 *apud* MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.49.

[40] TARTUCE, Flávio**.** *Manual de direito civil:* Volume único. 5 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 877-878.

[41] MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 55.

Este tipo de família costuma sofrer reprovação social, formada pelos impedidos de casar, segundo artigo 1.521, inciso VI do Código Civil, salvo os casados, no entanto separados de fato. Não é admitido que um dos integrantes coexista em outro relacionamento estando à margem de um casamento [42], mas vimos que isto não impede esse tipo de família de existir de fato.

1.2.6 A família natural

De acordo com o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente a família natural é aquela formada pelos pais, ou qualquer destes e os seus descendentes.

No entendimento de Madaleno: "(...) deveria ser o equivalente à família biológica, não fosse a evidência de que a família tanto pode ser biológica como socioafetiva, pois há muito deixaram os laços de sangue de ser a única forma de constituição da família. Entretanto, não há como esconder que o conceito estatutário da família natural está orientado no seu traço biológico, pois a família natural adviria da gestação da mulher" [43].

Família natural é aquela cujo núcleo familiar é composto pelo filho menor e ao menos um de seus pais consanguíneos. A palavra natural é proveniente da natureza, ou seja, o genitor tem vínculo consanguíneo com o menor. [44]

Conforme Oliveira é preciso também estender tal conceito para alcançar as filiações decorrentes de reprodução assistida heteróloga: "(...) apesar de não haver um vínculo consanguíneo, o mirim nasceu sob a batuta paterna e materna dos "encomendadores" da reprodução artificial. Nos idos da década de 90, o legislador, ao empregar o termo família natural ao longo do ECA (fazendo alusão à família que a "natureza" dá), não atentou para o fato de que, com as técnicas de reprodução assistida heteróloga, a ciência também pode gerar uma filiação. Para efeitos legais, o conceito de família natural tem de alcançar essa nova realidade" [45]

---

[42] CAMACHO, Michele Vieira. *Multiparentalidade e efeitos sucessórios.* 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 70.

[43] MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 68.

[44] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Princípio da prioridade relativa da família natural:* diretrizes para as soluções de conflitos e para o legislador. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, Outubro 2020 (Texto para Discussão nº 287), p. 3. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td287#:~:text=Trata%2Dse%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20expressamente%20adotada%20pelo%20ECA.&text=Fam%C3%ADlia%20natural%20%C3%A9%20o%20n%C3%BAcleo,v%C3%ADnculo%20consangu%C3%ADneo%20com%20o%20menor.> Acesso em: 28 fev. 2021.

[45] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Princípio da prioridade relativa da família natural:* diretrizes para as soluções de conflitos e para o legislador. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, Outubro 2020 (Texto para Discussão nº 287), p. 3-4. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td287#:~:text=Trata%2Dse%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20expressamente%20adotada%20pelo%20ECA.&text=Fam%C3%ADlia%20natural%20%C3%A9%20o%20n%C3%BAcleo,v%C3%ADnculo%20consangu%C3%ADneo%20com%20o%20menor.> Acesso em: 28 fev. 2021.

Ao buscar uma formulação geral, Oliveira (2020, p. 3) afirma que "família natural é o núcleo composto entre o filho menor e os pais "originários" (os primeiros pais), que podem ter ou não vínculo consanguíneo". [46]

1.2.7 A família eudemonista

Esta família é aquela que busca a felicidade, a realização plena de seus membros. "O eudemonismo (do grego eudaimonia, "felicidade") é, portanto, uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. A felicidade não se opõe à razão, mas é a sua finalidade natural. Não obstante a clareza do significado e, em princípio, a novidade do termo, na verdade a origem da teoria do eudemonismo nos remete aos clássicos da filosofia. Trata-se de um objeto de investigação que acompanha o transcorrer dos tempos, sofrendo mudanças quanto à sua acepção. O eudemonismo era a posição sustentada por todos os filósofos da Antiguidade, apesar das diferenças quanto à compreensão de felicidade utilizada por cada um deles"[47].

Ela também se caracteriza pelo afeto recíproco entre os seus membros.

1.2.8 A família homoafetiva

A união homoafetiva que até a pouco tempo não era reconhecida juridicamente, principalmente devido ao preconceito existente na sociedade, teve finalmente seu espaço e momento de reconhecimento, em que pese ter sido somente no ano de 2011. Como é notório, decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, do dia 5 de maio de 2011, reconheceu por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, o que representou uma grande revolução no sistema jurídico nacional (ver publicação no Informativo n. 625, julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). A decisão compara a união homoafetiva à união estável, para todos os fins jurídicos, tendo efeito vinculante e erga omnes. [48]

O STF, no exercício da jurisdição em questões constitucionais possui o papel de retroalimentar o debate público, e assim, dar legitimidade e voz a novos atores sociais e políticos, bem como igualdade de participação política e ao reconhecer

---

[46] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Princípio da prioridade relativa da família natural:* diretrizes para as soluções de conflitos e para o legislador. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, Outubro 2020 (Texto para Discussão nº 287), p. 4. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td287#:~:text=Trata%2Dse%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20expressamente%20adotada%20pelo%20ECA.&text=Fam%C3%ADlia%20natural%20%C3%A9%20o%20n%C3%BAcleo,v%C3%ADnculo%20consangu%C3%ADneo%20com%20o%20menor.> Acesso em: 28 fev. 2021.

[47] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A família eudemonista do século XXI.* In: VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família: entre o público e o privado, 8, 2012, Porto Alegre, RS. Promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, Porto Alegre, RS, 2012. Anais (on-line). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

[48] TARTUCE, Flávio**.** *Manual de direito civil:* Volume único. 5 ed. ver., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 877.

constitucionalmente a união estável entre essas pessoas é titularizar politicamente a eles e esse reconhecimento, que vai além da autonomia privada. [49]

1.2.9 A família anaparental

Para melhor ilustrar a temática, um bom exemplo de família anaparental é aquela formada entre irmãos, onde existe vínculo familiar, ou seja, neste tipo de família as pessoas estão juntas como se estivessem em uma união estável, entretanto sem a conjugalidade, mas com o vínculo de constituição de família. Citando Almeida e Rodrigues Junior, Madaleno (2018, p. 49) observa que "nesse arquétipo, a família anaparental está configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente, como na hipótese da convivência apenas entre irmãos". [50]

2. O princípio da afetividade nas famílias contemporâneas

Dentre todos os princípios do direito de família, o Princípio da afetividade é o que mais se relaciona com a temática deste estudo, qual seja, a família. O princípio da afetividade se faz cada vez mais importante, principalmente porque certas decisões são baseadas nele. Inclusive a socioafetividade, relacionada à paternidade/filiação socioafetiva, tem neste princípio sua base. Para Dias e Dalto (2018, p. 64), a paternidade socioafetiva "nada mais é do que uma manifestação decorrente de um convívio familiar gerada através não do vínculo biológico, mas sim do afeto cotidiano e espontâneo, nascido da boa vontade e do amor". [51]

Corrobora Fujita (2010, p. 472) quando diz que a filiação socioafetiva "é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexiste liame de ordem sanguínea entre eles". [52] cabe ressaltar que a paternidade socioafetiva dá ensejo a multiparentalidade.

A palavra em si, "afeto/afetividade", aparece no Código Civil apenas no art. 1.584 e diz respeito à proteção dos filhos quando há dissolução de vínculo do casal:

O princípio da afetividade possui fundamento constitucional e conforme Lôbo não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que tange à filiação, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à superação de fatores de discriminação. Assim, projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a

---

[49] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva:* o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. Rev. direito GV, São Paulo , v. 9, n. 1, p. 65-92, 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 Fev. 2021.

[50] ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil, famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71 *apud* MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

[51] DIAS, Norton Maldonado; DALTO, Tania Maria. *Da natureza cogente da afetividade:* legitimação filosófica do amor para efeito de norma-princípio. V. 5 n. 2. Revista Científica, p. 63-76, 2018, p. 64. Disponível em: < http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/2699/2254>. Acesso em: 19 fev. 2021.

[52] FUJITA, Jorge. *Filiação na Contemporaneidade.* In: CHINELATO, Silmara Juny de Andrade; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. (org.). O direito de família no terceiro milênio: Estudos em homenagem a Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 472.

afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente em laços de afetividade. Ainda para o mesmo autor é possível encontrar na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, como, por exemplo, o fato que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); que a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); e que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º). [53]

Já pudemos observar no presente estudo que a Constituição Federal não tutela apenas a família proveniente do casamento, e nem atribui mais distinções entre filhos biológicos ou filhos adotivos.

Portanto, percebemos que a Constituição Federal representou um marco que divide o Direito de Família, diferente daquela codificação de 1916, só restaram referências históricas, visto que aquela característica de família sucumbiu. O modelo que relegava formações familiares à margem de uma relação de casamento à condição invisível foi substituída por um modelo plural e inclusivo. Tal cenário provocou mudança de sentido e funções atribuídas à família, refletindo diretamente em relações de parentesco, e por consequência, nas relações de filiação. [54]

A filiação não é determinismo biológico, ela pode emergir da construção cultura afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. Ademais, o afeto não é fruto da biologia, visto que os laços de afeto, bem como de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. [55]

As influências diante da família são muitas, como de ordem social, moral, econômica e política. Estas demarcaram as transformações promovidas na noção de família tradicional, alargando o seu conceito, contribuindo não somente para a garantia, mas para o resgate da dignidade de diversas pessoas. [56]

A família hoje pode ser concebida por variáveis intersubjetivas que não se esgotam no mero modelo matrimonial, podendo ser informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela, eudemonista [57], conforme já citamos

---

[53] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação.* IBDFAM, 2004. Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o#:~:text=c)%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20paternidade,m%C3%A3e%2C%20no%20per%C3%ADodo%20da%20concep%C3%A7%C3%A3o%3B&text=A%20presun%C3%A7%C3%A3o%20sup%C3%B5e%20que%20a,que%20nasceram%20da%20coabita%C3%A7%C3%A3o%20deles.> . Acesso em: 28 fev. 2021.

[54] LOBO, Fabiola Albuquerque. *Multiparentalidade:* efeitos no direito de família. 1 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 46.

[55] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. IBDFAM, 2004. Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o#:~:text=c)%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20paternidade,m%C3%A3e%2C%20no%20per%C3%ADodo%20da%20concep%C3%A7%C3%A3o%3B&text=A%20presun%C3%A7%C3%A3o%20sup%C3%B5e%20que%20a,que%20nasceram%20da%20coabita%C3%A7%C3%A3o%20deles.> . Acesso em: 28 fev. 2021.

[56] HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade.* V. 16, n. 1.. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], Joaçaba, 2015, p. 89-106. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2363/3772>. Acesso em: 19 fev. 2021.

[57] HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade.* V. 16, n. 1.. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], Joaçaba, 2015, p. 89-106, p.100.

neste trabalho. Entre tantas modificações e tantas novas espécies de famílias, podemos ventilar, inicialmente, um dos principais alicerces dessas famílias contemporâneas: o afeto. Ainda que não referido explicitamente no Texto Constitucional, o afeto é o amálgama essencial das relações intersubjetivas familiares, desde sempre, quaisquer que sejam as formações culturais humanas, servindo como elemento coerentizador primordial do princípio da dignidade da pessoa humana. [58]

Ou seja, existe a possibilidade de um indivíduo ter um pai ou uma mãe mesmo que estes não possuam seu sangue ou não o adotem. Eles se consideram filhos, pois nesta relação é verificado algo muito importante: O afeto. A partir das pesquisas realizadas, verificamos a grande importância do princípio da afetividade nas relações de família como um todo, mas principalmente nas relações da família socioafetiva, afinal, para que uma multiparentalidade seja reconhecida, o afeto é um dos requisitos e para que uma filiação seja considerada socioafetiva, também.

Até mesmo em questões de indenizações por abandono afetivo, o afeto é algo que sempre se faz presente como requisito, é algo que deve estar presente nas relações familiares, sobretudo na família contemporânea, demonstrando que a presença deste importa em reflexos no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A família eudemonista do século XXI.* In: VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família: entre o público e o privado, 8, 2012, Porto Alegre, RS. Promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, Porto Alegre, RS, 2012. Anais (on-line). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ALVES, Jones. *Famílias pluralizadas. Nova doutrina e experiência judiciária.* In: X Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias nossas de cada dia, 10, 2015, Belo Horizonte, MG. Anais (on-line). Painel 2, Direito das Famílias, Judiciário e internacionalidades, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, MG, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/250.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva:* o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. Rev. direito GV, São Paulo , v. 9, n. 1, p. 65-92, 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 Fev. 2021.

BARRETO, Luciano Silva. *Curso 10 anos de Código Civil:* Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. Vol. 1. EMERJ: Rio de Janeiro/RJ, 2013.

Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2363/3772>. Acesso em: 19 fev. 2021.

[58] HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade.* V. 16, n. 1.. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], Joaçaba, 2015, p. 89-106, p.100. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2363/3772>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. Código Civil de 2002. *Diário Oficial da União.* Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 19 fev. 2021.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União.* Brasília, DF, 06 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 14 fev. 2021.
CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família.* Entre Aspas, a Revista da Unicorp, Salvador, BA, v. 7, p.138-153, janeiro, 2020, p. 139. Documento eletrônico. Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.
CAMACHO, Michele Vieira. *Multiparentalidade e efeitos sucessórios*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.
CAMPOS, Isabel Prates de Oliveira. *A multiparentalidade no Supremo Tribunal Federal:* considerações acerca dos votos ministeriais no julgamento do Tema 622. *Revista civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-19, 9 maio 2020. Disponível em:< https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/516/390> . Acesso em: 25 fev. 2021.
CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias.* 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p.
COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga.* Traduzido por Fernando de Aguiar. 4 ed. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 47 apud BARRETO, Luciano Silva. *Curso 10 anos de Código Civil:* Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. Vol. 1. EMERJ: Rio de Janeiro/RJ, 2013.

DIAS, Norton Maldonado; DALTO, Tania Maria. *Da natureza cogente da afetividade:* legitimação filosófica do amor para efeito de norma-princípio. V. 5 n. 2. Revista Científica, p. 63-76, 2018, p.63. Disponível em: < http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/2699/2254>. Acesso em: 19 fev. 2021.
DIAS, Maria Berenice. *A felicidade existe?* Vol. 8, n. 1. Revista Interdisciplinar de Direito do Centro Universitário de Valença, 2011. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358/275>. Acesso em: 19 fev. 2021.
ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do Estado:* Texto integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2. Ed. ver. São Paulo: Escala, [S.d.]. p. 31-7 *apud* BARRETO, Luciano Silva. *Curso 10 anos de Código Civil:* Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. Vol. 1. EMERJ: Rio de Janeiro/RJ, 2013.
FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação.* 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
FUJITA, Jorge. *Filiação na Contemporaneidade.* In: CHINELATO, Silmara Juny de Andrade; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. (org.). O direito de família no terceiro milênio: Estudos em homenagem a Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 472.
GESSE, Eduardo. *Família Multiparental:* Reflexos na Adoção e na Sucessão Legítima em Linha Reta Ascendente. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019.

GIANCOLI, Brunno Pandori. *Elementos do Direito Civil.* Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade*. V. 16, n. 1.. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], Joaçaba, 2015, p. 89-106. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2363/3772>. Acesso em: 19 fev. 2021.
LIVIANU, Roberto; RIBEIRO, Martha Helena Costa. *História da família e sua proteção jurídica:* O papel do MP. Revista Consultor Jurídico, 12 de março de 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/historia-familia-protecao-juridica-papel-mp#:~:text=Abolido%20o%20modelo%20familiar%20punaluano,rela%C3%A7%C3%B5es%20simult%C3%A2neas%20com%20v%C3%A1rias%20mulheres>. Acesso em: 13 fev. 2021.
LOBO, Fabiola Albuquerque. *Multiparentalidade:* efeitos no direito de família. 1 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação.* IBDFAM, 2004. Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o#:~:text=c)%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20paternidade,m%C3%A3e%2C%20no%20per%C3%ADodo%20da%20concep%C3%A7%C3%A3o%3B&text=A%20presun%C3%A7%C3%A3o%20sup%C3%B5e%20que%20a,que%20nasceram%20da%20coabita%C3%A7%C3%A3o%20deles.> . Acesso em: 28 fev. 2021.
MADALENO, Rolf. *Direito de Família.* 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
MEDEIROS, André Vieira Saraiva. SANTOS, Amanda Caroline Andriguetto. *Multiparentalidade:* Considerações à luz da Repercussão Geral nº 622 do STF e dos Provimentos nº 63/17 e nº83/19 do Conselho Nacional de Justiça. Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná. Ano 6, n. 11, p. 292-315, dezembro 2019. Disponível em: < https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/mppr/revista_juridica_mppr_n11_2019.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.
MOAS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. *Filiação e tecnologias de reprodução assistida:* entre medicina e direito. Physis, Rio de Janeiro , v. 20, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000200014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 fev. 2021.
OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Princípio da prioridade relativa da família natural:* diretrizes para as soluções de conflitos e para o legislador. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, Outubro 2020 (Texto para Discussão nº 287). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td287#:~:text=Trata%2Dse%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20expressamente%20adotada%20pelo%20ECA.&text=Fam%C3%ADlia%20natural%20%C3%A9%20o%20n%C3%BAcleo,v%C3%ADnculo%20consangu%C3%ADneo%20com%20o%20menor.> Acesso em: 28 fev. 2021.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 61-72 *apud* PAIANO, Daniela Braga. *O direito de filiação nas famílias contemporâneas*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) -

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 48. Doi:10.11606/T.2.2016.tde-29072016-174709. Acesso em: 21 fev. 2021.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio da afetividade.* In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.193 *apud* PAIANO, Daniela Braga. *O direito de filiação nas famílias contemporâneas*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Doi:10.11606/T.2.2016.tde-29072016-174709. Acesso em: 21 fev. 2021.
TARTUCE, Flávio**.** *Manual de direito civil:* Volume único. 5 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 877-878.
TARTUCE, Flávio. *O Princípio da Afetividade no Direito de Família.* JusBrasil, 2014. Disponível em: < https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 19 fev. 2021.
TJ-MG – *AC: 1047906112300001.* Passos, Relator: Unias Silva, Data de Julgamento: 18/03/2008, Câmaras Cíveis Isoladas / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/04/2008.

CAPÍTULO 3

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO COMO UM RECUO DEMOCRÁTICO: Um fenômeno mundial

Aline Monteiro Rodrigues Alves dos Santos

1.- INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como finalidade tratar do constitucionalismo abusivo como uma forma de recuo democrático que é visualizado em todo o mundo. Cuida-se de um fenômeno que merece atenção e cuidado por parte de toda a sociedade.

Estados aparentemente democráticos podem apresentar no cenário internacional uma aparência de democracia e cumprimento da Constituição. No entanto, as atitudes das autoridades políticas podem ser fraudulentas de modo a realizar constantes emendas constitucionais e/ou substituição da Constituição, visando a perpetuação no poder.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, incluindo obras importantes para a discussão, como, "*Curso de Direito Constitucional*" de Flávio Martins; "*Abusive Constitutionalism*" de David Landau; "*A força normativa da Constituição*" de Konrad Hesse; "*Direito na Escola: uma contribuição para a formação cidadã",* obra realizada por um conjunto de professores participantes do Projeto Direito na Escola, dentre outras.

Ainda se utilizou como fundamentação, a legislação brasileira, no tocante à inclusão do ensino de Direito no currículo escolar básico, mais precisamente na Lei n. 9.394/1996 (Lei de diretrizes e bases da educação nacional) e na Lei do Município de Belo Horizonte n. 11.243.

Na primeira seção, abordou-se o conceito de constitucionalismo, introduzindo a ideia de que a constituição é o centro do movimento do constitucionalismo, sendo essencial para o Ordenamento Jurídico em razão de sua supremacia.

Na segunda seção, foi inserida a relação entre o constitucionalismo e a democracia, importante ponto para compreender o prejuízo trazido pelo constitucionalismo abusivo.

Esta temática foi abordada na terceira seção, com o intuito de apresentar como o fenômeno em comento constitui um ataque à democracia, indo contra a todos os movimentos construídos ao longo de séculos que constituíram o Estado Democrático de Direito fundamentado na Constituição.

Por fim, a quarta seção objetivou apresentar algumas ferramentas de contenção do constitucionalismo abusivo, devido ao seu prejuízo acarretado na sociedade e nas instituições democráticas de um Estado. O enfoque do trabalho diz

respeito à importância do fortalecimento da "vontade da constituição" nas escolas de ensino básico.

2. CONSTITUCIONALISMO

Primeiramente, para compreender o que seja constitucionalismo abusivo, deve-se analisar o conceito de constitucionalismo, abrangendo a constituição e a sua importância para um Estado.

É possível observar que o "Constitucionalismo é o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição"[59], o qual é fruto de vários movimentos históricos que visavam a limitação do Estado bem como a garantia de direitos fundamentais, como exemplo pode-se citar a Revolução Francesa, importante momento de oposição ao Estado Absolutista.

Segundo o professor Flávio Martins esta é a concepção moderna de Constitucionalismo, surgida no século XVIII, sendo que na Antiguidade bem como na Idade Média em que pese não havia a elaboração de uma Constituição, já existiam movimentos constitucionalistas de limitação do poder[60].

Desta maneira, durante o período anterior ao Constitucionalismo moderno, tão somente existiam os direitos do homem, ou seja, as concepções de liberdade, de igualdade, de justiça, dentre outras que estivessem vinculadas à dignidade da pessoa humana.[61]

Assim, os valores ligados à dignidade do homem sempre existiram, no entanto não eram positivados, não havendo ainda a consolidação do Estado de Direito.

Nesta seara de criação do Estado Democrático de Direito, destaca-se a figura do Barão de Montesquieu, pois seu pensamento foi primordial para a caracterização desta forma democrática de Estado. Este pensador instituiu a técnica da separação dos poderes, a fim de evitar o abuso do poderio[62].

Todos esses acontecimentos históricos foram necessários para que, no século XVIII, Jean-Jacques Rousseau pudesse sustentar o seu Contrato Social, conforme o qual, o Estado detém a finalidade de buscar o bem comum. Assim, surgiu o Estado Democrático de Direito fundamentado em três pilares: o princípio da legalidade, a separação dos poderes e a democracia. Desde então, houve a difusão dos valores liberais, o que possibilitou a normatização dos direitos fundamentais, os quais foram positivados em praticamente todas as Constituições modernas[63], caracterizadas por serem escritas, rígidas e dotadas de supremacia[64].

A Constituição é o centro do movimento do Constitucionalismo moderno, uma vez que se trata de instrumento de limitação do Estado. Faz-se mister observar os dois eixos da Constituição moderna apresentados por Canotilho: "(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades[65]".

---

[59] MARTINS, 2021, p. 40.
[60] MARTINS, 2021, p. 40-41.
[61] MARMELSTEIN, 2018, p. 33.
[62] MARMELSTEIN, 2018, p. 37.
[63] MARMELSTEIN, 2018, p. 37-38.
[64] CROCCETA, 2019, p.5.
[65] CANOTILHO, 2003, p. 54.

Portanto, o surgimento das Constituições escritas foi um importante passo para a história da humanidade, na medida em que introduziu a constitucionalização dos direitos fundamentais individuais e coletivos, o que demonstra o caráter essencial do movimento constitucionalista e organização do Estado Constitucional.

3. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Conforme exposto, o Constitucionalismo moderno guarda intrínseca relação no surgimento do Estado de Direito, o qual é fundamentado em um Ordenamento Jurídico que apresenta a Constituição como norma suprema. Um passo adiante é averiguar a relação entre constitucionalismo e democracia, observando que se trata da formação do Estado Democrático de Direito.

O conceito de democracia demonstra que o poder emana do povo. Assim, em um Estado democrático o povo se apresenta ativo e participativo na feitura das leis e organização estatal. Tal conceituação é sintetizada pela Fórmula de Lincoln: Governo do povo, pelo o povo e para o povo"[66].

A essência da democracia segundo Canotilho, é buscar "um governo sem as tentações da tirania", por meio da limitação prática do poder com o intuito de proteger as instituições políticas[67].

Conforme explica Sahid Maluf a democracia surgiu nas antigas repúblicas gregas e romanas, sendo praticada à época de forma direta, haja vista que o Estado-cidade era pequeno[68]. Dessa forma, a "democracia baseava-se na ideia da participação de todos os cidadãos nas decisões do Estado", o que caracterizava o povo como titular da soberania[69].

Posteriormente, no mundo moderno, a democracia passou a ser exercida essencialmente de forma indireta ou representativa. Assim o é que a "democracia e representação política tornam-se, no mundo moderno, ideias equivalentes: fala-se em democracia e subentende-se o sistema representativo de governo"[70].

Com a democracia indireta, deposita-se nos governantes eleitos a representação nas decisões políticas e que direcionam toda a organização estatal e de toda a sociedade. E é exatamente neste contexto que é primordial a atenção cidadã para que haja de fato a concretização da Constituição como meio de manutenção da democracia pelos representantes da população.

Entretanto, para tanto, a Constituição deve estampar em seu texto a voz do povo, assegurando os direitos fundamentais e meios de sua participação no poder através das eleições e meios de democracia direta. É o que se chama de constitucionalismo democrático, "o qual pressupõe a limitação dos Poderes instituídos, a separação dos poderes, a garantia e a promoção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e os institutos da democracia pluralista"[71].

Neste sentido, haja vista que o Poder Constituinte Originário de uma Constituição do Estado é realizado mediante a democracia indireta é possível verificar que constitucionalismo é uma prova democrática, tendo em vista que esta relação

[66] CANOTILHO, 2003, p. 287.
[67] CANOTILHO, 2003, p. 291.
[68] MALUF, 2016, p.313.
[69] CROCCETA, 2019, p. 7.
[70] MALUF, 2016, p.314.
[71] BARBOZA; FILHO, 2018, p. 94.

direciona à soberania popular e ao poder constituinte, elementos básicos da democracia[72].

Para que a Constituição seja democrática, a mesma deve garantir os direitos fundamentais e os princípios de natureza moral, como a dignidade humana[73]. Miguel G. de Godoy acrescenta que as Constituições contemporâneas consagram a democracia como princípio basilar, ao reafirmarem o princípio da soberania popular[74].

Segundo Miguel G. Godoy, para que de fato haja uma relação prática entre constitucionalismo e democracia, é necessário que a Constituição seja democrática, não bastando que limite os poderes do Estado, mas sim consagrando compromissos democráticos. O autor cita como exemplos, o pluralismo político, a participação popular nas discussões e decisões, etc.[75]

É de se constatar que "não há constitucionalismo sem democracia e nem democracia sem constitucionalismo"[76]. Logo, em vista a relação entre ambos o compromisso de cumprir com a Constituição fruto do movimento constitucionalista deve ser prioridade no exercício dos governantes para que haja a concretização do Estado Democrático de Direito.

4. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Na Obra "*Curso de Direito Constitucional*", o professor Flávio Martins aponta que "as democracias se desenvolvem através de ciclos pendulares. Por um certo tempo, as democracias evoluem, se robustecem, se fortalecem, mas, depois disso, começam a ser contestadas"[77].

Ainda continua, ao explicitar a ocorrência de um movimento de recuo dos regimes democráticos contemporâneo nos últimos anos, o qual pode ser explicado pela Teoria dos movimentos cíclicos de tipo pendular defendida, especialmente, por Arthur Meier Schlesinger e por Arthur Meier Schlesinger Jr.[78].

Percebe-se atualmente, uma "lenta erosão" da democracia por meio de instrumentos aparentemente permitidos pelo Ordenamento Jurídico. Desse modo, nos tempos atuais, observa-se que as democracias morrem em razão de enfermidades, "normalmente provocadas por aqueles que chegaram ao poder democraticamente"[79].

Trata-se do fenômeno, o qual ocorre em todo mundo, denominado constitucionalismo abusivo. Este é uma forma de recuo democrático, haja vista que é "a utilização de institutos do direito constitucional e do Estado constitucional para violar e minar a democracia liberal por meio especialmente de emendas constitucionais e da substituição de constituições por novas leis fundamentais"[80].

O professor e pesquisador David Landau foi o idealizador do termo constitucionalismo abusivo e o conceitua como "o uso de mecanismos de mudança

[72] GODOY, 2011, p. 13.
[73] JARAMILLO, 2015, p. 73
[74] GODOY, 2011, p. 22.
[75] GODOY, 2011, p. 22.
[76] GODOY, 2011, p. 1
[77] MARTINS, 2021, p.128.
[78] MARTINS, 2021, p.130.
[79] MARTINS, 2021, p.130.
[80] BARBOZA; FILHO, 2018, p. 84.

constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes"[81].

Cuida-se de abuso dos poderes constitucionais por meio de emendas constitucionais e/ou de substituição da própria Constituição praticado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Neste contexto, explica Landau[82]:

Quando presidentes com legitimidade e apoio parlamentar conseguem implantar reformas constitucionais para (i) ficar no poder com maior facilidade ou de forma permanente e (ii) enfraquecer o sistema de controle, especialmente os Tribunais, mesmo que as Constituições ainda pareçam democráticas à distância, as alterações realizadas pelas democraturas destroem a democracia constitucional.

Desta forma, por mais que haja eleições democráticas, presidentes refazem a ordem constitucional de maneira sutil, objetivando sua perpetuação no poder ao passo que impedem completamente os tribunais de fiscalizarem os seus atos[83].

Observa-se que os agente e órgãos estatais devem ser controlados e prestarem contas, o que se resume na expressão *accountability.* Há a dimensão vertical, sintetizada na responsabilidade das autoridades em relação à sociedade e a dimensão horizontal, a qual configura-se pelo controle e interação entre os órgãos e Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário[84].

Neste ponto, atenta-se para a sutileza do constitucionalismo abusivo, uma vez que a autoridade revestida da vontade popular se utiliza de meios em tese democráticos e constitucionais de forma fraudulenta, de modo a esconder as reais motivações por detrás de sua atitude.

Neste ponto, ressalta-se que o constitucionalismo abusivo é sutil e de difícil detecção. Atualmente, é preciso atentar para este fenômeno mundial por ter uma certa frequência de ocorrência e principalmente, por serem fraudulentos com aparência de constitucionalidade, diferentemente do que ocorre com os golpes militares tradicionais, facilmente detectados por serem evidentemente inconstitucionais[85].

Ao assumir o poder, presidentes aparentemente democráticos que visam não serem substituídos buscam enfraquecer o sistema de *accountability*, mediante mecanismos, instrumentos e formas constitucionais[86].

Além da prática realizada por presidentes, o Legislativo "que se utiliza de cláusulas democráticas e de processos constitucionais formais, buscando enfraquecer o Executivo", também pratica o constitucionalismo abusivo[87].

De igual modo, quando o Supremo Tribunal Federal interage com os poderes Executivo e Legislativo de modo a barganhar seus interesses corporativos, percebe-se que há influência na aplicação da Constituição. Percebe-se que a Corte atribui a si própria o poder da "última palavra" em suas decisões e interpretações constitucionais, as quais por vezes se voltam, na realidade, contra a própria Constituição[88].

---

[81] LANDAU, 2013, p. 195.
[82] LANDAU, 2013, p. 191.
[83] LANDAU, 2013, p. 189.
[84] BARBOZA; FILHO, 2018, p.80.
[85] LANDAU, 2013, p. 193.
[86] BARBOZA; FILHO, 2018, p. 84.
[87] BARBOZA; FILHO, 2018, p. 86.
[88] BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 176-180.

O fim do sistema constitucional deve ser impedir que um só partido político se apodere de todo o sistema estatal. Logo, o constitucionalismo abusivo rompe com a constitucionalidade dos atos do Estado e a real finalidade do constitucionalismo, já que o seu fim é a perpetuação no poder por parte de uma única pessoa ou de um grupo específico[89].

O constitucionalismo abusivo é um fenômeno possível de ser verificado por todo o mundo e que pode se dá de forma estrutural, quando se verifica a frequente ocorrência de emendas constitucionais e elaboração de novas Constituições, com o fim de satisfação dos atores abusivos de forma a minar a democracia.

Como exemplo, cita-se o caso da Venezuela, no qual o presidente Hugo Chávez, eleito em 1998, convocou uma nova Assembleia Constituinte com o objetivo de substituir a então vigente Constituição. A Assembleia foi responsável pelo fechamento das instituições controladas pelo sistema bipartidário vigente em um momento anterior; suspendeu o Congresso e chegou a fechar a Suprema Corte[90].

Por outra banda, ainda há a possibilidade do constitucionalismo abusivo de forma pontual e episódica mesmo em democracias constitucionais sólidas, como nos Estados Unidos, Alemanha, Japão etc., quando existe a "utilização de alguns institutos e técnicas constitucionais em desacordo com as diretrizes da democracia constitucional"[91].

A distinção entre o constitucionalismo abusivo estrutural e pontual se faz necessária para a proteção da democracia constitucional, pois é essencial reconhecer o quanto antes a ameaça da manutenção da base democrática que permea em toda a estrutura de controle e fiscalização do sistema estatal.

5. NOÇÕES DE DIREITO NAS ESCOLAS COMO FERRAMENTA DE CONTENÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Agora adentra-se a um delicado tópico do tema, pois encontrar possíveis formas de contenção do constitucionalismo abusivo não é uma tarefa fácil. O professor Flávio Martins apresenta algumas ferramentas importantes neste sentido, quais sejam: A adoção de "cláusulas de substituição" no texto da atual Constituição; legitimar o Tribunal Constitucional como chancelador de uma nova Constituição; criação de um Tribunal Constitucional Internacional; fortalecer a cada dia a "vontade da constituição"[92].

Para este trabalho, o enfoque será aprofundar na importância do fortalecimento da "vontade da constituição" no ambiente escolar. Para tanto, destaca-se o estudo de noções de Direito nas escolas de ensino básico.

A "vontade da Constituição" é uma expressão abordada por Konrad Hesse em sua Obra "*Força Normativa da Constituição"* e significa o cumprimento do próprio texto constitucional respeitando a realidade fática. Segundo o autor, a Constituição para ser eficaz deve encontrar o caminho do meio entre a normatividade e a realidade política e social[93].

[89] JARAMILLO, 2015, p. 75.
[90] LANDAU, 2013, p. 205.
[91] BARBOZA; FILHO, 2018, p. 79
[92] MARTINS, 2021, p. 127.
[93] KONRAD HESSE, 2010, p.15.

Para que seja alcançada a força normativa da Constituição é essencial que o próprio cidadão tenha conhecimento acerca do texto constitucional, para que ele possa analisar se de fato a mesma cumpre com a vontade popular, ou seja, se ela atinge a realidade social.

Muito importante o conhecimento por parte dos cidadãos do Direito Constitucional, a fim de se compreender a essencialidade do cumprimento da Constituição, não permitindo a realização de frequentes reformas constitucionais sob o pretexto de "suposta e inarredável necessidade política", uma vez que, "a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa"[94].

Desse modo, verifica-se que o estudo de noções de Direito, em especial da Constituição, é um meio de robustecer a eficácia da mesma, diminuindo a possibilidade de ocorrência do constitucionalismo abusivo.

De acordo com Vivian Alves da Rocha, no Livro "*Direito na Escola: uma contribuição para a formação cidadã"*[95], apenas com a implementação do ensino de noções de Direito no currículo escolar básico é que "será possível a implementação de uma ordem social política, econômica, e jurídica condizente com a vontade popular"[96].

É preciso se alertar que grande maioria da população brasileira desconhece as normas jurídicas que regulam e organizam o Estado e a vida em sociedade[97]. Dado de suprema importância, uma vez que a Constituição por mais que seja a norma suprema que regulamenta o direito interno, grande parte das pessoas não conhece esta norma básica. Neste sentido, uma educação cidadã pautada no conhecimento do Direito, tem como consequência a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Para Graziella Martins, "a participação social é a peça-chave no Estado Democrático de Direito". Portanto, os cidadãos precisam "entender a estrutura e forma de organização do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos, compreender os princípios e valores da Constituição de nosso País, os direitos e deveres das pessoas, ter senso de justiça e responsabilidade"[98].

Nas palavras do professor Flávio Martins: "O fortalecimento da democracia nas próximas décadas torna-se uma medida imperiosa, não somente para evitar o *constitucionalismo abusivo* [...], como também para minimizar os demais reflexos perniciosos"[99].

Flávio Martins conclui apresentando a importância de se incrementar a "educação plural e de qualidade, para que os jovens, principalmente, conheçam a sua própria História e, dessa maneira, possam evitar que a sociedade cometa os mesmos erros do passado[100]".

Diante da necessidade de conscientizar a população quanto à supremacia da Constituição e como a mesma deve ser cumprida, destaca-se que no Brasil, há movimentos sociais para legislar a inclusão da matéria de noções de Direito no currículo

[94] KONRAD HESSE, 2010, p.22.
[95] ROCHA, 2020, p.22.
[96] ROCHA, 2020, p.22.
[97] MARTINS, 2020, p. 56.
[98] MARTINS, 2020, p. 68.
[99] MARTINS, 2021, p. 132.
[100] MARTINS, 2021, p. 132.

escolar exatamente com a visão de levar até as escolas o debate envolto à finalidade do Direito Constitucional.

Verifica-se que a legislação brasileira já prevê a inserção de matérias relacionadas ao Direito no ensino básico. Neste sentido, cita-se o artigo 26, §9º, da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), o qual prevê que os currículos da Educação Infantil, do Ensino Fundamental e do Ensino Médio deverão contemplar conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e ao adolescente. Ainda, prevê o artigo 32, § 5º, da Lei supracitada, que no ensino fundamental sejam abordados conteúdos que tratem dos direitos das crianças e dos adolescentes[101]

Conclui o artigo 27, inciso I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática deve ser uma das diretrizes para nortear a seleção dos conteúdos curriculares da educação básica[102].

Desse modo, de acordo com Aline Santos, percebe-se que o próprio Poder Legislativo já compreendeu tamanha importância do ensino de noções de Direito nas escolas que inseriu os dispositivos legais mencionados, "o que fortalece ainda mais a implementação deste estudo no currículo escolar efetivamente"[103].

Neste ponto do trabalho, analisa-se que é essencial que haja a ampliação desses artigos supracitadas para a abordagem do Direito Constitucional, a fim de fortalecer a chamada "vontade da Constituição" mencionada por Konrad Hesse, como ferramenta de conter o constitucionalismo abusivo.

Há que se destacar a atuação de trabalhos práticos neste sentido como o desenvolvido pelo Programa Direito na Escola, o qual leva aos jovens o ensino de matérias do Direito, inclusive acerca das noções constitucionais, tendo como base o fortalecimento da eficácia da Constituição.

Este Projeto é responsável por dialogar com o Poder Público, já tendo sido aprovadas leis municipais com o escopo de inserir a disciplina de Noções de Direito no contraturno escolar das escolas municipais de educação integral aos alunos a partir do 6º ano do Ensino Fundamental. Como exemplo, apresenta-se a Lei n. 11.243/2020, no Município de Belo Horizonte[104].

"O futuro do nosso Estado [...] depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós[105]". Dessa maneira, que futuro você quer ter bem como fazer parte? O convite se estende a todos os juristas, especialmente os constitucionalistas, para difundir os ensinos do Direito Constitucional de forma a alcançar toda a população através de uma educação mais cidadã e consciente.

Vislumbra-se uma educação que abre portas para o ensino prático, auxiliando crianças e adolescentes a se formarem como cidadãos e que, portanto, devam saber como se portar na sociedade de maneira ativa e crítica, características que dificultam atos de governantes que queiram praticar o constitucionalismo abusivo.

---

[101] BRASIL, 1996.
[102] BRASIL, 1996.
[103] SANTOS, 2021, p. 197.
[104] Notícia veiculada pela OAB do Estado de Minas Gerais.
[105] KONRAD HESSE, 2010, p. 32.

6.- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho expôs acerca do constitucionalismo abusivo, tema este muito caro a todo cenário internacional, considerando a ocorrência quase imperceptível, ao redor de todo o mundo, de práticas com a aparência constitucionalidade, mas que na realidade são fraudulentas, na medida em que minam a democracia.

Verificou-se que os golpes de Estado tradicionais são facilmente detectados e reprimidos no Direito Internacional. Devido a isto, que atualmente, a necessidade de maior atenção por parte de toda a população é mais exigida, a fim de impedir a ocorrência sutil do constitucionalismo abusivo, principalmente sob a forma estrutural.

O perigo do constitucionalismo abusivo estrutural é extremo devido ao prejuízo acarretado nas bases da democracia, rompendo assim, com a finalidade maior do constitucionalismo democrático, qual seja a soberania popular.

Por fim, conclui-se que o constitucionalismo abusivo pode ser contido e para tanto existem ferramentas discutidas no cenário internacional por vários doutrinadores. Observa-se que é importante destacar o papel da educação transformadora nesse cenário, ou seja, aquela que vai além do currículo engessado e que visa a formação cidadã a partir do conhecimento do Direito nas escolas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alunos de Belo Horizonte terão noções de Direito em escolas municipais. OAB Minas Gerais, Belo Horizonte, 02/07/2020. Disponível em: https://www.oabmg.org.br/Noticias/Index/10153/Alunos_de_Belo_Horizonte_terao_nocoes_de_Direito_em_escolas_municipais. Acesso em: 20 ago. 2020.

BARBOZA; FILHO. *Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise de sua utilização no Brasil Contemporâneo*. Revista Direitos Fundamentais e Justiça da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ano 12, n. 39, p. 79-97, 2018. Disponível em: http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/641/907/. Acesso em: 20 jun. 2021.

BELO HORIZONTE, MINAS GERAIS**.** Lei n. 11.243/2020. *Institui Empreendedorismo e Noções de Direito e Cidadania como temas a serem abordados no contraturno das escolas municipais de educação integral*. Diário Oficial do Município, Belo Horizonte. Disponível em: < http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230452#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.243%2C%20DE%2030%20DE%20JUNHO%20DE,representantes%2C%20decreta%20e%20eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Cadernos Adenauer XVIII, 2017, nº1, p. 173 – 192. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04/09/1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20/12/1996. (LDBN) *Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**,** Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CROCCETA, Pedro Antonio. *Entre Constitucionalismo e Democracia.* In*:* Seminário Internacional em Direitos Humanos e Sociedade, 2019. Anais eletrônicos. ISSN **2675-2808***.* p. 1 – 14. Disponível em: http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5791/5205. Acesso em: 25 jul. 2021.

Direito na Escola: Uma contribuição para a formação cidadã. Organizado por: Lucas de Oliveira Andrade; coordenado por: Graziella Rose de Pinho Martins e Marcelle Mariá Silva de Oliveira. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. *CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.* 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

Hesse, Konrad. 2010. *A Força Normativa da Constituição.* Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre.

JARAMILLO, Leonardo García. *¿Cómo pensar hoy la tensión entre Constitucionalismo y Democracia? Una perspectiva desde el Constitucionalismo Democrático.* Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná, Curitiba, vol. 60, n. 2, 2015, p. 67-95. ISSN 2236-7284. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005.Acesso em: 23 jul. 2021. DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.41005.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism.* 2013. U*C Davis Law Review*, Estados Unidos, v. 47, n. 1, pp. 189-260, nov.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 32. ed. Atualizador Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2016.
MARMELSTEIN, George*. Curso de Direitos Fundamentais*. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS, Flávio. (2019). *Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. Católica Law Review*, *3*(1), 29-41. Disponível em: https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2019.9105. Acesso em: 20 jun. 2021.

MARTINS, Flávio. 2021. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação.

SANTOS, Aline Monteiro Rodrigues Alves. *A Implementação do Estudo de Noções De Direito no Ensino Escolar Básico como instrumento transformador da Educação Brasileira.* In: Felipe Asensi. (Org.). Produção de Conhecimento: Visões e Perspectivas. 2021. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. v. 1. p. 187-203.

CAPÍTULO 4

VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO NA PANDEMIA

Aline Soler Piernas

1. INTRODUÇÃO

Segundo o Ministério da Saúde:

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) e tem como principais sintomas febre, cansaço e tosse seca. Alguns pacientes podem apresentar dores, congestão nasal, dor de cabeça, conjuntivite, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato, erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés. Esses sintomas geralmente são leves e começam gradualmente. Algumas pessoas são infectadas, mas apresentam apenas sintomas muito leves.

A maioria das pessoas (cerca de 80%) se recupera da doença sem precisar de tratamento hospitalar. Uma em cada seis pessoas infectadas por COVID-19 fica gravemente doente e desenvolve dificuldade de respirar. As pessoas idosas e as que têm outras condições de saúde como pressão alta, problemas cardíacos e do pulmão, diabetes ou câncer, têm maior risco de ficarem gravemente doentes. No entanto, qualquer pessoa pode pegar a COVID-19 e ficar gravemente doente. (OPAS, 2021, *on-line*).

E essa doença infecciosa, que se tornou uma pandemia, acarretou uma série de consequências em todo o mundo, nos aspectos sociais, políticos, culturais e legislativos.

Uma das medidas para combater a pandemia foi o isolamento social, tendo completa e total interferência no Direito do Trabalho, pois somente as empresas que exercem atividades essenciais poderiam continuar a operar suas atividades presencialmente durante o período de isolamento.

Com isso, muitas empresas tiveram que se adaptar para a nova realidade do mundo virtual. Os trabalhadores, que poderiam trabalhar de forma *on-line*, deveriam, então, realizar o teletrabalho.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) declarou:

Indiscutivelmente entrámos na forma de organização do trabalho mais invulgar desta geração. O mundo, tal como o conhecíamos, parou abruptamente no início de 2020, e os governos, informados pela ciência, tiveram de impor medidas drásticas para salvar vidas. O desafio que enfrentam os decisores políticos é o de encontrar forma de continuar a proteger as vidas e a saúde das pessoas sem causar danos irreversíveis na economia nesse processo. As medidas que garantem o distanciamento físico — o encerramento de escolas, o cancelamento de voos, o fim de grandes ajuntamentos e o

encerramento de atividades e locais de trabalho— são apenas o início da luta contra o vírus e apenas servem para abrandar a sua propagação. A flexibilização das restrições não deve colocar vidas em perigo, nem arriscar uma nova vaga de infeções, que alguns preveem poder ser ainda pior do que a primeira vaga, que já sobrecarregou a capacidade dos serviços de saúde para além dos seus limites e colocou os/as trabalhadores/as da linha da frente sob consideráveis níveis de risco e de pressão. (OIT, 2020, p. 2).

A CLT considera teletrabalho, em seu artigo 75-B, "[...] a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo." (BRASIL, 1943).

A OIT define teletrabalho como:

[...] uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC), tais como smartphones, tablets, computadores portáteis e de secretária, (Eurofound e OIT, 2017), no trabalho que é realizado fora das instalações da entidade empregadora. Por outras palavras, o teletrabalho implica o trabalho realizado com recurso às TIC exercido fora dos locais de trabalho da entidade empregadora. (OIT, 2020, p. 1).

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), as principais características do teletrabalho são: "Utilizar recursos tecnológicos; não ser trabalho externo e ser um trabalho prestado, na maior parte do tempo, fora das dependências do empregador." (TST, 2020, p. 8).

A primeira lei prevendo sobre teletrabalho foi a Lei 12.551/2011, que incluiu essa modalidade na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterando o artigo 6º.

A Lei 13.467/2017, que trata sobre a reforma trabalhista, também versou sobre o assunto "Teletrabalho", inclusive com um novo capítulo dedicado ao conteúdo.

O teletrabalho já era uma realidade da evolução da sociedade. O mundo, cada vez se tornando mais tecnológico e globalizado, o trabalho *online* era o futuro. A pandemia apenas acelerou todo esse processo.

Segundo a Eurofound:

In 2015, around one-fifth of workers did some form of telework or ICT-based mobile work — meaning they worked, either occasionally or regularly, from somewhere other than a main place of work. There was quite a wide range of variance between Member States: Italy recorded just 8% of workers doing telework/ICT-based mobile work, whereas in Denmark it was 38%.
The reason for this diversity across Europe was a combination of factors, such as a country's affinity for technology; the availability and quality of its technological infrastructure; management culture and the drive for higher productivity within companies; and employees' needs for spatial and temporal flexibility to balance work demands with family commitments and other personal responsibilities.

The full impacts of COVID-19 on the labour market are still to be seen, however, it is likely that rates of telework in Europe, and as a result employer/employee relationships, will be changed permanently.[106] (UNIÃO EUROPEIA, 2020, *on-line*).

E, conforme a OIT, durante os meses de janeiro e março de 2020, que foi quando a pandemia se expandiu pelo mundo, o teletrabalho foi sendo adotado por todos os países. E completa "Algo que foi planeado como uma solução temporária e de curto prazo já dura há meses." (OIT, 2020, p. 3).

Dado que o teletrabalho é uma realidade crescente e mundial, quais são suas vantagens e desvantagens? Principalmente em meio a uma pandemia?

2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

2.1. VANTAGENS

2.1.1. Maior flexibilidade

De acordo com o TST, "Quando o teletrabalho é monitorado por metas ou por produção, há uma maior flexibilidade nos horários, cabendo ao trabalhador definir sua rotina;" (TST, 2020, p. 11).

O trabalhador pode definir a sua rotina, o seu dia a dia, tendo liberdade e flexibilidade, aumentando assim a sua autonomia, podendo ter uma melhor qualidade de vida.

Além da flexibilidade de horários, o teletrabalho permite também a flexibilidade de local, pois pode ser realizado em qualquer local. Nesse sentido, a OIT comenta "Usualmente realizado de casa, o teletrabalho também se adapta a outros lugares, como cafés e ambientes de coworking. Bastam um equipamento tecnológico – geralmente um computador – e acesso à internet;" (TST, 2020, p. 11).

Em suma, qualquer lugar que tenha o material necessário para o trabalhador realizar seu serviço pode ser seu local de trabalho, isso se torna uma liberdade, uma versatilidade imensa. Podendo trabalhar em casa, no apartamento da praia, no sítio ou até mesmo em um local público.

E, assim, com a flexibilidade do trabalho, existe também flexibilidade na forma de se vestir, podendo usar roupas confortáveis e adequadas para cada ambiente, que não seriam usadas em um ambiente de trabalho presencial.

---

[106] Tradução nossa: "Em 2015, cerca de um quinto dos trabalhadores realizou alguma forma de teletrabalho ou trabalho móvel baseado nas TIC - o que significa que trabalharam, ocasionalmente ou regularmente, a partir de outro local que não o local de trabalho principal. A variação entre os Estados-Membros era bastante ampla: a Itália registava apenas 8% dos trabalhadores a fazer teletrabalho / trabalho móvel baseado nas TIC, enquanto na Dinamarca era de 38%.
A razão para essa diversidade na Europa foi uma combinação de fatores, como a afinidade de um país com a tecnologia; a disponibilidade e qualidade de sua infraestrutura tecnológica; cultura de gestão e a busca por maior produtividade nas empresas; e as necessidades dos funcionários de flexibilidade espacial e temporal para equilibrar as demandas de trabalho com os compromissos familiares e outras responsabilidades pessoais.
Os impactos totais do COVID-19 no mercado de trabalho ainda estão por vir, no entanto, é provável que as taxas de teletrabalho na Europa e, como resultado, as relações empregador / empregado sejam alteradas permanentemente."

2.1.2. Mais oportunidades

Uma outra excelente vantagem é a possibilidade dessa modalidade de trabalho incluir pessoas que teriam dificuldades de encontrar um emprego presencial, seja por locomoção ou preconceito, como idosos, ex-presidiários, portadores de deficiências, donas de casa, entre outros.

Dessa forma, o teletrabalho promove a inclusão, reduzindo a desigualdade.

O TST afirma, ainda, que "[...] por eliminar barreiras físicas, o teletrabalho permite às empresas contratar profissionais qualificados que residam fora da localidade da empresa, ou seja, para prestar o serviço morando em outro estado ou até em outro país;" (TST, 2020, p. 11).

As empresas podem, então, contratar pessoas de absolutamente qualquer lugar, não existindo fronteiras no teletrabalho.

2.1.3. Tempo e locomoção

Evidentemente que, com o teletrabalho, a empresa diminui seus gastos com eventual aluguel, manutenção, transporte, entre outros.

O TST constata que, em grande parte das vezes, no teletrabalho não há necessidade de se deslocar para o local de trabalho, economizando tempo então com o deslocamento e gastos com a locomoção. (TST, 2020, p. 11).

Para o empregado, o tempo e a locomoção também são fatores de suma importância, pois alguns trabalhadores precisam percorrer certos trajetos e demoram horas para chegar no ambiente de trabalho. Então, por meio do uso do teletrabalho, evita-se o trânsito e até mesmo acidentes no percurso. Indubitavelmente, o tempo também é precioso, seja para realizar suas tarefas, como para ter seu tempo de descanso e aproveitar o tempo em família.

Evitar locomoção é algo que favorece a empresa, o trabalhador e, também, o meio ambiente, pois, diminuindo a utilização de transportes, há redução da poluição.

E, em se tratando da pandemia, evidentemente, o maior número de pessoas que puder evitar locomoções públicas é imperioso, para evitar a circulação e mutação do vírus.

2.1.4. Aumento da produtividade

O aumento da produtividade é considerado uma vantagem para a OIT, afirmando que está associado com a concentração pela simples flexibilização do trabalho e concentração esta, que não ocorre com o estresse do trânsito, por exemplo. (TST, 2020, p. 11).

Entretanto, essa produtividade deve ser questionada, no âmbito de uma pandemia. Por exemplo: um(a) trabalhador(a), que devido a pandemia está trabalhando *home office*, porém possui filhos - e esses estão tendo aula de maneira virtual e precisam do acompanhamento dos pais. Então, o(a) trabalhador(a) acaba tendo um uma dupla ou tripla jornada, tendo que trabalhar, cuidar dos filhos, ajudar os filhos com a escola, arrumar a casa. Com essa tripla jornada, como a produtividade seria maior? Então,

acredito que o teletrabalho, em si, possa produzir um aumento de produtividade, mas não em meio a uma pandemia.

2.2. DESVANTAGENS

2.2.1. Meio Ambiente de Trabalho

A Constituição Federal trata, em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vejamos: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;" (BRASIL, 1988).

E como parte de uma vida digna, o trabalhador tem direito a um ambiente de trabalho deve ser seguro, saudável, ecologicamente equilibrado e de bom convívio, pois é onde o trabalhador passa a maior parte de seu tempo.

Conforme o artigo 200, inciso VIII, da Constituição Federal: "Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho." (BRASIL, 1988).

Em relação ao teletrabalho especificamente, a CLT traz a afirmação:

> Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.
> [...]
> Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. (BRASIL, 1943).

Nesse mesmo sentido, o TST traz a afirmação de que:

> Ambientes profissionais devem propiciar postos de trabalho com móveis e equipamentos que preservem a saúde. A mesa e a cadeira devem estar em alturas adequadas, e o computador a uma distância confortável da vista, por exemplo. Em casa, o uso improvisado de móveis e dispositivos tecnológicos pode causar danos ao teletrabalhador. (TST, 2020, p. 12).

Sendo assim, por mais que o teletrabalho seja um trabalho realizado fora do ambiente de trabalho comum, ele deve ser digno. Mas como a empresa irá garantir isso à distância? E em uma pandemia? Como a empresa irá garantir isso a todos funcionários?

Os empregados possuem o direito de uma vida digna, de um trabalho digno e de um ambiente de trabalho digno, oferecido pelos empregados.

Em meio a pandemia do COVID-19, o número de funcionários que estão trabalhando de forma remota cresceu de forma absurda e instantânea, portanto, a fiscalização das empresas perante a um ambiente digno de trabalho torna-se utópica.

2.2.2. Isolamento

Uma das principais desvantagens do teletrabalho é justamente o isolamento, pois o trabalhador deixa de fazer parte de uma equipe, de um grupo, deixa de sentir que pertence a algo e passa a ficar cada vez mais solitário.

De acordo com o TST: “No teletrabalho, o convívio diário com colegas de trabalho deixa de existir. Se o contato presencial for muito esporádico, o trabalho a distância pode trazer a sensação de isolamento e de não pertencimento.” (TST, 2020, p. 12).

Conforme a Organização Internacional do Trabalho (OIT):

O teletrabalho proporciona oportunidades de horários mais flexíveis e a liberdade de trabalhar a partir de um local alternativo, longe das instalações do empregador. Pode também comportar riscos, como por exemplo o isolamento social (especialmente de pessoas que vivem sozinhas) e a perda de contacto com os colegas, que é essencial antecipar e prevenir.(OIT, 2020, p. 1).

Por outro lado, essa modalidade de trabalho a distância apresenta como desvantagem a possibilidade de deterioração das condições de trabalho, tendo como a principal causa o isolamento nocivo do teletrabalhador, visto que a falta de convívio profissional pode gerar no empregado a sensação de exclusão da empresa, tornando seu trabalho mais solitário pois fica excluída a figura do ambiente tradicional de trabalho, perdendo todo o contato presencial com outros trabalhadores. (MELO, 2020, p. 11).

O teletrabalho é recente e não sabemos quais as consequências que esse isolamento trará no futuro. É certo que, por hora, é uma necessidade por conta da pandemia, mas, se o teletrabalho for permanecer, o que é muito provável por conta de todo avanço tecnológico crescente e avassalador, não sabemos quais doenças o teletrabalho trará no futuro, sejam elas de ordem física ou emocional, por conta de todo isolamento social.

2.2.3. Ausência do controle de jornada

Conforme a CLT, o teletrabalho não possui controle de jornada: “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: III - os empregados em regime de teletrabalho.” (BRASIL, 1943).

Sendo assim, o trabalhador pode ficar vulnerável a uma carga excessiva de trabalho, prejudicando sua convivência social e familiar e até causando riscos à saúde.

O TST assim considera: “Se as regras do teletrabalho não forem bem definidas e o trabalhador for acionado a todo momento, os intervalos para descanso são afetados e pode haver sobrecarga de atividades.” (TST, 2020, p. 12).

E ainda:

O teletrabalho foi incluído na exceção do regime de jornada de trabalho do art. 62 da CLT, o qual lista os casos em que o empregado não fica sujeito ao limite de jornada e ao controle de horários estabelecido [...]. Devido à dificuldade de controle, não há direito ao pagamento de horas extras e de adicional noturno no regime de teletrabalho. Entretanto, se houver meio de controle patronal da jornada, é possível que seja reconhecido o direito aos respectivos adicionais. (TST, 2020, p. 20).

E a ausência do controle de jornada frente a uma pandemia só piora toda situação, pois, como já dito, a pandemia não traz apenas a situação do aumento do teletrabalho, mas também a escolarização virtual e tantas outras questões; então além da carga de trabalho exacerbada, o trabalhador ainda tem que realizar outras atividades no lar, perdendo totalmente a sua qualidade de vida.

E mesmo o trabalhador que não possui filhos ou não precisa cuidar do lar, só o fato de ter um trabalho com a carga exagerada impede-o de realizar as outras atividades que proporcionam uma vida digna, como alimentação correta, exercício físico, sono adequado e lazer.

2.2.4. Trabalho se mistura com as relações familiares

De acordo com o TST: "Com o trabalho sendo prestado em ambiente familiar, pode haver interrupções feitas pelos outros moradores da casa, o que muitas vezes dificulta a concentração." (TST, 2020, p.12).

Quando realizado em casa, o teletrabalho, assim chamado *home office*, se mistura com a vida pessoal de uma forma até prejudicial; pois as pessoas que moram com o trabalhador nem sempre conseguem deixar o ambiente o mais favorável para realização de um serviço, então isso acaba prejudicando o desempenho.

E da mesma forma, o trabalhador pode misturar as relações familiares com a relação profissional, não conseguir administrar as tarefas e não ter tempo de qualidade com a família.

Por causa da pandemia do COVID-19, muitos pais que trabalham tiveram que se organizar para trabalhar em casa e auxiliar nas aulas remotas dos filhos, como supracitado. Dito isso, segue uma reportagem sobre o assunto, feita pelo "Domingo Espetacular", que expõe o seguinte:

Raul Dias Filho: Com os recursos da tecnologia hoje, é possível para muitos profissionais trabalhar sem sair de casa, é o chamado home office, que está se tornando uma estratégia obrigatória nesses tempos de contágio.
Além do home office, Andréa (Andréa Milan - administradora) também está cuidando, em casa, da alfabetização da filha de 5 anos e monitorando as aulas do filho mais velho pela internet.[107]

Já, conforme a OIT:

Quem tem filhos ou outras pessoas dependentes em casa precisa de tempo adicional, no seu dia-a-dia, para dar conta do trabalho, seja iniciando o seu trabalho muito cedo, ou trabalhando à noite, dividindo o dia de trabalho em segmentos menores, intercalados com pausas para cuidar das crianças, fazer as tarefas domésticas, apoiar o estudo em casa, etc. (OIT, 2020, p. 6).

2.2.5. Custos e equipamentos

[107] Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=no3z9XvbcvQ. Acesso em: 25 jul. 2021.

No teletrabalho, mais especificamente no *home office*, por conta da pandemia, o trabalhador acaba arcando com diversos custos para realizar seu trabalho em casa, como energia, *internet*, água e até alimentação.

Segundo o TST: "Energia elétrica, internet, ficar mais tempo em casa também significa gastar mais energia elétrica, mais água, e utilizar (e desgastar) equipamentos pessoais quando for o caso." (TST, 2020, p. 12).

Sobre alimentação, as empresas devem continuar pagando o vale-refeição/vale-alimentação?

O artigo 75-C, CLT reza: "Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado." (BRASIL, 1943).

Portanto, o vale não é obrigatório de acordo com a CLT, porém, a Medida Provisória nº 936/2020 aponta:

Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de trinta dias.
§ 2º Durante o período de suspensão temporária do contrato, o empregado:
I - fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados; e; (BRASIL, 2020).

Sobre os equipamentos, o artigo 75-D, CLT traz as seguintes considerações:

As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (BRASIL, 1943).

Segundo a SOBRATT (Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades):

Regras devem ser flexíveis e sempre negociadas, não deve exigir produtividade (TST*) diferente dos demais funcionários, ter todos os custos operacionais pagos pela empresa, ter equipamentos providos pela empresa, e a mesma carga horária dos demais funcionários e a empresa ter direito à realizar inspeções nos locais de teletrabalho, para assegurar a segurança do funcionário. (MELLO, 2015, p. 19).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este artigo, percebemos que o teletrabalho já era algo existente e em progressão, porém, com a pandemia do COVID-19, a evolução do trabalho remoto foi avassaladora e irreversível, pois o isolamento foi inevitável.

O teletrabalho não será mais algo do passado, muito pelo contrário, será cada dia mais aprimorado, para que as empresas possam usufruir dessa modalidade.

Analisamos as vantagens do teletrabalho, como a maior flexibilidade, economia de tempo e locomoção, além das desvantagens, como ausência do controle de jornada e os malefícios do próprio isolamento do trabalhador.

É certo que, com a pandemia, as desvantagens do teletrabalho aumentaram, pois o trabalho remoto, de casa (*home office*), torna-se um desafio maior com todos os familiares isolados no mesmo ambiente; especialmente quando existem crianças. Porém, independentemente da pandemia, o teletrabalho precisa de aprimoramento, para garantir um trabalho digno, com condições justas e favoráveis a todos os trabalhadores. “Artigo 23, Declaração Universal dos Direitos Humanos: 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.” (ONU, 1948).

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011*. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 16 dez. 2011, p. 3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020*. Estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho (orientações gerais). (Processo nº 19966.100581/2020-51). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 19 jun. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085. Acesso em: 14 jul. 2021.

MELLO, Alvaro. *TELETRABALHO*: Perspectivas e Recomendações. [S. l.]: Sobratt; GCONTT, 2015. Disponível em: https://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2016/08/ok_TELETRABALHO_ALVARO_Palestra_SEMINARIO_BRASILIA_DF_Comparado_Jul2013.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

MELO, Luiz Fernando de. *Teletrabalho em tempos de Coronavírus*. [S. l.]: Kindle, 2020.

OIT. *Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19*. Genebra: Bureau Internacional do Trabalho, 2020.

OPAS. Folha informativa sobre COVID-19. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. Acesso em: 13 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 25 jul. 2021.

PROFISSIONAIS contam como estão lidando com o home office, o trabalho de casa. [S. l.: s. n.], 2020. Publicado pelo canal Domingo Espetacular. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=no3z9XvbcvQ. Acesso em: 25 jul. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). *Teletrabalho*: o trabalho de onde você estiver. Brasília: TST, 2020. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815. Acesso em: 25 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. COVID-19 could permanently change teleworking in Europe. *Eurofound*, 26 mar. 2020. Disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/news/news-articles/covid-19-could-permanently-change-teleworking-in-europe. Acesso em: 17 jul. 2021.

CAPÍTULO 5

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NO BRASIL

Ana Carolina de Morais Blaskievicz

1 INTRODUÇÃO

No dia 13 de junho de 2019 o STF apreciando conjuntamente o MI 4733 e a ADO 26, formou a maioria pelo reconhecimento da mora do Congresso Nacional e pelo entendimento da indispensabilidade de criminalizar a homofobia e transfobia.

Esse julgamento ensejou um debate para assimilar se a decisão tomada pelo supremo foi em decorrência da injustificável omissão legislativa sobre o tema ou se houve excesso do STF ao exercer a jurisdição constitucional.

Assim, esse artigo tem o objetivo de apresentar a linha de raciocínio que culminou na propositura do MI 4733 e da ADO 26, expor as teses fixadas pela Corte, e exibir alguns argumentos e diferenciadas interpretações sobre a decisão.

Abordar esse assunto, justifica-se pela questão de que, atualmente, problemas de grande impacto social passaram a ser decididos por órgãos judiciais. Como o STF é o órgão responsável pela jurisdição constitucional, exerce uma preponderância na solução de casos sensíveis e conflitos sociais que dividem a sociedade.

A criminalização da homofobia e transfobia é um assunto sensível, complexo e de grande impacto social que terminou sendo decidido por um órgão judicial e, com isso, mais uma vez originou um debate sobre limites da jurisdição constitucional.

Assim, considerando a atual conjuntura política no Estado brasileiro, o protagonismo do STF em decidir sobre temas de grandes repercussões e dilemas, e a crescente violência contra a comunidade LGBTQIA+ em um país que não combate, mas impulsiona a LGBTfobia, faz-se oportuno tratar de tal conteúdo.

Para alcançar as finalidades deste trabalho, foi utilizada a pesquisa teórica por meio do uso do método dedutivo, a partir da análise de materiais (livros e artigos) já publicados e jurisprudência do STF.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO 4733 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

No ano de 2012, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) impetrou um mandado de injunção (MI 4733) e, posteriormente, em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou uma Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26).

Em 2003 ao julgar o *Habeas Corpus* 82.424 sobre o caso *Ellwanger*, o STF entendeu que o conceito de racismo previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89 deveria ser encarado como um conceito social de racismo. No mencionado caso, a Corte entendeu que judeus poderiam ser vítimas de racismo.

De acordo com o STF, na configuração de racismo não deveria ser levado em conta só o fator raça, mas também questões sociais, antropológicas e históricas.

Logo, a partir desse raciocínio se deu a propositura do MI 4733 e da ADO 26 com a finalidade de buscar o reconhecimento da aplicação do conceito de racismo social firmado pelo STF no HC 82.424 também para a população LGBTQIA+.

Além disso, ambas as ações sustentaram o argumento de que a falta de legislação sobre homofobia e transfobia caracterizava a chamada omissão do Congresso Nacional por má vontade institucional, considerando que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 determina que "*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*" seja punida criminalmente.

Com isso, as referidas ações requereram ao Supremo Tribunal Federal que a Corte fixasse um prazo para que o Congresso Nacional criasse uma lei de criminalização da homotransfobia e, ante ao descumprimento do prazo pelas casas legislativas ou, entendendo o STF pela desnecessidade da fixação de prazo, que regulassem temporariamente a questão nos termos da Lei n.º 7.716/89 (lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), até a aprovação de uma lei pelo Congresso Nacional que criminalizasse o preconceito de identidade de gênero e orientação sexual.

Pois bem. No dia 13 de junho de 2019 o STF apreciando conjuntamente o MI 4733 e a ADO 26, por 8 (oito) votos a 3 (três) formou a maioria pelo reconhecimento da mora do Congresso Nacional e pelo entendimento da indispensabilidade de criminalizar a homofobia e transfobia, logo, pela aplicação da Lei n.º 7.716/89 também para esse tipo de discriminação.

Dessa forma, consoante ao informativo 944 do STF, (2019, n.p) o colegiado fixou as seguintes teses:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação

individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

Em suma, majoritariamente o Supremo reconheceu que a omissão das casas legislativas atenta contra o art. 5º, incisos XLI e XLII, da CF/88, ainda, entendeu que a homofobia e transfobia se qualificam como espécies do gênero racismo e, por fim, considerou que subjugar os integrantes da comunidade LGBTQIA+ são comportamentos que se alinham ao conceito de discriminação e afronta aos direitos e liberdades fundamentais dessas pessoas.

3 DISCUSSÃO SOBRE A OMISSÃO NORMATIVA DO CONGRESSO NACIONAL OU O EXCESSO INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É notório que na época atual os problemas de grande impacto social passaram a ser decididos, em última análise, por órgãos judiciais. O STF, órgão responsável pela jurisdição constitucional, exerce um protagonismo central na solução de casos sensíveis que dividem a sociedade, ou seja, assume uma função contramajoritária e representativa dada a essa migração dos conflitos sociais do poder legislativo para o poder judiciário.

Com o julgamento do MI 4733 e da ADO 26 que culminou na criminalização da homotransfobia surgiram discussões no ordenamento jurídico acerca do papel desempenhado pelo STF.

O debate instituído se deu no dilema de interpretar a atuação da Corte como o exercício de seu papel institucional dada a omissão normativa das casas legislativas, ou a excessiva prática de jurisdição constitucional do Supremo.

Para Continentino (2019, n.p), inicialmente, a decisão projeta à Corte um "*novo patamar na difícil e tensionada relação entre os três poderes*." Além disso, afirma que "*para um Supremo já tão bombardeado quanto à legitimidade de várias de suas decisões, acusado de substituir-se ao legislativo e de invadir esferas de competências alheias, seria compreensível assumir mais esse ônus*."

Ainda, Continentino (2019, n.p) entende que por se tratar de um tema ligado à matéria penal, onde impera o princípio da legalidade estrita, a decisão judicial que considera típica a conduta (por mais inadmissível que seja), que antes não era, seguramente, viabiliza a crítica severa.

Por fim, Continentino (2019, n.p) conclui que:

É possível, assim, admitir que de uma só vez esteja o Supremo, por essa decisão, extrapolando as recomendações de dois dos grandes pensadores de nossas instituições políticas e constitucionais: de Kelsen, quando justificava que o tribunal constitucional deveria ser um 'legislador negativo', jamais 'legislador positivo'; de Montesquieu, ao advertir que 'se o poder de julgar não for separado do poder legislativo (...) o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador'.

Nesse sentido, Martins (2020, p. 747), embora reconheça a homofobia uma forma de preconceito odiosa, vil e desumana, entende que o STF usou a analogia para criar um novo tipo penal e com isso violou o princípio da reserva legal em matéria penal. Além do mais, a Constituição Federal ao asseverar que "*não há crime sem lei anterior que o defina*", aduz que esse é "*um dos corolários inafastáveis desse princípio é a proibição da analogia*."

O autor explica que no caso em apreço há uma lacuna na lei e que a analogia, ainda que admitida no Direito, não se aplica ao Direito Penal, pelo princípio da reserva legal.

Em relação ao caso *Ellwanger*, Martins (2020, p. 747) entende o preconceito contra judeus e o racismo homotransfóbico como "*casos similares, mas não iguais.*" O texto original da Lei do Racismo referia-se a "*raça ou cor*." O judaísmo é uma religião e não uma raça. Essa discussão teria sido encerrada atualmente, visto que a nova redação da lei se refere a "*raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*." Neste caso, houve a chamada interpretação extensiva em que o legislador disse menos do que queria, e então coube ao interprete da lei expandir o sentido da norma. Esse tipo de interpretação é aceita em matéria penal, diferentemente da analogia.

Foram nessas perspectivas acimas explicitadas que os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, votos vencidos no julgamento, mesmo reconhecendo a mora do legislativo em criar tipos penais para as condutas de homofobia e transfobia, afirmam que apenas o legislativo pode criminalizar condutas.

Em seu voto, Lewandowski (2019, p. 17-19) explicita que:

Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. [...] A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Outro ponto suscitado é o risco de ocorrência de reações *backlashes*. De acordo com Fonteles (2021, p. 29) quem melhor conceitua *backlash* é Cass Sunstein que entende tratar-se da '*intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão de remover sua força jurídica.*'

Com a centralização de temas sensíveis para serem decididos pelo Judiciário na função contramajoritária, Fonteles (2021, p. 214-215) salienta que não nega a função contramajoritária dos Tribunais e que há sim abertura para que as Cortes contrariem as maiorias, eis que o próprio constituinte originário determina, entretanto, afirma que "*a banalização dessa função tem sido a principal fonte de reações backlashes."*

Por outro lado, a interpretação favorável ante a criminalização da homotransfobia é de que com a existência do art. 20 da Lei n.º 7.716/89, não há o que se falar em violação ao princípio da legalidade e nem analogia *in malam partem*.

No caso em questão houve a mera subsunção do fato a norma, a vedação de proteção insuficiente e a tutela de novos bens jurídicos.

Faz-se necessário elucidar também a decisão do STF interpretada sobre o prisma do filósofo Ronald Dworkin.

De acordo com Oliveira (2020, p. 58) o filósofo Ronald Dworkin defende a interpretação constitucional mediante leitura moral. Significa dizer que a base dessa ideia de Dworkin é priorizar como as grandes questões constitucionais deve ser interpretada e não quem deve interpretá-la.

A leitura moral, de acordo com o filósofo, precisa ser feita sobre as disposições constitucionais vagas ou com linguagem abstrata e que tenham sua redação estabelecidas em conceitos morais.

Sustenta, ainda, Dworkin (2006, p. 9 apud Oliveira, 2020, p. 58-59) que:

A leitura moral não é antidemocrática, pelo contrário, afirma que, quando se compreende a democracia, percebe-se que a leitura moral é realizada por todos os atores do jogo democrático, não somente pelo legislador ou pelo administrador, mas também pelos advogados e, igualmente, pelas Cortes e pelos juízes. [...] Assim, como a democracia é o exercício do poder pela decisão da maioria, mas com respeito aos direitos das minorias, a leitura moral, torna-se uma atitude indispensável à democracia. [...] O princípio majoritário é apenas uma forma de concretizar a democracia, mais especificamente a democracia representativa, de modo que nem tudo deve ser resolvido pelo critério da maioria, sob pena de se impossibilitar que as minorias um dia venham a se tornar maiorias.

Oliveira (2020, p. 60) entende que o julgamento do MI 4733 e da ADO 26 se insere nessa discussão sobre a leitura moral, pois:

Alguns deverão entender que a decisão pela criminalização das condutas de homofobia e transfobia como crime de racismo é nitidamente ativista, tendo em sua base uma leitura moral da Constituição em detrimento do Poder Legislativo, que é a função do poder do Estado que deveria resolver essa questão. Outros, embora reconhecendo ter o Supremo Tribunal Federal realizado uma leitura moral, vão sustentar ser legítima a decisão, porque resguarda com mais vigor a democracia, já que protege direitos de minorias que estão sendo violados pela omissão da maioria.

Para o autor, como a leitura moral é um método de ler e executar a constituição, ela pode ser vista como uma forma de ativismo judicial, pois "*busca solucionar questões de interpretação de normas constitucionais a partir da moralidade atual*" fazendo prevalecer uma leitura atualizada das normas constitucionais, modificando o que se "*imagina que seria o direito estabelecido no texto escrito*."

Assim, Oliveira (2020, p. 60-61) afirma que ao observar os votos dos Ministro Celso de Mello (relator da ADO 26) e Edson Fachin (relator do MI 4733) é possível identificar a fundamentação em bases morais, ou seja, a aplicação da leitura moral para a configuração do racismo homotransfóbico.

Sob a luz da teoria dworkiana, a ideia é de que em um estado democrático de direito todos devem receber tratamento igualitário e diante da omissão do congresso nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e transfobia, a população

LGBTQIA+ não recebeu a mesma consideração de igualdade a qual constitucionalmente lhe é prevista, cabendo à Corte tratar de tal tema.

Nessa orientação, Lima, S. e Lima, F. (2020, p. 99) expressa que a síntese do pensamento de Dworkin é a reintrodução da moral no direito e que o STF ao julgar as ações, proferiu uma decisão de valor, mesmo que de forma velada e com demasiada cautela. Além disso, a Corte percorreu na teoria do neoconstitucionalismo aplicando os valores e as normas de forma direta, sem mediação do legislativo. Portanto, concluem que a decisão do STF foi legítima.

Por todo o exposto, verifica-se que o debate sobre a cognição de uma jurisdição constitucional em excesso ou completamente adequada considerando a omissão legislativa sobre a criminalização da homofobia e transfobia, tema que carrega certa complexidade e relevância, não possibilita a doutrina de concluir um só entendimento.

Consoante à concepção de Marmelstein (2019, p.159-160) o primordial é desmistificar a ideia de que há antagonismo entre jurisdição constitucional e democracia, ou seja, de um lado tem-se o papel contramajoritário e do outro a vontade da maioria.

Em outras palavras, o autor explica que muitas das vezes uma decisão judicial que se contrapõe a uma deliberação parlamentar pode estar em conformidade com a maioria, ao passo que uma deliberação parlamentar pode não estar bem sintonizada com a maioria.

Além disso, elucida que o inverso também pode acontecer, isto é, a jurisdição constitucional pode tomar decisões majoritárias e o legislador pode tomar decisões contramajoritárias.

Por fim, Marmelstein (2019, p.160) conclui:

Aliás, no fundo nem a legislação, nem a jurisdição são legítimos per si. Pelo contrário. Qualquer modelo institucional em que alguns indivíduos se arrogam na função de controlar a vida de outras pessoas é arrogante e tendente ao arbítrio. Isso vale tanto para um órgão que alega decidir 'em nome do povo' quanto para um órgão que assume o papel de 'guardião da constituição'.

4 UMA ASSERÇÃO: A INDISPENSABILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

A comunidade LGBTQIA+ sempre enfrentou e enfrenta uma série de discursos de poder.

Conforme ensina Foucault (1999, p. 11 e 37), começa-se pela Idade da Repressão no século XVII, o sexo, de modo geral, ser reprimido, fadado à proibição, e o ato de falar de sexo ser um desafio da ordem estabelecida, algo subversivo e transgressor.

Mais tarde, no século XVIII, as práticas sexuais são regidas por três grandes códigos: o direito canônico, a pastoral cristã, e a lei civil. Eram neles que se encontrava a linha divisória entre o lícito e o ilícito, e as sobrecarregadas regras e recomendações de constrições às relações matrimoniais.

Foucault (1999, p. 38) menciona ainda que, a homossexualidade assim como a infidelidade, o casamento sem consentimento dos pais, eram passíveis de condenação nos tribunais. *"O 'contra-a-natureza' era marcado por uma abominação particular."*

O filósofo cita como exemplo os hermafroditas considerados criminosos naquela época, eis que sua disposição anatômica, sua existência, embaraçava a lei que diferia os sexos e ditava sua conjunção.

Depois, no século XIX, o homossexual se torna um personagem, uma espécie, pois nada daquilo que ele é, escapa à sua sexualidade. Foucault (1999, p. 42-44) salienta que a categoria psicológica, psiquiátrica e médica entendia a homossexualidade um tipo de sexualidade periférica, uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma.

Entretanto, mesmo com toda essa subalternização, Foucault (1999, p. 95) retrata que essa ideia elaborada sobre o que era ser homossexual no século XIX:

possibilitou a constituição de um discurso "de reação": a homossexualidade pôs-se a falar por si mesma, a reivindicar sua legitimidade ou sua "naturalidade" e muitas vezes dentro do vocabulário e com as categorias pelas quais era desqualificada do ponto de vista médico.

Esses recortes históricos comprovam que mesmo havendo a necessidade de classificar comportamentos como tentativa de controlar corpos, de perseguir ou reprimir tudo aquilo que fugisse do considerado normal e padrão das épocas, sempre existiu o enfrentamento desses discursos e de uma luta política que vai contra a ideia de sistema, e esse conflito ainda permanece.

Atualmente, de acordo com a Folha de S. Paulo (2020, n.p), ser LGBTQIA+ ainda é crime em 69 países, 67 desses têm lei explícita contra a homossexualidade e os países Egito e Iraque usa indiretamente outras leis para perseguir e condenar essa população.

No campo religioso, segundo a Carta Capital (2021, n.p), recentemente o Vaticano se posicionou em desfavor ao projeto de lei contra a homofobia na Itália, pois considera tal medida uma afronta a liberdade de expressão dos católicos.

No Brasil, existem as bancadas evangélicas e católicas do Congresso Nacional que se unem para lutar contra a comunidade LGBTQIA+.

Ademais, em conformidade com as informações também trazidas pela Carta Capital (2021, n.p), uma pesquisa feita pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), secretarias de Atenção Primária em Saúde e de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS) e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com base nos dados do Sistema Único de Saúde (SUS) revelou que a cada uma hora um LGBTQIA+ é agredido no Brasil. Esses dados foram analisados entre 2015 e 2017.

Em contraposição, no Brasil, os direitos dos LGBTQIA+ também avançou, como, por exemplo, o reconhecimento da união civil, adoção, e, agora, a criminalização da homofobia e transfobia.

Sendo assim, diante dessas referências abordadas, é evidente que a luta da população LGBTQIA+ constitui em muitas frentes. A existência dessa comunidade desafia um sistema de poder.

O papel histórico do LGBTQIA+ de transformar a homofobia e transfobia em orgulho, é a tentativa de legitimar a sexualidade, os diversificados corpos, em um mundo que foram e são historicamente deslegitimados.

O caráter punitivo da criminalização da homotransfobia é fundamental para reprimir a insegurança de parte da população que, com medo da sexualidade alternativa, se expressam em ações de agressões e assassinatos por ódio.

Também, é uma vertente para construção de um sistema composto por pessoas conscientes que possam ver o LGBTQIA+ para além de um corpo. A trajetória da busca pela igualdade dessa comunidade é um caminho de luta pela expansão do conceito de humanidade.

Nesse seguimento, Rita Von Hunty (2021, n.p), clarifica:

Não é sobre amor nem sobre consumo ou mercado. Nosso orgulho é sobre luta e emancipação, sobre a demanda e a conquista de uma realidade que nos reconheça em nossa inalienável humanidade e nos respeite como sujeitos plenos de direitos. A luta continua.

Por fim, cumpre advertir que a criminalização da homofobia e transfobia como o único parâmetro de combate não é o ideal, mas sim, um ponto de partida para se colocar limite nas pessoas para que não exteriorizem seus preconceitos.

A criminalização deve vir acompanhada também de um caráter pedagógico. É indispensável fortalecer um pacto social que visa unir as pessoas enquanto sociedade. Robustecer os pactos civilizatórios é criar uma oposição propositiva a um sistema que precariza a vida da população LGBTQIA+ negando-lhes afeto, solidariedade, acesso econômico e respeito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o debate em torno da criminalização da homofobia e transfobia, desde os motivos que levaram a propositura do MI 4733 e da ADO 26, bem como das teses firmadas pelo Supremo sobre a temática, e as discussões sobre o excesso institucional da Corte ou a omissão normativa do Congresso Nacional, faz-se necessário reconhecer a importância de cada argumento trazido.

A Constituição Federal de 1988 é a base norteadora do ordenamento jurídico, é nela que se encontra a gestão fundamental para a perpetuidade de um estado democrático de direito e os limites e as autonomias indispensáveis para o funcionamento das instituições. Então, quando se viola as normas contidas na Constituição, coloca-se em risco a harmonia dos poderes e a ruptura desse equilíbrio pode ensejar no enfraquecimento da democracia e uma nação dividida.

Contudo, há de se reconhecer que com a mudança frenética da sociedade, as normas já escritas não conseguem regular plenamente uma coletividade multicultural, diversa e complexa.

Logo, há uma inevitabilidade de recorrer-se a hermenêutica jurídica, fazer interpretações extensivas, identificar direitos fundamentais atípicos a partir do sistema jurídico brasileiro e dos tratados internacionais firmados, para adequar e conduzir as normas à realidade.

Sobre a criminalização da homotransfobia, não se formou um entendimento único sobre a atuação do STF ter ultrapassado os limites da jurisdição constitucional ou, ante a omissão das casas legislativas foi dever do Supremo exercer seu papel institucional.

Todavia, pode-se assegurar que é de extrema urgência que a sociedade normalize existências. As pessoas LGBTQIA+ a todo momento são deslegitimadas, crescem em espaços que as excluem, as oprimem, as negligenciam, as impossibilitam de serem autênticas.

Toda essa pressão e intimidação que vem do seio familiar, do ambiente escolar, da comunidade a qual o LGBTQIA+ está inserido, do discurso político e religioso excludente; provoca a agressão, a morte e a sensação de descartabilidade dessas pessoas.

A criminalização da homotransfobia é só uma das veias para a mudança desses fatos. É preciso que o Estado promova políticas públicas de inclusão, forneça uma educação laica e de qualidade, dissemine o ensino para o conhecimento da Constituição Federal, capacite profissionais para lidar com essa realidade e use estratégias que possam aumentar a representatividade das minorias no poder legislativo.

As sociedades humanas avançadas são capazes de reconhecer e estender o conceito de humanidade, e entender que os seres humanos são complexos e mesmo nas suas complexidades são dignos de respeito.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Lucas. *Mundo avança em direitos LGBT, mas relação homossexual segue como crime em 69 países*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/12/mundo-avanca-em-direitos-lgbt-mas-relacao-homossexual-segue-como-crime-em-69-paises.shtml> Acesso em: 28 jul 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jul 2021.

_____. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. *Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 19 jul 2021.

_____. STF. *ADO: 26 DF 9996926-64.2013.1.00.000*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 16/06/2019. DJ 06/10/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-6420131000000?ref=serp> Acesso em: 19 jul 2021.

_____.STF. *MI: 4733 DF 99942814-37.2012.1.00.0000*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julg. 13/06/2019. DJ 29/09/2020. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935399807/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-9942814-3720121000000> Acesso em: 19 jul 2021.

CARTA CAPITAL. *Vaticano se opõe a projeto de lei contra homofobia na Itália.* Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/mundo/vaticano-se-opoe-a-projeto-de-lei-contra-homofobia-na-italia/> Acesso em: 28 jul 2021.

CARTA CAPITAL. *Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS.* Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/um-lgbt-e-agredido-no-brasil-a-cada-hora-revelam-dados-do-sus/> Acesso em: 28 jul 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Omissão Normativa ou Excesso Institucional? Mais um Dilema do Supremo*. Disponível em: < https://ConJur - Omissão normativa ou excesso institucional? Mais um dilema do STF>. Acesso em: 20 jul 2021.

FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I: A Vontade do Saber*. 13. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

HUNTY, Rita Von. *O Orgulho LGBTQIA+ não é sobre amor, nem sobre consumo*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/o-orgulho-lgbtqia-nao-e-sobre-amor-nem-sobre-consumo/?utm_source=leiamais> Acesso em: 28 jul 2021.

INFORMATIVO DO STF N.º 944. *Direito Constitucional – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Homofobia e Omissão Legislativa.* Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm#Homofobia%20e%20omiss%C3%A3o%20legislativa%20%E2%80%93%204> Acesso em: 19 jul 2021.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *ADO 26 – Voto*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/legislativo-tipificar-crime-defende.pdf> Acesso em: 20 jul 2021.

LIMA, Scarlett Maria Araújo Marques e LIMA, Francisco Meton Marques. *A Criminalização da Homofobia pela Via Judicial: Uma Passagem pelas Teorias Positivistas e Críticas*. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/11718> Acesso em: 26 jul 2021.

MARMERLSTEIN, George. *O Direito Fora da Caixa*. 2. Salvador: Editora JusPodivm,2019.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, José Flávio Fonseca. *A Criminalização da Homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: O Uso da Leitura Moral de Ronald Dworkin em Detrimento do Princípio da Maioria de Jeremy Waldron*. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2570/2423> Acesso em: 26 jul 2021.

CAPÍTULO 6

QUEM TEM FOME, TEM PRESSA: UMA ANÁLISE DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NO CPC/15

Ana Paula Rangel da Silva Araújo

1. INTRODUÇÃO

O contexto mundial atual aponta para uma realidade social cada vez mais globalizada, onde percebe-se uma cada vez maior flexiilização das fronteiras e o fortalecimento das conexões virtuais, unindo os povos e demandando a criação de normas legais que venham a contribuir com as novas relações sociais advindas desta inovadora Ordem Mundial.

Para tanto, faz-se necessário debater temais complexos que envolvem a contemporaneidade como: o direito às migrações internacionais que, com o advento da Lei 13.445/17, passou a ser consagrado como um direito humano e não mais como uma questão de segurança nacional, como descrito no antigo Estatuto do Estrangeiro, evidenciando ainda mais as demandas envolvendo as famílias transnacionais.

Assim, o principal objetivo da presente pesquisa é a análise da Prestação Internacional de Alimentos, à luz da Convenção de Haia sobre Alimentos, Convenção de Nova York e outros importantes documentos atrelados ao tema e seus impactos no ordenamento jurídico nacional e internacional, principalmente no que tange à efetividade de tal prestação jurisdicional frente ao atual Código de Processo Civil Brasileiro.

O problema que envolve prestação de alimentos no e do estrangeiro apresenta múltiplas facetas, é complexo tanto do ponto de vista jurídico quanto operacional, pois envolve ordenamentos jurídicos de países soberanos diversos e com operadores do direito que têm visões de mundo diferentes, sendo imprescindível, portanto, a cooperação internacional para o deslinde das demandas, garantindo o acesso e efetividade aos direitos humanos mais basilares e fundamentais, tais como a prestação de alimentos aos menores e incapazes.[108]

A preocupação com a defesa dos interesses das crianças e adolescentes consagrou-se como uma pauta prioritária no Brasil e no Mundo, portanto, é de suma relevância o aprofundamento no presente tema, permitindo uma maior análise sobre a prestação de alimentos internacionais e se realmente trata-se de prática eficaz, célere e viável sob o prisma da cooperação internacional, para que a flexibilização migratória não seja causa de violação dos direitos humanos mais basilares dos infantes, comprometendo a dignidade da pessoa humana.

[108] (Silva, 2018)

Portanto, faz-se necessária a análise dos principais pontos da Convenção de Nova York de 1956 e a Convenção de Haia Sobre Alimentos de 2007, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro desde novembro de 2017 e refletindo na Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, bem como o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos.

2. METODOLOGIA

A metodologia adotada para a presente pesquisa foi revisão bibliográfica, método hipotético-dedutivo, estudo descritivo e exploratório, analisando os doutrinadores e pesquisadores voltados ao estudo da prestação alimentícia internacional, bem como os tratados de cooperação jurídica internacionais e a legislação brasileira como marcos teórico-legais imprescindíveis para a realização do presente trabalho.

3. CONVENÇÃO DE NOVA YORK X CONVENÇÃO DE HAIA

3.1 Convenção de Nova York sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1956 (CNY)

Este tratado, redigido a partir das demandas advindas do fim da Segunda Guerra Mundial, foi de grande relevância no cenário internacional, um verdadeiro marco, sendo considerado o primeiro instrumento de cooperação sobre o tema da cobrança administrativa das obrigações alimentares, um documento popular e de aceitação global como nunca antes visto. A Convenção de Nova York foi internalizada no Brasil por meio do Decreto de Promulgação n.º 56.826/1965 e inovou ao criar a figura das autoridades centrais sem passar por instâncias diplomáticas e administrativas, concedendo ao credor benefícios como o da assistência judiciária gratuita, dispensa de caução, expedição gratuita de documentos e facilitação na trasferência de fundos.[109]

A partir desta Convenção, a parte poderia requerer os alimentos no seu país de habitação e posteriormente pedir a execução dos valores devidos no país estrangeiro, ou entrar com a ação no país de origem do devedor. Porém, em ambos os casos, haveria obstáculos em vários níveis, principalmente no que se refere à transferência de fundos nos processos transnacionais.[110]

Quando o devedor de alimentos não se reponsabilizava espontaneamente pelo adimplemento de sua obrigação, cabia ao Procurador Geral da República (PGR) porpor Ação de Homologação de Sentença Estrangeira perante o STJ, viabilizando assim a execução da sentença estrangeira perante o Juiz Federal no Brasil.[111]

A Convenção de Nova York foi um instrumento importante e bem sucedido porque proporcionou uma melhor estrutura de comunicação entre as autoridades centrais, com destaque para a atuação da Procuradoria Geral da República (PGR), assessorado internamente pela Secretaria de Cooperação Internacional, pasta vinculada diretamente ao seu gabinete, criada no ano de 2005; proporcionando um maior diálogo entre as partes, a padronização dos procedimentos e um grande número de adesão de países participantes.

São países signatários desta convenção:

[109] (Araújo, 2016, p. 253)
[110] Idem
[111] (Brasil, 2014, p. 14)

Alemanha, Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Barbados, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia & Herzegóvina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Cazaquistão, Chile, China, Chipre, Colômbia, Croácia, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Libéria, Luxemburgo, Macedônia, Marrocos, México, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Níger, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Polônia, Portugal, Quirguistão, Reino Unido, República Centro-Africana, República Checa, Romênia, Santa Sé, Seicheles, Sérvia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Uruguai.

"Conceitualmente, a cooperação jurídica internacional pode ser definida como o conjunto de normas e princípios, estabelecidos no plano internacional ou em conexão com o direito interno, com o objetivo de aproximar, harmonizar ou unificar o entendimento normativo entre direitos e povos, sobre questões de caráter internacional, assentadas sob o princípio da cooperação ou solidariedade, que tem por objetivo disciplinar mecanismos jurídicos de efetivação normativa, processual ou procedimental do direito entre diferentes Estados.[112]

2.2. Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família

A Convenção de Haia sobre Alimentos é um tratado internacional mais recente (2007), no qual o Brasil e mais diversos outros países são signatários, com o objetivo principal de aprimoramento da cooperação internacional, no que se refere à efetivação das cobranças transnacionais de alimentos.

São signatários da Convenção de Haia de 2007, além do Brasil: Albânia, Alemanha, Austrália, Belarus, Bélgica, Bósnia, Herzegovina, Bulgária, Cazaquistão, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Guiana, Grécia, Holanda, Honduras, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Nicarágua, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia, Suécia, Turquia e Ucrânia.[113]

Tal Tratado foi promulgado no Brasil, o primeiro país da América Latina a adotá-la, em 19 de outubro de 2017, através do Decreto 9.176, que também internalizou o Protocolo sobre Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, que vem a complementar o texto da Convenção adotando regras uniformes para as demandas alimentícias transnacionais.

A efetividade nos processos envolvendo famílias transnacionais só é possível mediante tais instrumentos que viabilizam a celeridade e uniformidade de procedimentos, atuando através da cooperação internacional e valendo-se, inclusive, de eficazes sistemas eletrônicos integrados, como o *ISUPPORT*, que permitem a tramitação virtual dos pedidos.

Após o recebimento do pedido de reconhecimento de sentença estrangeira, o que denominou-se cooperação passiva, pois advinda do pais de residência do alimentado/credor, a autoridade central deverá receber o requerimento ou enviar diretamente para o STJ, órgão responsável pela homologação das sentenças estrangeiras.

[112] (MENEZES, 2015, p. 29).
[113] (Pereira, 2020, p. 518)

“Cabe destacar que as autoridades centrais não podem revisar as decisões estrangeiras quanto ao mérito, analisando somente os requisitos formais que, se forem atendidos, farão com que o pedido seja encaminhado para o STJ, cabendo, neste caso, o reconhecimento, total ou parcial, na medida em que não ofendam a ordem pública internacional, e sejam coincidentes com a legislação nacional.”[114]

A Convenção de Haia trouxe algumas mudanças em relação ao Tratado de Nova York, dentre elas o fato dos pedidos tramitarem diretamante pelo Ministério da Justiça, que tornou-se a Autoridade Central Jurídica Internacional, especificamente do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) responsável pelos trâmite processual e não mais através da Procuradoria Geral da República (PGR), Órgão do Ministério Público Federal, que atuará apenas excepcionalmente em alguns casos.[115]

O requerimento sobre a prestação alimentar, devidamente instruído com os documentos necessários, deverá ser encaminhado à Autoridade Central competente do local da residência do Requerente para o encaminhamento ao país em que reside o devedor. Porém, caberá, neste momento, a análise sobre qual Tratado Internacional deverá ser aplicado, se a Convenção de Haia ou a de Nova York a depender do país destinatário ser ou não signatário de tais documentos internacionais.[116]

“A autoridade central é um órgão de comunicação designado por cada Estado e necessariamente previsto em tratados internacionais. Possui, em geral, três funções básicas: a) gerenciar e agilizar o trâmite dos pleitos cooperacionais, recebendo e enviando-os a outros Estados, dispensando-se a via diplomática; b) zelar pela adequação das solicitações enviadas e recebidas nos termos do tratado; c) capacitar as autoridades públicas envolvidas, de modo a aperfeiçoar os pedidos emitidos.”[117]

No Brasil, a Convenção de Haia de 2007 deverá ser aplicada para os procedimentos formalizados a partir de 19 de outubro de 2017,desde que do outro lado da demanda haja um país signatário. A solicitação deve ser destinada a menor de 18 (dezoito) anos, podendo ser extendida até os 21 (vinte um) anos, caso não haja nenhuma reserva, com a possibilidade de tramitação com gratuidade de justiça. Para as situações excepcionais, não enquadráveis na Convenção de 2007, deverá ser aplicada a Convenção de Nova York, desde que se trate de país signatário da mesma. Conta-se também com o sistema eletrônio *isupport,*que além de padronização de formulários que evitam indeferimentos desnecessários, ainda pode ser acessados na língua nativa do requerente, já disponível, inclusive, em português.[118]

“Analisando se o corpo da Convenção de Haia, verifica-se que, ao longo dos seus 65 artigos, ela se debruça com mais dedicação que a CNY, que possui 21 artigos, em relação ao procedimento de tramitação, o que denota um interesse da comunidade internacional na regulação do tema com maior aprofundamento. Assim, enquanto a Convenção de Nova York se concentra no procedimento de cooperação administrativa e alguns detalhes em relação à documentação necessária, a Convenção de Haia vai além,

[114] (Vieira & Barbosa, 2018, p. 80)
[115] (Caar, 2018, p. 253)
[116] (Caar, 2018, p. 253)
[117] (Menezes, 2015, p.17)
[118] (Caar, 2018, p. 253)

dedicando vários artigos sobre o enquadramento, o procedimento, os requisitos, a execução e demais aspectos do pedido de cobrança."[119]

3. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE: CONVENÇÃO DE HAIA DE 2007 E O CPC/15

De acordo com o estabelecido no artigo 53, inciso II do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e no artigo 7º da LINDB, o Estado Brasileiro terá competência para determinar as regras de Direito de Família e julgar as ações de alimentos, prevalecendo a localidade do domicílio do alimentado. Significa dizer que, estando as crianças domiciliadas em território brasileiro, estão sujeitas a lei nacional, não influindo a nacionalidade dos envolvidos, devendo contar com os mecanismos de cooperação internacional em caso de estar a outra parte residindo em país diverso.[120]

O CPC de 2015 em seu art. 22, I, diz que o juiz brasileiro pode processar e julgar demandas de alimentos com conexão internacional, enquanto o art. 53, II, do mesmo dispositivo estabelece preferência para o foro do alimentado, demonstrando que a Lei Brasileira está em plena concordância com os ditames dos Tratados Internacionais, inclusive no contexto interamericano.

A Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989, ratificada pelo Brasil em 1997 pelo Decreto 2.428, estabelece no seu art. 4º. O direito convencional interamericano a toda a pessoa de receber alimentos, independentemente de raça, sexo, religião, origem, ou qualquer outro tipo de discriminação, conferido competência para conhecer dos pedidos de alimentos na esfera internacional: o juiz ou autoridade da residência habitual do credor ou devedor, ou aonde o devedor mantiver vínculos pessoais de posse de bens, renda ou benefícios econômicos diversos, de acordo com o que diz o art 8º do referido documento.[121]

A Convenção de Haia sobre a cobrança de Alimentos e seu Protocolo representaram uma grande inovação, trazendo instrumentos de aperfeiçoamento da cooperação jurídica internacional e contribuindo para uma maior efetividade e celeridade para a cobrança alimentar. [122] Através do *ISUPPORT* ficou mais fácil localizar o devedor e seus bens e efetivar medidas restritivas tais como: retenção salarial, bloqueios em contas bancárias, deduções no seguro social, gravame de alienação forçada de bens, retenção da restituição de impostos, suspensão ou revogação da carteira de motorista, dentre outros procedimentos que garantem a efetividade do processo transnacional.

A efetividade no trâmite dos processos de cunho alimentar de natureza transnacional está diretamente ligada à questão de celeridade ao acesso à justiça, pois quem tem fome, tem pressa de sobrevivência e, portanto, a morosidade na prática dos meios de execução compromete a eficácia das decisões e podem encadear inúmeras injustiças, principalmente à crianças e vulneráveis.

Para que haja uma prestação jurisdicional eficiente serão necessárias medidas executórias por vezes drásticas para a esfera patrimonial do devedor, portanto, a Convenção de Haia determina que os países signatários disponibilizem, em seus

[119] (Barros, 2018, p. 65)
[120] (Sieiro, 2021, p. 12)
[121] (Pereira, 2020, p. 519)
[122] (Pereira, 2020, p. 518)

ordenamentos jurídicos internos, mecanismos executórios eficientes e que estejam em consonância com os ditames internacionalmente decretados.[123]

"A Convenção, ainda, não obsta a aplicação de norma mais eficaz em vigor no Estado requerido, desde que os procedimentos mais céleres sejam compatíveis com a proteção oferecida às partes, especialmente no que se refere à citação e ao direito à contestação e recurso."[124]

Neste ponto cabe o seguinte questionamento: como utilizar os meios de execução em face do devedor de alimentos de modo a compatibilizar normas processuais internas dos Estados soberanos com as normas de caráter supra-nacionais, privilegiando a cooperação jurídica e garantindo a efetividade das decisões?
Com efeito, os Estados têm ampla discricionariedade, em suas legislações domésticas, para elaborar normas em matéria de alimentos e de execução de obrigações alimentícias. Mas a criação de normas internas não basta para assegurar o êxito de uma cobrança internacional de alimentos.[125]

A cooperação jurídica internacional deve estar sempre a serviço de valores humanos precípuos das crianças e adolescente, que são os principais sujeitos de direitos reclamantes da prestação alimentícia transnacional, devendo as normas nacionais, sempre que possível, serem flexibilizadas em nome da efetividade das medidas executórias avençadas nos Tratados.
"Por muito tempo, vencimentos, salários, remunerações e similares têm sido tratados como situações de absoluta impenhorabilidade, uma forma de se resguardar a dignidade e o patrimônio mínimo existencial do devedor. Contudo, diante da diuturna constatação de crise na efetividade do processo, o legislador nacional tem buscado alterar essa triste conjuntura. A Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, conhecida como o novo Código de Processo Civil, trouxe algumas ressalvas a esta regra. Foi o que aconteceu com a cobrança de débito alimentar; independentemente de sua origem, ela foi excluída do preceito da impenhorabilidade absoluta (art. 833, inciso IV, § 2º, do CPC/2015)."[126]

Mas a questão não é assim tão simples, pois há ainda alguns magistrados com parceres mais cautelosos e optando em aplicar a norma do art. 805 do CPC/15 que aplicam o princípio de utilização de medidas de menor impacto oneroso ao devedor, ou seja, devendo ser escolhido o modo de execução menos gravoso para o executado, porém comprometendo a efetividade das medidas internacionais de cobrança alimentar.

Ou seja, segundo este entendimento, medidas como: penhoras em contas bancárias, bloqueios de cartão de crédito do devedor, suspensão da carteira de motorista e apreensão de passaporte, poderiam ser encaradas como meios gravosos de execução e com a possibilidade de não serem aplicadas de imediato pelo juiz comprometendo a efetividade das decisões descumprindo as tratativas internacionais.

[123] (Caar, 2018, p. 255)
[124] (Vieira & Barbosa, 2018, p. 80)
[125] (Vieira & Barbosa, 2018, p. 78)
[126] (Caar, 2018, p. 255)

A Convenção de Haia de 2007 , em seu espírito legal, consolidou o entendimento de que a fome corresponde à urgência e à pressa, significando dizer que a morosidade no cumprimento das execuções ou a utilização de meios menos gravosos ao devedor poderão comprometer a eficácia das decisões que, em sua maioria, devem alcançar direitos humanos precípuos de crianças, adolescentes e outros vulneráveis e hipossuficientes. Assim, tal entendimento precisa ser reconsiderado, devendo ser preservadas as garantias de proteção integral e melhores interesses das crianças e adolescentes, restando comprovado que as inovações executórias trazidas pelo CPC de 2015 estão em conssonância com os ditames protocolares internacionais e promovem a segurança jurídica na efetivação das decisões.

4. CARÁTER HUMANITÁRIO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 2007

Para Flávia Piovesan, há uma concepção universal dos direitos humanos demarcada pela Declaração e que vem sofrendo forte resistência por parte dos adeptos ao movimento do relativismo cultural. Debates acalorados giraram em torno do alcance das normas de direitos humanos, se universais ou se relativas e adstritas a cada sociedade e Estado. A autora sustenta a existência de vários graus de universalismo e acredita que o diálogo entre as culturas e o respeito ao outro como digno e portador de direitos só será possível mediante o "mínimo ético irredutível, mediante o universalismo de confluência, ou seja, elevando a dignidade da pessoa humana a valor intrínseco à própria condição humana".[127]

Assim, o tempo atual é o da judicialização internacional dos Direitos Humanos, restando aos operadores do Direito o desafio de aplicação e efetivação de tais garantias , que devem estar acima das normas internas de cada país, pois trata-se de bens jurídicos tutelados que apresentam máxima relevância, devendo ser preservados por toda a comunidade internacional, evitando-se, assim, violações e impunidades sem precedentes e que representariam um insano retrocesso .[128]

A cobrança de Alimentos tanto no plano nacional como nas demandas transnacionais vem adquirindo o *status* de questão de ordem humanitária e deve ser analisada para além das questões meramente técnicas e legais, devendo os estudos avançarem no sentido de garantir e proteger esse direito humano tão basilar e essencial à dignidade da pessoa humana que é o Direito à Prestação Alimentar.[129]

"No plano internacional, a cobrança de alimentos, tanto pela estrutura dos judiciários nacionais para apreciação de ações dessa natureza quanto pelo reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, tem sido encarada como questão de ordem humanitária, econômica, financeira e social, para além da tenacidade leal que o tema pode suscitar."[130]

---

[127] (Piovesan, 2010)

[128] (Capucio, 2016, p. 285

[129] (Pereira, 2020, pp. 517-518)

[130] (Polido, 2017, p. 855-897).

Os requerimentos com base na cooperação internacional devem ser realizados pelo Estado requerido respeitados os direitos fundamentais descritos na Carta Magna do país, bem como os direitos humanos advindos nos tratados e leis gerais de cooperação. De acordo com a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, não será necessário dispositivos específicos tratando literalmente do assunto para serem respeitados, todo o processo cooperacional deve proteger os direitos humanos sob pena de os estados envolvidos serem julgados em tribunais internacionais.[131]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs à análise das Convenções Internacionais de Nova York e de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, demonstrando suas particularidades e os seus trâmites processuais, em especial no ordenamento jurídico brasileiro.

Restou comprovado que a Convenção de Haia de 2007, atualmente em vigor no Brasil desde 2017, tornou-se um importante instrumento de aperfeiçoamento da cooperação jurídica internacional, apresntando instrumentos hábeis à execução de sentenças estrangeiras atinentes à prestação alimentar.

Porém, apesar de todas as inovações trazidas pela referida Convenção de 2007, que foi aderida por mais de 40 (quarenta) países ao redor do mundo, seus mecanismos de busca e restrições patrimoniais ao devedor, contribuindo para satifação do crédito alimentar, é necessário que haja uma verdadeira cooperação dos Estados soberanos fazendo valer as normas internacionalmente postas para que haja uma célere e eficaz prestação jurisdicional.

Conscientes de que aqueles que têm fome, têm pressa e o direito humano à alimentação digna e à proteção integral a criança e ao adolescente devem ser respeitados e elevados à questão de ordem humanitária a qual depende da cooperação e solidariedade de todos os países envolvidos no processo. Portanto, que sejam garantidos de forma célere e eficaz os direitos e a dignidade de todas as pessoas humanas e, em especial, das que têm fome, fazendo valer efetivamente as normas jurídicas supranacionais.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei Nº 13.105, de 16 de marco de 2015.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

BRASIL. *Convenção de Nova York, Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965***.** Disponívelm:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acessado em: 18 de julho de 2021.

BRASIL. *Decreto Nº 9.176, de 19 de outubro de 2017***.** Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007.

BRASIL. *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Decreto-Lei*

[131] (Pereira L. M., 2015, p. 22)

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Convenção de Nova York sobre prestação de alimentos no estrangeiro: o que é e como funciona* / Secretaria de Cooperação Internacional. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília: MPF,2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional* / Secretaria de Cooperação Internacional. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília : MPF, 2016. 284 p. – (Coleção MPF Internacional ; 2) ISBN 978-85-85257-18-7 (obra compl.) – ISBN 978-85-85257-19-4 (v. 2).

BARROS, Márcio Lucas Borges. *Monografia: O Regime jurídico das Convenções sobre as Ordens judiciais de provimento de Alimentos em Causa de Direito Internacional privado no Direito Brasileiro***.** Salvador: 2018. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30157 . Acesso em 28 de julho de 2021.

CAAR, Livia Vilas Boas. *Convenção de Haia sobre Prestação de Alimentos no Exterior de 2007: implicações no Brasil.* Anais do III Congresso de processo Civil Internacional, 2018: Vitória. Disponível em: https://periodicos.ufes.br. Acesso em 28/07/2021.

CAPUCIO, Camilla. *Dimensões da Cooperação Jurídica Internacional: do Direito à Cooperação ao Dever de Cooperar*. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 61*(03), 277-297. doi:10.5380/rfdufpr.v61i3.47094. (set/dez de 2016) Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47094/29835. Acesso em 30 de julho de 2021.

MENEZES, Wagner. Cooperação jurídica internacional e seus paradoxos. In: RAMOS, André de carvalho; MENEZES, Wagner (Orgs). *Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

PEREIRA, L. M. *A Cooperação Jurídica Internacional no Novo Código de Proceso Civil*. *CEJ*, 18-34. (set/dez de 2015). Disponível:em: https://www.iusgentium.ufsc.br/wpcontent/uploads/2018/02/Reuniao-6-Leitura-complementar.pdf. Acesso em 29 de julho de 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 11ª. ed. rev. E atual. São Paulo. Saraiva, 2010, 608 p.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. A Família nas Relações Privadas Transnacionais: aportes metodológicos do Direito Internacional Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Vol. I. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

SIEIRO, Tatiana de Farias. *Monografia: As famílias plurinacionais do direito brasileiro: arbitramento e execução das obrigações alimentícias a partir da perspectiva interncional.* Salvador: 2019. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1456 . Acesso em 28 de julho de 2021.

SILVA, Vilmar Antônio da Silva. *Prestação de Alimentos no e do estrangeiro: um estudo à luz do Direito Internacional***.** Revista de Direito de Família Âmbito Jurídico, São Paulo, no 172, 2018. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-

172/prestacao-de-alimentos-no-e-do-estrangeiro-um-estudo-a-luz-do-direito-internacional/. Acesso em 27 de julho de 2021.

VIEIRA, L. K., & Barbosa, T. N. . *A Convenção de Haia sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e outros membros da família: a recente recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro***.** *Faculdade de Direito UFG, 42*, 76-96. Disponível em: http://www. dx.doi.org/10.5216/rfd.v42i2.5163. Acesso em 29 de julho de 2021.

CAPÍTULO 7

O POVO PELA DITADURA E CONTRA MINORIAS: UMA DOSE FATAL DE DEMOCRACIA?

Mathieu Giroud Koopman

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, desde a queda da Ditadura Civil-Militar, em 1985, vive uma democracia protegida pelo manto da Constituição Federal, que nasceu em 1988. Estruturada no Estado Democrático de Direito - conceito que revolucionou o sentido de Democracia depois das barbaridades dos dois conflitos armados mundiais - a Lei Maior garante liberdade de expressão, pluralismo político e partidário e uma infinidade de outras liberdades e garantias fundamentais. No entanto, é bastante comum, nos mais diversos setores, encontrar pessoas que sentem falta do período anterior, no qual o Brasil vivia uma ditadura, onde quase todos os direitos e garantias previstos na constituição tiveram a sua aplicação suspensa e onde o poder não era emanado do povo. Também, não é raro grupos como estes invocarem as garantias vigentes para manifestar-se contra direitos de grupos vulneráveis apoiando personagens políticos com personalidade autoritária e defensor de dogmas cristãos.

Como se sabe, a liberdade de expressão e pluralismo foram totalmente destruídos com forte censura no período militar. Todavia, no gozo da proteção constitucional, determinados grupos vão às ruas protestar pela sua volta, ou seja, fazem uso de suas liberdades para lutar contra elas.

O presente artigo nasce exatamente destes ponto. Afinal, levando em consideração o risco da aplicação incondicional das liberdades, pensa-se em quais limites devem ser impostos para proteger tanto a democracia em si, quanto grupos vulneráveis que, além de serem minoritários nas instituições políticas, sofrem tanto com repressão do poder que emana dos grupos que efetivamente detém o poder de decisões políticas, quanto com a falta de proteção e garantia de acesso aos seus direitos.

Em nome da preservação da democracia e sobretudo da igualdade, que aliás é um dos signos da democracia, levando em consideração o tamanho do grupo extremamente conservador e anti-democrático que compõe os grupos políticos brasileiros, é necessário tratar e difundir informações acerca do tema, para pensar soluções que preservem a liberdade de todos e para que, com a inevitável diferença entre os cidadãos em inúmeros setores, todos possam ser iguais perante a lei, conforme determina a Constituição.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Pautando-se no método indutivo, a presente pesquisa consistiu-se em uma análise de uma seleção bibliográfica que trata acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, para verificar até que ponto as manifestações

populares pela volta de períodos anti-democráticos e contra direitos de minorias políticas devem aceitos como forma de exercício das liberdades constitucionais, sobretudo à liberdade de manifestação pensamento.

3. O POVO PELA DITADURA: UMA DOSE FATAL DE DEMOCRACIA?

Nas ruas, grupos consideravelmente grandes pedem a volta da Ditadura Militar, sob argumento de que o Brasil estava melhor na mão dos militares há décadas atrás. Há, obviamente, um grande paradoxo nessas manifestações, considerando que são justamente as liberdades democráticas garantidas pela Constituição de 1988, que sucedeu o período ditatorial anterior que as garantem. Antes da ascensão do atual regime, havia forte censura e direitos como a liberdade à livre manifestação de pensamento e uma série de outros não eram garantidos. Observa-se que, dentre os argumentos das citadas manifestações, um deles é o fato de o Brasil estar imerso à corrupção e sob uma ameaça comunista (um argumento bastante comum há muito tempo). Também, é necessário mencionar que o espaço dado à diversidade, como o crescimento de direitos do LGBTQI+ , a religiões de matriz africana e etc. também são usados como fundamento da necessidade de um autoritarismo pautado nos valores cristãos que devem fazer as “minorias se curvarem diante da maioria”.

Não há espaço aqui para falar do quanto, também no período ditatorial havia muita corrupção e que não vinha à tona simplesmente em razão da falta de transparência e fiscalização. Do mesmo modo, não é necessário justificar o tamanho da incoerência quanto ao fato de serem utilizadas as garantias democráticas para atacar direitos alheios. Mas há de se dizer, levando em conta todo o terror vivenciado durante o período de 1964 a 1985, que a justificativa dos manifestantes quanto à solução para a corrupção, seria como utilizar uma alta dose de remédio para cura e acabar causando uma morte por overdose. A democracia assemelha-se muito a essas drogas medicinais, no sentido da necessidade de ser dosada, para não causar problemas. Um Estado Democrático de Direito deve ser auto-construtivo, não auto-destrutivo.

De situações como estas, nasce a necessidade de impor limites à democracia com o que Luigi Ferrajoli (2010) chamou de “Esfera do Indecidível”, que se contrapõe à vertente formal de democracia, que veio à cabo depois da Segunda Guerra Mundial. De fato, como preceitua o citado jurista, a ultima vertente mencionada – entendida como o critério majoritário, que guia as decisões tomadas no seio do Estado – é extremamente necessária, afinal é o que garante a expressão da vontade do povo e dá efetividade ao parágrafo único do art. 1° da Lei Magna, propiciando a formação das decisões coletivas. Todavia, sabe-se, a partir das experiências com personagens como os de líderes como Hitler, Mussolini, Salazar, Franco e etc., ela não basta, visto que confere certa onipotência aos grupos com maior poder de decisão nas instituições políticas, além de, assim, acabar por conferir status de democrático a qualquer abuso.

Nesse diapasão, o sentido material surge como uma proposta de fixação de limites com os quais seja possível garantir que não sejam atingidos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, tanto quanto a própria democracia não seja sufocada pela expressão de uma vontade popular anti-democrática. Quanto a isso, aliás, já a algum tempo, o jusfilósofo Hans Kelsen (2009) menciona esta dicotomia entre democracia formal e material chamando a primeira espécie de de Ditadura da Maioria.

Há, portanto, um núcleo básico que vincula as decisões políticas, de modo que as impossibilita sobre determinados pontos e as obriga sobre outros, para atender o interesse coletivo geral, quer dos grupos maiores, quer dos grupos menores.

Agora, a partir de evidências empíricas que deram ensejo aos piores cenários já vivenciados pela história, é possível afirmar que um Estado verdadeiramente democrático não deve ser estruturado exclusivamente na vontade da maioria, e sim no interesse coletivo, isto porque, ainda segundo Ferrajoli (2010), qualquer situação que denote à concepção puramente majoritária é inconstitucional, isto porque, por sua própria natureza, o constitucionalismo remete a um sistema de limite e vinculação a todo poder.

Seguindo o mesmo raciocínio, o constitucionalista Marcelo Neves (2009) afirma que, sem a adoção do sentido material de democracia, os direitos fundamentais não encontram nenhuma garantia de realização, pois *"todo modelo de exclusão política coloca em xeque os princípios da legalidade e de igualdade"* inerentes a este.

Então, é imperioso reconhecer que invocar direitos ou fazer uso das liberdades constitucionais para clamar o fim da democracia ou o sufocamento de grupos que não conseguem se inserir suficientemente nos centros de decisão política são atos que merecem sofrer limitações, para que o próprio regime seja preservado e para que, em nome da garantia da igualdade perante a lei, mesmo a aqueles grupos que não conseguem compor com força suficiente os núcleos de decisão, consigam exercer todos os direitos fundamentais, inclusive contra os grupos majoritários.

Portanto, seguindo as lições de Karl Popper (2006) na obra "A sociedade e seus inimigos" deve-se ser intolerante com os intolerantes, ainda que seja um paradoxo, pois somente assim, será eliminado o risco da própria tolerância ter um fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É terminantemente inegável que em uma democracia deve-se dar voz inclusive àqueles que não tem força política suficiente para garantir um mínimo existencial e garantir o acesso aos seus direitos fundamentais. Da mesma forma, ainda que com a maior representatividade política, há manifestações que devem ser combatidas a qualquer custo, seja porque o direito de um cidadão interfere no direito de outro, seja porque os anseios de um grupo comprometem os direito de um todo, essenciais a uma vida digna. Por 51% ou 99,99% é inaceitável que uma maioria invista na opressão. O combustível do holocausto está morto.

Em prol da solidez do Estado Democrático de Direito, na contramão de seu não raro comportamento autodestrutivo, as doses de vontade popular devem ser ministradas cuidadosamente, eis que podem causar danos inimagináveis, a falência de determinados "grupos celulares" e "órgãos essenciais" que compõem o todo – o povo, elemento essencial do Estado moderno. Deve haver, portanto, um limite, uma dose a qual jamais se pode chegar, um intocável, capaz de garantir a sobrevivência dos direitos fundamentais e as condições mínimas de existência de cada célula que compõe a totalidade.

A dor cega, os instintos enganam e a falta de conhecimento acerca dos riscos que se corre é imensuravelmente perigosa. Exatamente por isso este modelo "bipartido" de democracia, composto pela conotação material e formal, deve ser preservado e defendido ferozmente, pois funciona como as cordas que prenderam Ulisses ao mastro do navio e o mantiveram salvo do encanto dos cantos das sereias, que poderiam pôr fim à sua vida. Curiosamente, também o nosso instrumento de proteção contra os impulsos

causados por forças externas que inebriam a realidade foi trazido formalmente à vida por um Ulysses, o Guimarães.

Ainda que Karl Popper tenha tomado como paradoxal a intolerância aos intolerantes, acreditamos que a situação não deve ser entendida dessa forma, pois qualquer atitude que venha a ferir quaisquer das prerrogativas intrínsecas à condição humana, sobretudo a igualdade, deve estar totalmente fora de cogitação. Não é paradoxal, é óbvio à definição de pessoa humana. Mais paradoxal seria permitir que a força de maiorias políticas que nem sempre representam a maioria do povo, mas quase sempre à realização dos interesses de um Estado Burguês que vicia a vontade popular, pudessem deliberar sobre quem deve ou não ser titular de direitos.

Aquilo que desrespeita a existência de alguém não deve estar em pauta. Os direitos fundamentais não devem ser submetidos a achismos, a fundamentalismo religioso, a opiniões sem fundamento científico ou quaisquer outras motivações que fazem sentido apenas a partir de uma perspectiva.

Não interessa qual a força o *"jus sperniandi"*, o direito do próximo a uma existência digna é o ponto de chegada do limite ao seu direito à expressão, à liberdade religiosa, ao fetiche da farda. Então, é melhor aceitar que pedir a volta de um regime ditatorial não é e continuará não sendo um direito, assim como famílias continuarão sendo toda aquelas que pudemos ou escolhemos ter ou construir; que casamentos são todos aqueles que escolhemos ter; que correta é toda orientação sexual manifestada naturalmente no ser; assim como a terra é redonda, o sol nasce todos os dias e o fogo transforma a água e do estado líquido em estado gasoso, independentemente de posicionamentos contrários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. 2°ed. Madrid: Trotta, 2010.

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

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POPPER, Sir Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 2° ed. Rio de Janeiro: Itatiaia, 2006.

CAPÍTULO 8

O POLÍGRAFO E O CONTRATO DE TRABALHO

Andre Reatto Chede

O que é o Direito senão o estudo dos fatos do mundo? Não à toa nos deparamos constantemente com notícias, fatos, elementos em nosso cotidiano que nos fazem raciocinar e racionalizar aquilo como um fato jurídico. Assim fomos forjados.

Talvez da mesma forma que um engenheiro ao passar uma ponte estaiada ou um médico ao observar um acidente fatal. A verdade é que, para além dos nossos fatos cotidianos, a coisa fica interessante quando nos deparamos com um assunto que gera polêmica ou por vezes, que apenas nos instigue a contextualizá-lo no mundo e na época.

Foi assim que me deparei com a esdrúxula notícia de que, nos países latino-americanos de *"habla espanõla*" e na própria Espanha o uso de polígrafos é comum e rotineiro, inclusive em processos seletivos para contratação de empregados de quaisquer níveis.

Para nós, uma aberração. Para eles, uma ferramenta. Foi essa dicotomia de posturas que me moveu à pesquisa.

Antes de discutirmos os fatos jurídicos, vamos entender do que estamos falando, já que o polígrafo somente nos aparece em filmes policiais ou de espionagem antigos, é o famoso detector de mentiras, que em nosso meio, há muito, caiu em desuso.

Um **polígrafo** ou **detector de mentiras** é um aparelho que mede e grava registros de diversas variáveis fisiológicas enquanto um interrogatório é realizado, supostamente para tentar identificar mentiras num relato.

Ao submeter uma pessoa ao polígrafo, suas respostas fazem os sensores registrarem em um gráfico as reações daquele interrogado. A partir das reações, indicadas pelo aparelho, alega-se poder detectar uma mentira. Porém, pessoas treinadas podem facilmente burlar o dispositivo, e mesmo com interrogados não

treinados o resultado não é confiável, sendo raramente admissíveis em julgamentos, notadamente, os criminais.

A máquina do polígrafo é uma conjunção de diversos aparelhos médicos, ele é construído para medir a pressão arterial, os batimentos cardíacos, a frequência respiratória e a atividade eletrodérmica (umidade na ponta dos dedos) de forma a apontar alterações fisiológicas, mediante um padrão pré-estabelecido, ficando à carga da interpretação do aplicador do teste as variações apresentadas, ou seja, nítido caráter subjetivo de interpretação dos sinais.

No campo jurídico, essa função, quando permitida, era exercida por um profissional da psicologia, chamado de **psicofisiologista forense (FP)**, com treinamento para observar mudanças comportamentais e fisiológicas do objeto de estudo.

Para entender a questão do polígrafo no Brasil, sua aceitação e sua aplicação, partimos das normativas vigentes.

Começando do alto escalão da legislação, temos a Constituição Federal que permite, no âmbito do direito penal, o uso livre dos meios de defesa, e a perícia realizada pelo polígrafo pode ser utilizada como meio de defesa. Há diversos julgados neste sentido.

Incorporado ao direito pátrio, por meio de sua ratificação (Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992), o Pacto de San José da Costa Rica, artigo 8, item 2.f., também, prevê uma ampla gama de liberdade aplicada à defesa de acusados, fazendo-nos presumir que deveria ser um meio de prova aceitável quando utilizado pela defesa.

Artigo 8. Garantias judiciais
1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
*f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou **peritos**, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*

O Código de Processo Penal também traz ínsita, como princípio de direito, a livre apreciação da prova pelo juiz, que pode considerar o laudo psicológico produzido pelo aparelho polígrafo, desde que fundamente sua posição.

***CPP - Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos*

elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Com esta construção jurídica, o polígrafo vem sendo utilizado pelas defesas de criminosos em todo o país. Entretanto, vale ressalvar, que este tipo de perícia não é utilizado pelo judiciário como fonte de prova do juízo, ou seja, esse laudo não pode ser utilizá-lo para condenar o réu.

Vale comentar que, também, o Código de processo civil (aplicado subsidiariamente à Justiça do trabalho) prevê a aplicação de todos os meios de prova lícitos e moralmente aceitos para o deslinde do feito. Com isso, de forma branda e genérica temos desenhada a tese de aceitação jurídica em processo cível e trabalhista de um lado obtido por meio de polígrafo.[132]

Além disso, apenas para demonstrar que não estamos tratando de um assunto vetusto, de décadas passadas, há em tramitação projeto de lei no Brasil que visa regulamentar a utilização desta ferramenta no processo penal.

O PL 1654/2015 que trata do seu uso no processo penal, foi apensado ao PL 8045/2010 em abril de 2019 e encontra-se com determinação do Presidente da Câmara, o Deputado Arthur Lira, com despacho de 19.08.2021 para apensar-se a este, outros tantos projetos de lei em tramite para alteração conjunta do Código de Processo Penal.

Esses movimentos revelam que o assunto está em voga e merece o cuidado dos aplicadores do direito, revelando-se ferramenta bastante importante e atualizada para defesa de direitos. Obviamente, o equipamento sofreu modificações e não vemos mais aqueles rolos de papel com agulhas que desenhavam as alterações, passando a interpretar os sinais, programas de computador com leitores de algoritmos e monitores digitais.

Embora esse assunto tenha relevância no processo penal, seu uso é impensável em terra nacional quando falamos de sua utilização no âmbito civil e das relações trabalhistas, embora, tenhamos como norte, que ele é bastante discutido no âmbito internacional, já que muitos países o admitem com ressalvas nas relações do contrato de trabalho.

A questão que se faz é: podemos submeter o trabalhador contratado ao uso do polígrafo? Em que condições? Em que momento? Para qual situações?

---

[132] ***CPC. Art. 369.*** *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

Art. 371. *O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*

Bastantes turbulentas são as respostas.

Nosso judiciário enfrentou a questão mais fortemente quando algumas companhias aéreas internacionais passaram a utilizar o aparato na contratação de funcionários, mormente pilotos e comissários, muito por conta do alto risco a terrorismo a que estão expostas.

Em que pese a coerência da questão apresentada e a óbvia prevalência do princípio da segurança coletiva *versus* direito da personalidade, em Ação Civil Pública patrocinada pelo MPT, a mais alta corte no âmbito do Direito do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho - TST - 1ª Turma, no julgamento do RR-1897-76.2011.5.10.0001, confirmou a condenação da Cia American Airlines ao pagamento de indenização coletiva aos seus funcionários no ano de 2019, por conta da aplicação do aparelho em suas contratações.

Não vingou a tese da segurança coletiva, que nos parece ser item essencial na aviação civil, já que são rotineiramente alvos de ataques terroristas, além de crimes 'menores' como contrabando e tráfico internacional.

Com isso, restou sotoposta qualquer tentativa de validar a utilização do polígrafo aqui em nossas terras, por qualquer empregador, não havendo justificativa ou princípio que pudesse embasar a superação do argumento do direito à intimidade e a hora do empregado, que parece ser inviolável pelo TST.

Fazemos sérias críticas a esta posição e, por conta do cenário internacional, verificamos que há forte tendência a reformulação, pois, se hoje o Brasil parece intocável pelo terrorismo, já que somos um país não-beligerante, a depender dos acontecimentos recentes no cenário mundial, essa sombra errante pode aportar por aqui muito antes do que pensamos.

Na esfera internacional, esse direito, a depender dos agentes, tem sido mitigado. O país que mais tem aceitado e aplicado o polígrafo nas relações de trabalho é o EUA, cuja aceitação decorre da ampla aplicação em investigações criminais e periciais judiciais.

Além do contexto penal, que nos parece o natural berço do polígrafo, nos EUA há lei expressa regulando a questão nas relações de trabalho - *EPPA (Employment Polygraph Protection Act)*. Esta lei, embora proíba o uso do polígrafo na seleção de empregados a nível privado em atividades comuns (isto significa que empresas privadas não podem utilizar o polígrafo na seleção de candidatos), como imposição, faz enorme ressalva na hipótese de consenso entre as partes (pacto de vontade não viciada), bem como, excluem os empregados que atuem em algumas atividades, como a farmacêutica,

policial, segurança e aeroportuária. Além disso, permite sua aplicação aos funcionários da administração pública, em qualquer atividade. [133]

Por outro lado, ao estudarmos os países de *habla española*, como Colômbia e Espanha, verificamos a pacífica aceitação da prática de utilização deste equipamento em âmbito empresarial.

A questão que se suscita com este artigo é que, nossa jurisprudência vai na contramão da legislação e dos julgados de outros países democráticos e, obviamente, por isso, vai na contramão do enaltecimento e primazia os princípios constitucionais da precaução e proteção social, veiculados nos tratados internacionais e de direitos humanos.

Não é questão de duvidar que o polígrafo é um equipamento que, a depender como é aplicado, pode gerar algum constrangimento e alguma invasão à privacidade. Não estamos imunes a isso em diversas outras situações contratuais, como entrevistas, auditorias, sindicâncias, comissões etc., mas devemos respeito sempre como salvaguarda de uma questão maior.

Concordamos que não é caso de se permitir o uso indiscriminado do equipamento para toda e qualquer contratação, por toda e qualquer empresa, para todo e qualquer funcionário. Por isso sugere-se a regulamentação de seu uso por meio de normas em nosso ordenamento.

Estas questões devem ser contextualizadas ao caso prático, a fim de avaliar a natureza do contrato, o risco da atividade, a importância e grau de segurança do objeto do contrato e das pessoas envolvidas. Como exemplo prático, existentes em nossa legislação, podemos citar como razoável a exigência de cautelas na contratação, tal como a exigência de certidão criminal (que não se pode exigir em regra) para admissão do empregado doméstico (Lei nº 5.859/1972, artigo 2º, II)[134] e, também, para o exercício da função de vigilante (Lei nº 7.102/1982, artigo 16, VI)[135].

A jurisprudência pátria é farta sobre casos de contratações gerais, em que foi exigida a apresentação de certidão negativa de antecedentes criminais, restando pacífico que, por si só, tal exigência não se mostra discriminatória.

---

[133] Employee Polygraph Protection Act | U.S. Department of Labor (dol.gov)

[134] Lei nº 5.859/1972 **Art. 2º** Para admissão ao emprego deverá o empregado doméstico apresentar: **II** - Atestado de boa conduta

[135] Lei nº 7.102/1982, **Art. 16 -** Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos: **VI -** não ter antecedentes criminais registrados;

Naturalmente, exceções há. A considerar o tipo de atividade que exercerá o trabalhador, tal certidão é necessária para verificação de conduta, vida pregressa e como cautela ao contratante, que pode, mediante ardil, contratar o 'lobo para cuidar das ovelhas".

Isso é muito comum para contratações em que, geralmente, o empregado exercerá cargo de confiança, manipulando valores, como caixas, ou acessando as contas bancárias, na hipótese de gestores e administradores.

"A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas" [136]

Quanto a concursos públicos, notadamente os para preenchimento de cargos em órgãos das Forças Armadas, Judiciário e Segurança Pública, por obvio, as certidões de antecedentes criminais são sempre exigidas e plenamente justificáveis.

Voltando ao polígrafo, não é fora de propósito, a exemplo que foi supramencionado, considerar lícita a utilização desta ferramenta em processos seletivos específicos (de contratação pública ou privada) ou mesmo em procedimentos administrativos internos de apuração de irregularidades nas empresas.

Da mesma forma que é lícito ao empregador, em determinas circunstancias e para determinadas atividades, exigir um teste de gravidez da candidata ou um teste taxológico, como condição à contração, deve ser admitido o uso do polígrafo para determinados cargos e funções, em determinadas empresas.

Em que pese o nosso judiciário poder ser conclamado a decidir questões sobre a licitude do uso do aparato para contratações de trabalho, tal qual tem feito nas questões citadas, especialmente no exame de gravidez para admissão em algumas funções, o melhor seria, a exemplo de outros países, buscar a regulamentação da questão (*de lege ferenda*) e prevendo o rol de atividades em que o maquinário poderia ser aplicado ao candidato a emprego.

Em pesquisa realizada, nos deparamos com empresas colombianas que anunciam prestação de serviços de poligrafo para empresas, com o objetivo exemplificativo de consolidar *prova de roubo, fuga de informações, agressões físicas, uso de drogas, dados em currículo, rotina, infidelidade etc*., numa média de preço que gira em torno de US$3,000.00.

[136] *SBDI-1, para o Tema Repetitivo 1, processo TST-IRR-243000-58.2013.5.13.0023*

Bem se observa que, o poligrafo está incorporado à sociedade colombiana, sendo uma ferramenta utilizada normalmente para diversos fins e interesses, com poucos ou nenhum questionamento.

Em consulta feita ao Ministério do Trabalho da República da Colômbia, o parecer *Concepto 53266, assunto: Radicado n. 14178 de 20131 Proceso de selección de personal. Prueba del polígrafo.*

USO DE LA PRUEBA DEL POLÍGRAFO EN UN PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

La Resolución 2593 de 2003, proferida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada autorizó exclusivamente a los servicios de vigilancia y seguridad privada para que - implementen en los procesos de selección de personal el examen p8100 fisiológico de polígrafo, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos para el ingreso".

Define la prueba en comento así:

"Entiéndase por examen psicofisiológico de polígrafo, la medición de las reacciones fisiológicas de/examinado que se presentan cuando dice algo que no corresponde con la realidad. El examen, se realizará mediante un instrumento científico altamente sensible que medirá los cambios en la presión sanguinea, respiración y conductancia galvánica de la piel, entre otras."

Indica la Superintendencia que debe contarse con las siguientes garantías a favor del aspirante para que sea posible la práctica de la prueba en comento:

1. Las personas que presten los servicios de poligrafía están obligadas a guardar absoluta reserva sobre la información obtenida.

2. Debe ser autorizada por escrito previa y voluntariamente por parte del aspirante.

3. El examinado debe ser informado por el personal a cargo de su práctica sobre cómo funciona el polígrafo, advirtiéndole que de ninguna manera puede constituirse en un amenaza a su dignidad humana y demás derechos fundamentales.

Puestas así las cosas, sólo ha sido previsto el uso de la prueba del polígrafo en procesos de selección de personal de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada. ***No encontrándose su práctica prohibida por la ley, podrían practicarla siempre y cuando se cuente con la autorización escrita de la persona a examinar respetándose así sus derechos fundamentales entre los cuales, por supuesto, se encuentra la dignidad humana***. [137]

Bem se observa que este equipamento gera insegurança como meio de prova, por isso não é admitido em processos criminais a embasar uma condenação definitiva. Entretanto, trata-se de uma ferramenta com fundamento científico e

[137] 14178_uso_de_poligrafo.pdf

resultados consideráveis, já que manipulados por profissionais. Isso justificaria sua utilização e aceitação como ferramenta para pesquisa e conhecimento em alguns casos.

Buscando outros documentos, nos deparamos com um edital de concursos públicos realizados pela *"Comisión Nacional del Servicio Civil de Colombia"*, órgão equiparado a nossa Receita Federal, em que trazia como uma das etapas classificatórias do concurso a entrevista realizada com polígrafo e assim justificava de forma fundamentada seu uso:

- ENTREVISTA CON POLÍGRAFO:
La entrevista con polígrafo que será aplicada a los empleos pertenecientes a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, como prueba de confiabilidad, tiene como propósito a través de la verificación de información, medir las reacciones fisiológicas que se producen en el organismo al ser estimulado psicológicamente a una serie de preguntas y/o cuestionamientos que permitirán evidenciar si las conductas o comportamientos relacionados con la experiencia previa del sujeto, se correlacionan con los requerimientos exigidos para desempeñarse en el empleo al cual se inscribió.

Dentro de este proceso se incluye una entrevista a profundidad en la cual se abordaran aspectos relevantes de su vida a nivel personal y laboral; es pertinente indicar que el objetivo de dicha entrevista, es indagar si el aspirante ha participado en actividades ilícitas, tales como hurto, enriquecimiento ilícito, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, o si ha pertenecido o tiene vínculos con grupos al margen de la ley, entre otras conductas punibles.

El evaluador emitirá el informe correspondiente al resultado obtenido en la Prueba de Entrevista con Polígrafo, argumentando las razones por las cuales se emite el concepto de AJUSTADO o NO AJUSTADO del aspirante frente al perfil del empleo.

La prueba de entrevista con polígrafo tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes inscritos en los empleos pertenecientes a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, que hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos y las pruebas de competencias Básicas y Funcionales.

La Entrevista con Polígrafo deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo de la Convocatoria, por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la Lista de Elegibles.

El aspirante que no autorice la aplicación de esta Prueba, en las condiciones señaladas por la CNSC, a través de consentimiento informado, será excluido del proceso de selección.

CONCLUSÃO

Diante dos pensamentos concatenados expostos, temos por objetivo lançar questionamento sobre a fiabilidade e a conveniência de implementar e viabilizar a utilização de renomada ferramenta aqui em território nacional, mormente se considerarmos temas específicos, como contratação de pessoal para funções sensíveis, no âmbito público e privado, além do natural estado da arte de sua criação, que é o âmbito penal.

CAPÍTULO 9

CRISE CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DESINTEGRAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA VENEZUELA

Andréa Junchem

1.- DESINTEGRAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA VENEZUELA: OS ANOS DE ESCURIDÃO DA DEMOCRACIA VENEZUELANA

1.1 RETROCESSO DEMOCRÁTICO: AVANÇO DO POPULISMO E O PERIGO DA POLARIZAÇÃO

Se no século passado foi possível verificar um movimento ascendente da ideologia democrática no mundo, especialmente na América Latina, com o aumento expressivo de países que puderam ser designados como democráticos, atualmente, contudo, a realidade parece indicar um movimento em sentido oposto. O fato é que o século XXI embora tenha trazido diversos avanços, especialmente tecnológicos, em diversas áreas, como na medicina, que contribuíram para o aumento da expectativa e qualidade de vida das pessoas, também trouxe grandes preocupações. O elevado aumento da taxa de desemprego, a questão climática, o terrorismo, a corrupção, os movimentos migratórios entre outros tantos fatores, que embora acompanhem a civilização desde os seus primórdios, principalmente em relação a esses dois últimos, têm ganhado, nos dias de hoje, maiores dimensões. Nessa linha, Barroso afirma que tais eventos que caracterizam o mundo contemporâneo, em constante transformação, contribuem significativamente para o descrédito e deslegitimização da democracia. Essa insatisfação popular associada a um sentimento generalizado de descrença com a política e sua falta de representatividade, tem levado a um acentuado avanço do populismo de direita[138].

Embora o populismo de direita tenha ganhado maior espaço no mundo político atual, como, por exemplo, com a eleição de Donald Trump (EUA) e de Jair Bolsonaro (Brasil), o populismo de esquerda também se manteve firme em alguns países, como é o caso da Venezuela. A diferença entre ambos reside, precipuamente, no objeto de ataque dos seus discursos. Os líderes populistas de direita costumam adotar um discurso anticorrupção e antiglobalização, defendendo pautas como o negacionismo climático e a adoção de uma postura mais conservadora, especialmente,

[138]BARROSO (2019, p.1279-1282).

frente aos avanços dos movimentos feministas e LGBT. Os líderes populistas de esquerda, por sua vez, num discurso de "nós contra eles", prometem, em nome do povo, acabar com a velha política e a desigualdade social. Foi justamente com esse discurso antielitista que Chávez construiu sua retórica de uma "Venezuela rica", mas de "venezuelanos pobres". Prometeu acabar com a concentração de riquezas nas mãos da elite oligárquica e reverter em favor da população os lucros decorrentes da exploração do petróleo no país[139].

Não obstante essas diferenças ideológicas, os governos populistas buscam sempre gerar na população um sentimento de medo e discórdia, o que acarreta, por sua vez, uma intensa divisão na sociedade. Aproveitam-se do desalento da população com a condução da economia e com a falta de representativa política, somada a escândalos de corrupção, para mostrar-se como uma via alternativa capaz de solucionar esses problemas. Todavia, ao assumirem o poder, esses governos acabam incidindo nos mesmos erros apontados por eles quando oposição. O fato, portanto, é que o populismo, seja de direita ou de esquerda, tem demonstrado ser um grave perigo para a democracia. Os governos populistas, após eleitos, costumam assumir um forte viés autoritário colocando em risco as bases do sistema democrático, constituindo-se em verdadeiras ditaduras disfarçadas de democracia (democraturas). Assim, conforme alertado por Barroso, ao se elegerem tomam um conjunto de medidas autoritárias que permitem a sua consolidação no poder, tais como:

"(...) concentração de poderes no Executivo, perseguição a líderes de oposição, mudanças nas regras eleitorais, cerceamento da liberdade de expressão, novas constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas maiorias, esvaziamento ou empacotamento das cortes supremas com juízes submissos, entre outras"[140].

Todas essas medidas citadas pelo autor encontram ressonância no caso da Venezuela. Quanto à concentração dos poderes no Executivo, verificar-se-á, ao tratar-se da Constituição de 1999 e de suas sucessivas tentativas de reforma, de que as marcas do governo de Hugo Chávez e, hoje do atual presidente venezuelano Nicolás Maduro, são o hiper presidencialismo e o centralismo político. As alterações nas regras eleitorais, especialmente, procurando tornar mais dificultosa a utilização de instrumentos democráticos como os plebiscitos, bem como pôr fim a limitações temporais ao exercício de mandatos eletivos, também fez parte do pacote de "reformas" proposto pela ditadura chavista. A liberdade de expressão, por sua vez, foi um dos direitos fundamentais que mais sofreu restrições sob o regime chavista, o que levou ao acionamento em inúmeros casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente à inúmeras agressões cometidas contra jornalistas e meios de comunicação[141]. O esvaziamento do Tribunal Supremo de Justiça, por outro lado, contribuiu significativamente para a implantação de todas essas medidas, seja através da omissão da Corte frente às tentativas de fraude à constituição, seja em relação ao uso da mutação constitucional a serviço da ditadura chavista[142].

Quanto à perseguição de líderes de oposição, interessante notar a forte relação existente entre os fenômenos da polarização política e do retrocesso

[139]MAYA (2016, p.39).
[140]BARROSO (2019, p.1280).
[141]ORLANDO S (2015, p. 247-249).
[142]Para uma visão mais completa do tema, conferir BREWER-CARÍAS (2009a, p.217-271).

democrático. A polarização pode ser considerada um dos grandes inimigos, se não o mais preocupante, do regime democrático[143], colocando em risco a noção de democracia deliberativa (Habermas). Um dos pressupostos básicos da democracia deliberativa é a busca do consenso através do debate livre de ideias. O diálogo torna-se fundamental para o processo de tomada de decisões na esfera pública. Assim, não basta apenas o direito ao voto, é preciso que todos possam participar de forma igualitária, permitindo manifestar suas opiniões de forma livre, sem coação ou violência. Porém, numa sociedade em que a divisão é tão acentuada, na qual o opositor não é visto como adversário, mas como "inimigo" ou "antipatriota", não estão presentes as condições necessárias para a construção de um diálogo.

Por fim, quanto à elaboração de novas constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas maiorias, buscar-se-á, a seguir, mostrar como a fraude à constituição, caracterizada pela manipulação dos mecanismos de mudança constitucional, foi a principal arma utilizada nos últimos anos pela ditadura chavista para infirmar o Estado Democrático de Direito na Venezuela.

1.2 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E CRISE CONSTITUCIONAL

O retrocesso democrático vivido nos últimos anos tem se caracterizado, diferentemente de como ocorreu no passado, não mais pela impetração de golpes de Estado, mas por meio da utilização de instrumentos de reforma constitucional a fim de minar a ordem democrática. Esse fenômeno contemporâneo denominado por David Landau[144] de constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*), pode ser verificado em diversos países do mundo (Rússia, Hungria, Polônia, Bolívia etc.) mas, com certeza, o caso venezuelano é um dos exemplos mais ilustrativos dele. Compreende, portanto, o uso, de forma artificiosa, de emendas constitucionais ou da própria substituição da Constituição, a fim de consolidar o domínio daqueles que estão no poder, ao invés de realizar um processo de adaptação das normas constitucionais frente uma evolução ocorrida na sociedade.

Destarte, nas democracias iliberais, a Constituição torna-se o grande alvo de ataques desses regimes autoritários. A grande dificuldade, contudo, está em identificar e conter esse fenômeno, uma vez que esse se caracteriza por meio de uma violação indireta à Constituição. Nesse sentido, o autor explica que, a uma certa distância, tais constituições aparentam manter os elementos presentes em constituições de países classificados como democráticos, mas analisando-as mais de perto é possível constatar um esvaziamento da sua principal função que é a de estabelecer mecanismos de controle ao uso arbitrário do poder.

Assim sendo, podemos falar, além de uma crise na democracia vivida nos dias de hoje, em uma crise constitucional. Até porque, como assinalado por Zachary Elkins, "crises constitucionais são usualmente crises democráticas, já que constituições são quase sempre democráticas na forma"[145]. A proteção da Constituição contra violações realizadas por regimes autoritários, que se recusam a submeter-se a ela, sob o fundamento de que por serem verdadeiros representantes da vontade do povo, estão acima de qualquer ordem jurídica, torna-se essencial para enfrentar o avanço do

[143]ELKINS (2018, p.59-65).
[144]2013b, p.191-200.
[145]ELKINS (2018, p.50, tradução nossa). No original:"*Constitutional crises are usualy democratic crises, since constitutions are almost always democratic in form*".

constitucionalismo abusivo. A Constituição é um dos principais instrumentos de controle de abusos, mas para tanto é preciso, na lição de Konrad Hesse, que estejam presentes mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade, a fim de permitir que "(...) ela configure verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio"[146].

Passar-se-á, a seguir, a uma análise mais detida de como esse fenômeno ocorreu na Venezuela, focando especialmente, nos anos de 1999 a 2017.

1.3 O INÍCIO DA ERA CHÁVEZ:

1.3.1 CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE COM PODERES ILIMITADOS E ESTABELECIMENTO DE UM REGIME TRANSITÓRIO EM AFRONTA À CONSTITUIÇÃO

A eleição de Hugo Chávez à Presidência da República, em 1998, marca o início de um era de sucessiva e gradual destruição do Estado Democrático de Direito na Venezuela, ou como bem definido por Maya, "(...)*un momento de inflexión en el proceso sociopolítico venezolano*"[147]. Desde 1958, como esclarece Landau, no cenário político venezuelano, havia a presença de dois partidos que exerciam o poder de forma hegemônica: o partido Ação Democrática (AD) e o Comitê de Organização Política Eleitoral Independente (COPEI). Esse modelo bipartidário que dominou a política venezuelana por longos anos, contudo, passou a enfraquecer-se em face da grave crise econômica enfrentada, em razão da queda dos preços do petróleo no mundo, associada a escândalos de corrupção. Foi nesse contexto político e econômico conturbado e de forte insatisfação popular que o militar Hugo Chávez, no início de sua carreira política, venceu as eleições de 1998, pelo Movimento V República (MVR), com o discurso de acabar com a velha política do clientelismo e converter os lucros da exploração do petróleo em favor da sociedade. Porém, cumpre destacar, que embora Chávez tenha saído vitorioso das urnas com 56% de aprovação, os partidos tradicionais (AD e COPEI) continuavam exercendo o controle sobre diversos setores governamentais e não governamentais da sociedade. No Poder Legislativo, por exemplo, ocupavam juntos 89 das 188 cadeiras da Câmara dos Deputados, e 46 das 100 cadeiras no Senado. Além disso, aliados a outros partidos de oposição ao governo, contabilizavam mais da metade das cadeiras de ambas as Casas Legislativas, o que certamente representaria um grande obstáculo para Chávez implementar seus projetos[148].

Logo, tudo indicava que Chávez apesar de vitorioso nas urnas e com significativo apoio popular, enfrentaria uma forte oposição ao seu governo. Todavia, não foi o que aconteceu de fato na Venezuela, pois as medidas implementadas por Chávez logo ao assumir o poder, com uma agenda política voltada para o estabelecimento de uma nova Constituição, permitiriam a ele assumir o controle sobre os poderes constituídos. A opção, contudo, utilizada por Chávez de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração da nova Constituição, não encontrava respaldo na Constituição vigente à época. A forma prevista na Constituição de 1961 (art.246) para a reforma constitucional dependia necessariamente da participação do Poder Legislativo, cujo controle estava nas mãos da oposição. Assim, ao invés de negociar com

[146]HESSE (1991, p.25).
[147]MAYA (2016, p.53).
[148]LANDAU (2013a, p.939-941).

a oposição, Chávez optou por outro caminho: a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte com amplos poderes, mas sob o seu controle, a qual seria legitimada pela aprovação popular mediante referendo, para o qual valeu-se do seu ainda forte carisma popular.

1.3.2 CONSTITUIÇÃO DE 1999 E O ESTABELECIMENTO DAS BASES CONSTITUCIONAIS DO REGIME AUTORITÁRIO DE CHÁVEZ

A Constituição de 1999, apesar do ambiente político propício no qual foi elaborada, não conseguiu, de acordo com Brewer-Carías[149], promover uma significativa mudança democrática no país. Pelo contrário, ao invés de resolver o grave problema em torno do intenso centralismo político enfrentado nas últimas décadas, caracterizado pela hegemonia de partidos políticos, pelo clientelismo e por escândalos de corrupção, acabou por agravá-lo. Ademais, a denominação do país de República "Bolivariana" da Venezuela (art. 1º), mostra-se inapropriada. Primeiramente, cabe lembrar que a evocação da figura universal e heroica de Simón Bolívar foi largamente utilizada pela retórica chavista, que se valeu inúmeras vezes da imagem paterna de Bolívar, como figura de autoridade. Assim, Chávez apropriando-se do legado do Libertador, buscou encarnar o papel de líder do país, dentro de um processo de mitificação em que o próprio seria uma espécie de projeção de Bolívar[150]. Todavia, curiosamente, o projeto bolivariano de criar um país a partir da união dos povos da América não guarda qualquer semelhança com o projeto de Chávez. Além de profundas e irreconciliáveis diferenças ideológicas entre o pensamento dos dois líderes venezuelanos, a ideia central de uma República qualificada como bolivariana, conforme alerta Brewer-Carías, implica no próprio desaparecimento da Venezuela como nação independente, como ocorreu após a criação da República da Colômbia, essa sim a única de fato essencialmente bolivariana. Logo, essa qualificação utilizada pela Constituição de 1999 mostra-se completamente errônea, uma vez que a Venezuela permaneceu como país independente.

1.4 O SEGUNDO PERÍODO DE CHÁVEZ NO PODER (2007-2013): "PÁTRIA, SOCIALISMO OU MORTE[151]"

1.4.1 A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007 E O PROJETO SOCIALISTA BOLIVARIANO

As primeiras manifestações públicas quanto às intenções do governo em implementar o socialismo na Venezuela surgiram a partir de 2005, cujo contexto político e econômico se mostrava bastante favorável ao governo. Nesse cenário, cabe lembrar que Chávez havia se mantido firme no poder entre os anos de 2001 e 2004, nos quais ocorreram diversos confrontos contra o seu governo, incluindo um referendo revocatório realizado em agosto de 2004. No contexto econômico, por sua vez, a Venezuela rentista de Chávez se favoreceu pelo crescente aumento dos preços do petróleo no mercado internacional, o que foi essencial para o desenvolvimento econômico do país, permitindo que o governo investisse em políticas públicas. Nessa conjuntura, podemos falar no início de um segundo período de transformações sociopolíticas no governo Chávez marcado pela tentativa de modificação do Estado

[149]2000, p.108-120.
[150]MAYA (2016, p.37-38).
[151]Lema utilizado por Chávez para o seu novo mandato. In: MAYA (2016, p. 185).

Venezuelano, iniciadas parcialmente em 1999, com uma radical mudança de rumo do país em direção ao socialismo do século XXI[152].

O projeto socialista de Chávez era composto por um pacote de mudanças em diversas áreas. Entre essas tentativas de mudança destacam-se a ampliação do mandato presidencial para sete anos, o enfraquecimento de instrumentos de democracia direta, reeleições consecutivas sem qualquer limitação temporal, amplos poderes presidenciais para estabelecer a organização territorial do país e a submissão das Forças Armadas, agora designadas de "Força Armada Bolivariana", à doutrina militar bolivariana[153]. Como se vê, apesar do discurso defendido pelo governo de que não se tratava de uma reforma substancial da Constituição, o que se buscou com essa reforma foi, na realidade, uma verdadeira transformação do Estado nos seus aspectos políticos, econômicos e sociais[154]. Assim, compreendido o conteúdo do projeto, fica claro que a opção do governo por realizar essa mudança por meio de uma reforma constitucional mostra-se, seguindo lição de Brewer-Carías, não apenas inconstitucional, como também se caracteriza como fraude à constituição[155]. Isso porque a Constituição de 1999, sendo uma constituição rígida, prevê expressamente, no seu texto (arts.340 a 350), mecanismos específicos para a realização de alterações no seu conteúdo.

1.4.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 2009 E O PRINCÍPIO DA ALTERNÂNCIA NO PODER

Outro exemplo de fraude constitucional ocorreu com a proposta de emenda constitucional apresentada em 2009, que tinha a clara intenção de garantir a reeleição de Chávez em 2012. A referida emenda buscava acabar com o limite temporal imposto pela atual Constituição (art.230) à reeleições consecutivas, a qual permitia apenas uma recondução. Tal modificação, contudo, já se encontrava nas medidas que compunham a reforma constitucional realizada em 2007, e que tinha sido rejeitada pelo povo. Assim, segundo defendido por Brewer-Carías[156], a proposta de um projeto de emenda constitucional com esse conteúdo encontrava dois obstáculos na Constituição. Em primeiro lugar, a atual Constituição veda a reapresentação à Assembleia Nacional de reforma rejeitada em um mesmo período constitucional. Logo, essa questão não poderia ter sido novamente submetida a referendo em 2009, agora de maneira artificiosa, na forma de emenda constitucional, porquanto já havia sido rejeitada no referendo realizado em 2007, à época sob a forma de reforma constitucional. Em segundo lugar, a emenda constitucional de 2009, da mesma maneira que a reforma de 2007, violou o princípio da alternância no poder, consagrado no art. 6º[157] da Constituição. Isso porque tal princípio constitui cláusula pétrea (*es e siempre será*), o

[152]MAYA (2016, p.15; 157-166).
[153]MAYA (2016, p.189-194).
[154]Como bem sintetizado por BREWER-CARÍAS (2009a, p.132), por meio da reforma de 2007 *"(...)se buscava cambiar radicalmente el modelo de Estado Descentralizado, Democrático, Pluralista y Social de Derecho que, con todos sus problemas, está regulado en la Constitución de 1999, por el de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista(…)".*
[155]BREWER-CARÍAS (2019a, p. 28)
[156]BREWER-CARÍAS (2009a, p. 208-215).
[157]"*El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen* ***es y será siempre*** *democrático, participativo, electivo, descentralizado,* ***alternativo****, responsable, pluralista y de mandatos revocables*".

qual só poderia ser modificado por meio da convocação de uma Assembleia Constituinte. Logo, não poderia nem a Emenda Constitucional (2009) nem a Reforma Constitucional (2007) tratar sobre o tema, em face do limite material imposto pela própria Constituição.

1.5 CONTINUAÇÃO OU FIM DE UM CICLO? GOVERNO MADURO E A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 2017

1.5.1.- ASCENÇÃO DE NICOLÁS MADURO AO PODER E A CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA

A morte precoce de Chávez em 2013 provocou uma grande lacuna na política venezuelana, na medida em que o personalismo político daquele, foi durante mais de uma década no poder, a grande marca do seu governo. Nicolás Maduro, vice-presidente e nome indicado por Chávez para continuar o seu legado, assumiu em um contexto político, econômico e social bastante conturbado. O forte agravamento da crise econômica, iniciada ainda na segunda era do governo de Chávez, foi desencadeada por múltiplas causas, as quais basicamente vão desde um modelo econômico dependente do ingresso de receita obtida pela venda de barris de petróleo no mercado internacional à falta de planejamento e eficácia na gestão do Estado. No âmbito social, a escassez de ingresso de receitas aos cofres públicos, levou o Estado a suspender muitos programas iniciados no governo de Chávez, que, no seu período no poder, lhe garantiram um forte apoio popular[158].

No campo político, a oposição mostrou certa resistência ao governo de Maduro, especialmente, por parte de uma Assembleia Nacional que não pactuou com a tentativa do governo de elaborar uma nova Constituição por meio de uma Assembleia Constituinte convocada e eleita de forma unilateral, sem a participação do povo. No âmbito internacional, a pressão por parte de países e organismos internacionais também ganhou novos contornos, inclusive com a suspensão da Venezuela do Mercosul e de diversas manifestações de repúdio contra o governo de Maduro. Enfim, a escassez de alimentos e de produtos de primeira necessidade no país provocaram uma das maiores crises humanitárias vividas nos últimos anos na América Latina e no mundo, e desencadearam uma verdadeira diáspora venezuelana.

Com o fim do governo Chávez havia uma esperança de que a Venezuela estaria pronta para um processo de redemocratização, colocando fim a um ciclo de acentuado declínio da democracia que havia durado cerca de quatorze anos. Porém, infelizmente, o que se verificou foi a intensificação do autoritarismo. A ditadura instalada no país com a ascensão de Maduro ao poder se afasta cada vez mais do governo de Chávez, que ainda mantinha certos contornos democráticos como a realização de referendos populares. A convocação de uma Assembleia Constituinte em 2017 por Maduro encontra inclusive resistência por parte de aliados do governo, pois substituiria um dos maiores símbolos do governo de Chávez que é a Constituição de 1999.

[158]MAYA (2016, p.299-311).

1.5.2.- ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 2017: A MENTIRA MESMO QUE REPETIDA MIL VEZES, NUNCA PODERÁ SE TORNAR VERDADE[159]

Seguindo fórmula adotada por Chávez em 1999, que lhe havia garantido sua longa permanência no poder, Nicolás Maduro, em maio de 2017, adotou a mesma tática, convocando uma Assembleia Constituinte para a elaboração de uma nova Constituição. Embora dessa vez a Constituição de 1999 (art.348) preveja expressamente esse mecanismo de revisão constitucional, a forma como foi realizado esse procedimento incidiu novamente em manifesta fraude à constituição. O primeiro aspecto a ser destacado, foi a forma como foi feita a convocação da Assembleia Constituinte de 2017. Diversamente do ocorrido em 1999, cuja Assembleia Constituinte foi convocada através de um referendo realizado em abril de 1999, Maduro realizou a sua convocação, de forma unilateral, por meio do Decreto nº 2.830. Todavia, conforme se depreende da leitura dos arts. 5º e 348 da Constituição de 1999, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte é prerrogativa exclusiva e intransferível do povo. Assim, Maduro ao convocá-la unilateralmente, usurpou-se do poder constituinte originário, cuja titularidade pertence unicamente ao povo.

Apesar desses vícios, a Assembleia Constituinte por não ser detentora do poder constituinte originário, não possui poderes absolutos ou ilimitados, devendo obedecer a certos limites. O primeiro limite imposto a ela é relativo à sua própria função estabelecida na Constituição, que é a transformação do Estado, a criação de um novo ordenamento jurídico e a redação de uma nova Constituição. Assim sendo, não pode a Assembleia Constituinte realizar qualquer ato que extrapole as suas funções constitucionais, como foi o caso da destituição da Fiscal Geral da República em agosto de 2017 e a nomeação do Defensor do Povo para assumir o seu lugar, cuja competência pertence à Assembleia Nacional[160].

3 CRISE CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA: FORMAS DE COMBATER O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Indagando sobre a existência de uma crise constitucional na América Latina, Gargarella aponta que a estrutura constitucional que prevaleceu na região desde o período inicial de formação do constitucionalismo latino-americano no século XIX, adotou a estratégia da acumulação, tornando-se um fator de risco à estabilidade das Constituições latino-americanas[161]. Assim, embora as Constituições latino-americanas tragam um rol extenso de direitos fundamentais, que ao longo dos anos foi gradualmente ampliado por reformas constitucionais, não houve uma mudança significativa por parte dessas reformas quanto à estrutura da organização dos poderes a qual denominou de "Sala de Máquinas da Constituição"[162].

Explica o autor que na metade do século XIX, devido a um pacto político entre forças liberais e conservadoras contra ameaças de grupos radicais, as

[159]Frase utilizada por Brewer-Carías ao concluir o seu artigo (2017b, p. 20), em sentido contrário a famosa frase atribuída a Joseph Goebbels de que basta repetir uma mentira para que ela se torne verdade.
[160]BREWER-CARÍAS (2017a, p.8-11).
[161]GARGARELLA (2018, p. 177-189).
[162]GARGARELLA (2014, p. 16-18).

Constituições dessa época (1850-1910) assumiram de forma ambígua tanto valores liberais como conservadores. Essas forças políticas ao não abdicarem dos seus pleitos, adotaram a tática de apenas adicioná-las à Constituição, não se preocupando em encontrar um ponto de equilíbrio entre esses valores conflitantes. Já no século XX, diante da grave crise social, surgem as primeiras constituições sociais (1910–1950), que são resultados de reformas implementadas no início desse século, trazendo um amplo rol de direitos sociais. Posteriormente, por meio de reformas introduzidas já no final desse século, a lista de direitos fundamentais é novamente expandida, incorporando direitos humanos e multiculturais (1950–2010), como o direito dos indígenas[163]. Como se vê, a estratégia da acumulação mostra-se problemática, na medida que apenas agrega novos direitos à lista já existente, os quais revelam muitas vezes valores opostos.

Apesar desses avanços em termos de conquistas de direitos fundamentais, não houve, na América Latina, uma mudança significativa na organização dos poderes por parte dessas reformas. A velha engrenagem estabelecida no século XIX, portanto, permaneceu intocada, sem acompanhar a transformação ocorrida na declaração de direitos ao longo dos séculos. Desse esquema, resulta, segundo Gargarella[164], um "desequilibrado sistema de freios e contrapesos", que põe em risco um dos alicerces das democracias liberais que é a separação dos poderes. O hiper presidencialismo, embora não seja a causa exclusiva, conforme o autor, é um dos responsáveis pelas recorrentes crises democráticas na América Latina. Nessa linha, a Constituição venezuelana de 1999 é um exemplo claro dessa situação. Isso porque, embora contenha um amplo rol de direitos fundamentais, manteve uma caraterística predominante nos países da região, que é a concentração dos poderes nas mãos do Presidente da República. As mudanças constitucionais, como visto, que buscou-se implementar na Venezuela, tiveram como principal objetivo reforçar a política autoritarista exercida pelo Executivo, buscando anular o controle (sistema de freios e contrapesos) exercido pelo demais Poderes. Esse velho sistema de organização de poderes que perdurou na América Latina desde o século XIX, como alerta o autor, revela uma "abordagem elitista da democracia", que tende a sempre negar os avanços sociais conquistados nos últimos séculos. Logo, enfraquece a força normativa da Constituição e, por sua vez, a eficácia dos direitos fundamentais.

Por outro lado, cabe ainda destacar, como formas de combater o constitucionalismo abusivo, a tese defendida por David Landau[165] de que o processo de elaboração de uma Constituição, ao invés de ser idealizado como um momento extraordinário para o atingimento de uma grande transformação na sociedade, deveria se preocupar essencialmente em estabelecer mecanismos de controle a fim de inibir o surgimento de governos autoritários ou a quebra da ordem constitucional. Levando em consideração os fatos ocorridos na Venezuela, a ausência de limites impostos ao processo de elaboração de uma nova Constituição, permite que esse processo seja facilmente manipulado por autoridades políticas a fim de atingirem seus objetivos.

Segundo o autor, a convocação de uma Assembleia Constituinte pode se mostrar menos segura do que uma Constituição elaborada pela própria Assembleia Nacional, uma vez que aquele órgão é mais difícil de ser controlado por outras instituições como as Cortes constitucionais ou o Parlamento. Assim sendo, conquanto

[163]GARGARELLA (2018, p. 180-181).
[164]GARGARELLA (2018, p. 183-187).
[165]2013a, p. 927-938.

seja uma prática comum na América Latina a convocação de um órgão extraordinário para a elaboração de uma nova Constituição, talvez seja importante repensar, levando em consideração o caso venezuelano, de que possa se mostrar mais seguro a sua elaboração por um órgão político ordinário como a Assembleia Nacional, que esteja submetida a certos limites e possa ser objeto de um controle mais efetivo, especialmente, pelas Cortes constitucionais.

Outrossim, Flávio Martins[166], ao analisar o tema, propõe um conjunto de medidas para a contenção desse fenômeno mundial. Entre essas medidas destaca-se a previsão de instrumentos internacionais, como a implantação de um Tribunal Constitucional Internacional. No âmbito internacional, contudo, o caso mais promissor até agora tem sido o controle realizado pela União Europeia, como foi o caso envolvendo a Polônia, ao identificar práticas abusivas como o empacotamento das cortes (*court packing*). Nessa perspectiva, ao mostrar preocupações com a emergência de democracias iliberais no Bloco, a vice-presidenta da Comissão Europeia para os Valores e Transparência, Vera Jourová, afirmou que "*la Unión Europea fue creada como un antídoto a esas tendencias autoritárias*"[167]. O cerne da questão, ao nosso ver, contudo, é até que ponto as ferramentas disponíveis pela União Europeia serão de fato eficazes para combater os regimes autoritários que estão surgindo na Europa. Isso porque, se ainda não se pode falar em uma crise da democracia constitucional na União Europeia em face da ascensão da direita populista na Europa, como alerta Michaela Hailbronner[168], "(...)isso poderia ser mudado rapidamente, e como com a crise migratória, tais eventos contribuem para minar valores chave europeus tais como confiança mútua, solidariedade, direitos humanos chave, e, não menos importante, a democracia".

Rememorando os ensinamentos do jurista alemão Konrad Hesse, Flávio Martins também defende a necessidade de fortalecer a "vontade de Constituição" (*Wille zur Verfassung*), a qual corresponde à consciência do povo quanto à importância da Constituição e à necessidade de sua proteção. Na América Latina, contudo, esse sentimento ainda não é algo enraizado culturalmente, e isso se dá por inúmeros fatores. Há um sentimento de descrença na Constituição e nas instituições democráticas que tem sido exacerbado nas últimas décadas em face dos sucessivos escândalos de corrupção no setor público. Outro fator importante é que governos populistas, sejam de esquerda ou de direita, quando eleitos criam uma cultura de desrespeito à Constituição, ao se negarem a submeter-se a ela.

Enfim, aprimorar esses mecanismos de controle passa a ser a grande tarefa do operador do direito na atualidade.

Por fim, entendemos que a difícil indagação feita por Landau, "(...) se e como a Venezuela pode estabelecer uma nova democracia"[169], somente pode ser respondida de modo pleno se voltarmos nosso olhar para a história do constitucionalismo venezuelano, a qual por mais conturbada que tenha sido, esteve, desde o início dos seus

---

[166]2021, p. 126-128.

[167]In: <https://elpais.com/internacional/2020-10-27/vera-jourova-el-azote-de-viktor-orban-en-bruselas.html>. Acesso em:15.04.2021.

[168]HAILBRONNER (2018, p. 291, tradução nossa). No original: "(...)*this could change quickly, and as with the migration crisis, such events contribute to the undermining of key European values such as mutual trust, solidarity, key human rights, and not least democracy*".

[169]LANDAU (2018, p.175, tradução nossa). No original: "*The question then will become whether and how Venezuela can establish a new democracy*".

primórdios, assentada em valores constitucionais democráticos e republicanos oriundos do constitucionalismo moderno, como a soberania popular, a supremacia constitucional, a separação dos poderes e a consagração de direitos e garantias fundamentais. A escolha por averiguar o passado encontra justificativa nas palavras proferidas por Bolívar, em seu famoso discurso em Angostura: "(...) *extendiendo la vista sobre el vasto campo que nos falta por recorrer, fijemos la atención sobre los peligros que debemos evitar.* ***Que la Historia nos sirva de guía en esta carrera***"[170].

Seguindo, portanto, os conselhos do Libertador, é preciso manter viva a história do constitucionalismo venezuelano, cujo processo de independência, e, como resultado, a formação do Estado Constitucional na Venezuela, foi obra exclusiva dos civis[171], tendo trazido enormes avanços que serviram de base para a formação do próprio constitucionalismo latino-americano. Por outro lado, também nos serve de alerta, pois se esses avanços foram lentamente conquistados em período não só marcado por glórias, mas também por duras batalhas travadas por uma Venezuela livre do jugo do Império espanhol e das próprias mazelas internas herdadas dos anos vividos sob o regime colonialista, a dura realidade dos fatos, como buscou-se demonstrar no presente artigo, mostra como é fácil perdê-los.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: Limites do Direito num mundo em transformação.* Revista Estudos Institucionais, v.5, n.3, 2019. Disponível em: <http:// http://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>. Acesso em: 01.04.2021;

BOLÍVAR, Simón. *Discurso de Angostura (Spanish Edition),* 2013. E-book Kindle.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Angostura, 1819. La reconstitución y la desaparición del Estado de Venezuela. Con motivo del bicentenario del Congreso y de la Constitución de Angostura (1819-2019)*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019;

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La independencia de Venezuela y el inicio del constitucionalismo hispanoamericano en 1810-1811, como obra de civiles, y el desarrollo del militarismo a partir de 1812, en ausencia de régimen constitucional.* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2013. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcjq2r2>. Acesso em: 22.03.2021;

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución (1999-2009).* 1ª edição. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009a;

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Critical Reflections on the 1999 Constitution, 2000.* In: BREWER-CARÍAS, Allan R. Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Los Límites de la Asamblea Nacional Constituyente, y su Actuación Inconstitucional al usurpar tanto el Poder Constituyente Originario del Pueblo como las Competencias de los Poderes Constituidos,* 7 de agosto de 2017a. Disponível em: http: //allanbrewercarias.com/. Acesso em: 10.04.2021.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Gran Usurpacíon basada en una Gran Mentira: La Fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no puede pretender imponerse sobre los*

[170]BOLÍVAR (2013, paginação irregular, grifo nosso).
[171]BREWER-CARÍAS (2013, p.421-424).

Poder Constituidos y menos sobre la Asamblea Nacional, 20 de agosto de 2017b. Disponível em: http: //allanbrewercarias.com/. Acesso em: 10.04.2021.
BREWER-CARÍAS, Allan R. *The Alternate Principle of Government and the 2009 Constitutional Amendment on Contineous Reelection, 2009b.* In: BREWER-CARÍAS, Allan R. Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.
ELKINS, Zachary. *Is the Sky Falling? Constitutional Crises in Historical Perspective.* In: GRABER, Mark. A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Oxford: Oxford University Press, 2018.
GARGARELLA, Roberto. *Latin America: Constitutions in Trouble.* In: GRABER, Mark. A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Oxford: Oxford University Press, 2018.
GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the "Engine Room" of the Constitution.* Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3. Acesso em: 14.04.2021.
HAILBRONNER, Michaela. *Beyond Legitimacy: Europe's Crisis of Constitutional Democracy.* In: GRABER, Mark. A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Oxford: Oxford University Press, 2018.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
ISSACHAROFF, Samuel. *Populism versus Democratic Governance*. In: GRABER, Mark. A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Oxford: Oxford University Press, 2018.
LANDAU, David. *Constitution-Making Gone Wrong*. V. 64. ALA. L. REV, 2013a. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf>. Acesso em: 06.04.2021.
LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism.* University of California, v.47, 2013b. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/554>. Acesso em: 03.04.2021
LANDAU, David. *Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela. The First Time as Tragedy, the Second as Farce.* In: GRABER, Mark. A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Oxford: Oxford University Press, 2018.
LUCCA, Rafael Arráiz. *Las constituciones de Venezuela (1811-1999).* Caracas: Editorial Alfa, 2016;
MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
MAYA, Margarita López. *El ocaso del chavismo. Venezuela 2005-2015.* Caracas: Editorial Alfa, 2016;
ORLANDO S, Freddy J. *La Libertad de Expresión en Venezuela*. Caracas: Editoral Jurídica Venezolana, 2015.

CAPÍTULO 10

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE PROPAGADOR DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Barbara Aparecida Guimarães Motta Correia Gomes
Gercina Alves Moraes Cavalcante

INTRODUÇÃO

Notadamente, o Brasil, signatário de tratados e declarações como, por exemplo, o Pacto de San Jose da Costa Rica e Declaração Universal dos Direito Humanos, que corroboram com a defesa de direitos e garantias fundamentais por eles assegurados, salvaguardando em suas leis infraconstitucionais e, principalmente, na Carta Constitucional princípios individuais e coletivos, correlacionados, neste caso, ao direito constitucional, consubstanciando nossa democracia.

Estes Tratados e Convenções passaram a ser implementados no texto das Constituições por todo o mundo, essas em sua essência têm como finalidade precípua estruturar o Estado e limitar seus Poderes, o que não significa dizer que a ânsia pelo domínio máximo tenha desaparecido, ao contrário, através da consciência de que a violência não seria a melhor saída, os agentes passaram a utilizar mecanismos constitucionais para frustrar a normatividade constitucional, dentro de uma suposta constitucionalidade.

Países como Brasil, Venezuela, Alemanha e outros vem ao longo dos anos demonstrando claro desrespeito aos preceitos constitucionais, ocasionando dessa maneira a derrocada do Estado Democrático de Direito. Isso porque seus presidentes, primeiros-ministros ou o próprio Poder Judiciário corrompem a democracia se valendo de mecanismos constitucionalmente legítimos. Esse fenômeno na doutrina de David Landau é denominado constitucionalismo abusivo.

A pesquisa em si, tem por escopo analisar não a atuação dos detentores de poder eleitos pelo povo de forma democrática, mas tão somente a atuação atípica do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário brasileiro em relação à sua competência precípua, de guardião da Constituição, sendo esta, por vezes, utilizada pela Suprema Corte para "governar" o Estado Democrático de Direito, função a qual diverge às suas atribuições ordinárias.

Por conseguinte, analisar a relação das decisões da Corte com o constitucionalismo abusivo sob a ótica da teoria da Separação dos Poderes, pensada por Montesquieu e da própria democracia, palco de vários ataques lentos mais ferozes, de modo a proporcionar sua erosão.

1 - DEMOCRACIA

As primeiras concepções acerca da democracia surgem nas antigas Repúblicas Gregas e Romanas. A democracia na antiguidade era exercida diretamente pelos

cidadãos (com exceção de escravos e mulheres) em praças públicas, denominadas Ágora, onde se decidiam sobre políticas, direitos etc., de forma direta por aqueles.

Começa-se a ver traços de um governo do povo, feito pelo povo e para o povo, o nascimento da soberania popular. Soberania esta que sustenta a democracia moderna, com a diferença de não ser mais direta e sim representativa.

É importante mencionar que a democracia não é forma de governo, visto que, as formas reconhecidas são a República e a Monarquia. Mas o que seria então a democracia? Segundo Sahid Maluf[172] *"democracia vem a ser uma modalidade da forma republicana (a República pode ser aristocrática ou democrática) e, intrinsecamente, é uma condição comum a qualquer governo, monárquico ou republicano".*

Parafraseando Norberto Bobbio, Heródoto, geógrafo e historiador na Grécia, séc. V a.C., afirmava existirem três formas de Governo: a Monarquia (governo de uma determinada pessoa que detém todas as formas de poderes concentrados); a Aristocracia (governo de poucos, mas os melhores); e a Politéia (governo de muitos).[173]

A Monarquia, para Aristóteles, poderia ser boa, mas quando o monarca se utilizava ao bel prazer, ela se degenerava em tirania, assim como a Aristocracia que ao ser praticada pelos maus se degenerava na Oligarquia e pôr fim a Politéia, que ao se degenerar era vista como Democracia.

A democracia entendida por Aristóteles não possuía os contornos que compreendemos hoje, mas sim como demagogia, o que fora defendido por Rosseau. Assim, a democracia passa a ter os contornos do que conhecemos, o poder emanando do povo, feito pelo povo e para o povo, nos moldes do artigo1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Democracia quando conceituada de pronto é sempre vista como a possibilidade de votar e ser votado, de dizer aos agentes políticos o que se quer e da forma que quer, não poucas vezes ligadas aos direitos políticos inerentes aos cidadãos. Contudo, a democracia não deve ter seu conceito mitigado.

Para José Afonso da Silva[174] democracia é: *"meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana (...) um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando (...)".* Desta forma, a democracia não se basta em um mero governo que visa bem e igualdade, mas em uma constante de afirmações de garantias e direitos conquistados pelo povo ao longo da história.

De forma contra majoritária e não só, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[175], em seu livro "A Democracia Possível" afirma:

(...) democracia que é possível na realidade consiste no governo por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum.

A corrente defendida por Manoel Gonçalves se contrapõe à essência da democracia impondo objeções e pressupostos incompatíveis, sendo esse

[172] Maluf, Sahid. Teoria geral do Estado/Sahid Mauf; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 30. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P. 299

[173] Norberto Bobbio A teoria das formas de governo, 10a Edição EDITORA UnB

[174] Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo/ José Afonso da Silva – 36. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 127.

[175] P. 29

posicionamento denominado pela doutrina como "democracia elitista", que, no entendimento de José Afonso da Silva [176]:

Esta foi também a doutrina da segurança nacional que fundamentou o constitucionalismo do regime militar que a atual Constituição suplantou. Segundo ela, compete às elites a tarefa de promover o bem comum, mediante um processo de 'interação' com a massa.

Esse "elitismo" demonstra total descrédito no povo, no cidadão "comum", como se este não detivesse conhecimento e nem discernimento mínimo para comandar um pequeno grupo e/ou a Nação. Sobre esses pressupostos e objeções Paulo Bonavides[177] completa o raciocínio trazendo as palavras do inglês Lord Rossel, que dizia: *"Quando ouço falar que um povo não está bastantemente preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem bastantemente preparado para ser déspota".*

Estariam os ditadores sempre preparados para serem arbitrários, mas o povo nunca capaz de distinguir suas reais necessidades?

Paulo Bonavides[178] menciona: "*Com a mesma ironia fina e percuciente do inglês, Churchill exclamava: "A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram".*

Ousamos dizer que a política feita em nosso país é aprendida a cada dia por aqueles que são eleitos, por não termos uma democracia e uma política intrínseca a nossa cultura. Assim, nunca teríamos um povo realmente preparado para aplicar a democracia, o que não ratifica governos ditatoriais.

Ferdinand Lassalle em sua obra - "*A Essência da Constituição*" [179] – afirma que uma Constituição e uma lei são genericamente semelhantes, no entanto, a Constituição não é meramente uma lei. Lassalle entende a necessidade da criação de novas leis anualmente, para se adaptar ao meio social e a época, ele afirma que quanto a estas mudanças não se vê qualquer forma de protesto da nação, o que não ocorre quando há qualquer menção a alteração da Constituição. Como afirma: *"Deixem a Constituição"* [180].

O autor não entende que a Constituição é imutável, ao contrário, ele entende que é possível se alterar a Constituição, mas por um procedimento não simplório: *"será necessário obter dois terços do voto do Parlamento"* [181].

O procedimento mais complexo a depender da alteração a ser feita pode não se satisfazer por este, nas palavras do autor:

(...) existem ainda algumas onde se declara que não é da competência de corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembleia Legislativa, ad hoc, criada expressa e exclusivamente para esse fim, para que a mesma se manifeste acerca da oportunidade ou competência de ser a Constituição modificada[182].

---

[176] P. 129

[177] Bonavides, Paulo. Ciência Política/ Paulo Bonavides – 26. ed., rev. e aum. – São Paulo: Malheiros, 2019. P. 268.

[178] Idem

[179] Lassalle, Ferdinand, 1825-1864. A essência da Constituição/ Ferdinand Lassalle; prefácio, e organização Aurélio Wander Bastos; epílogo Rosalina Corrêa de Araújo. – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

[180] P.17

[181] P.18

[182] Idem

A maior crítica feita ao autor se refere a posição em ser a Constituição uma "*mera folha de papel*", que na verdade as pessoas tendem a respeitar não o que está escrito, mas a vontade daquele que detém o poder, como, por exemplo, os imperadores. Estas que subscrevem não ratificam o pensamento central do autor, mas compreendem e veem plausível sua justificativa. Vejamos:

(...) em síntese (...) a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação (...). Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel, e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim um verdadeiro direito – instituições jurídicas[183].

Desta forma, a Constituição será meramente um papel escrito se não tiver efetivo poder sobre aqueles que impera, devendo estar em consonância com o momento vivido por aqueles. Salienta-se que não há possibilidades de a Constituição ser ditada ao bel prazer dos governantes, aqui sendo a maior crítica ao posicionamento do autor.

De acordo com a **concepção normativa** encontramos os ensinamentos baluartes de Konrad Hesse[184] que em contramão a Lassalle afirma que nem sempre os "*fatores reais do poder*" prevalecerão e que pode a Constituição impor deveres a serem cumpridos por todos (povo e governantes), mas para isso a norma precisa possuir força ativa. O Ministro Gilmar Mendes ao fazer a tradução destas lições, aponta que:

A Constituição, ensina, Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Fassung).[185]

Carl Schimitt é o percursor da **concepção política**, e nas palavras de Marcelo Novelino esta concepção é[186]:

(...) o fundamento da constituição está na vontade política concreta que a antecede. Por ser o conjunto de normas supremas, a constituição não poderia apoiar-se em outra norma jurídica, mas apenas uma decisão política oriundas de um ser político (vontade política) capaz de impor uma existência de acordo com determinada norma.

Assim, de acordo com a explicação do nobre jurista, a concepção política se baseia nas lições defendidas pela política anterior a criação daquela, não havendo como se dissociar.

Já Hans Kelsen defendia a **concepção jurídica**, ou seja, para ele não há que buscar fundamentação em outras ciências que não na jurídica, devendo ser somente por ela socorrida. Em síntese, fala-se na ciência do "dever-ser", em uma norma pura. Quando fazemos estudo baseado no livro A força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, vemos que essa ideia jamais seria admitia por ele, visto afirmar que: "*questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas"*[187]*.*

---

[183] P. 26

[184] Hesse, Konrad. A força normativa da Constituição – Die Normative Kraft Der Verfassung/ Konrad Hesse – Tradução: Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: SAFE, 1991. P.5

[185] P. 3

[186] Novelino, Marcelo. Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. – 11. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPODVM, 2016. p.89

[187] P. 9

2 - SEPARAÇÃO DOS PODERES

A noção de "Separação de Poderes" surge para contrapor a força do Estado Absolutista, onde todos os poderes estavam concentrados nas mãos de uma única pessoa, como, por exemplo, na Idade Média, em que o Rei criava leis, as interpretava e solucionava os casos *in concreto*.

Na Antiguidade, o monarca não desempenhava tão somente uma função, mas diversas, que monopolizava em sua mão, toda e qualquer decisão.

Embora John Locke tenha pensado a teoria tripartite como teoria política, foi com Montesquieu que surgiu a divisão dos titulares de cada poder (*checks and balances of powers*), atribuindo a eles funções distintas, autônomas, preservando, contudo, a harmonia entre si. Mantendo, porém, uma espécie de "co-soberania" dos órgãos políticos, originando, dessa forma, instituições distintas com o objetivo, segundo Klaus Stern *"não somente de assegurar a liberdade, mas também de garantir a constituição"*. Além do mais a própria teoria da separação dos poderes é citada no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão como princípio fundamental (PEIXINHO, 2008).

Os estudos de Montesquieu foram fundamentais ao acontecimento da Revolução Francesa e Americana, visto fortalecer a necessidade de descentralizar da mão de um único governante todos os poderes.

Nas palavras de Pedro Lenza acerca das lições de Montesquieu sobre as funções desenvolvidas, estas *"estavam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais concentrado nas mãos de um único soberano"*[188].

A separação dos poderes visava combater a concentração do poder, garantindo equilíbrio político e minimizar as possibilidades de abuso.

José Afonso da Silva[189] afirma que essa divisão de poderes se baseia em dois fundamentais elementos, a especialização funcional e a independência orgânica, sendo a especialização de determinado Poder para tratar de determinado assunto e além da especialidade a necessidade de que cada Poder haja com independência, não havendo que se falar em subordinação entre estes, respectivamente.

Acerca da independência dos poderes, o jurista vai além:

A independência dos poderes significa: a. que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b. que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c. que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...)[190].

Desta forma, a não subordinação entre os poderes é só um dos pontos sob a tríade da independência disposta por José Afonso.

No Brasil, existem três Poderes independentes e harmônicos entre si, Legislativo, Executivo e Judiciário. Nos moldes do artigo 2º da CRFB/88, cada um exerce funções típicas (aquelas determinadas de forma explícita pela Constituição, como função precípua daquele Poder) e atípicas (trata-se de função secundária daquele Poder que é

[188] Idem
[189] P. 111
[190] P. 112

precípua de outro, como, ocorre, por exemplo, no artigo 68, CRFB/88[191]), mas para que não haja arbitrariedades e abusos (como acontecia nos Estados Absolutistas) existe o que a doutrina denomina de "*checks and balances*" ou sistema de "freios e contrapesos[192].

Contudo, para melhor compreensão da temática, não nos debruçaremos sob os aspectos dos poderes Legislativo e Executivo, trazendo à baila apenas as considerações referentes ao STF - órgão do Poder Judiciário, tema central do estudo proposto.

2.1 Poder Judiciário - Supremo Tribunal Federal (STF)

Faz parte do Poder Judiciário brasileiro os órgãos dispostos no artigo 92, da CRFB/88, exercendo função de extrema importância, tendo em vista que está nas "mãos" do julgador o dever de fazer justiça, garantindo a integridade da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

(...) não é possível conceber um Estado de Direito sem um Poder Judiciário independente, responsável não só pela solução definitiva dos conflitos intersubjetivos, mas, talvez precipuamente, pela garantia da integridade do ordenamento jurídico, mediante a aferição da compatibilidade entre os atos estatais e os comandos vazados na Constituição[193].

É necessário que o Poder Judiciário atue com independência, sem que penda a nenhuma decisão política, para que seu papel de fato seja exercido, buscando a verdade processual em suas demandas. Para isso, é constitucionalmente garantida aos seus membros autonomia funcional e outras garantias, conforme preceitua os artigos 25, da Lei Orgânica da Magistratura e 95, CRFB/88[194].

Ao Poder Judiciário compreende a função jurisdicional, função de decidir e fazer aplicar o Direito às demandas, considerado o detentor da "última palavra", sendo suas decisões dotadas de coercibilidade e caráter definitivo.

Órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) ministros, indicados pelo Presidente da República[195] de forma livre, o que traz um caráter político à sua escolha, tema que demandará maiores discussões quando tratarmos do uso do constitucionalismo abusivo pela Suprema Corte.

Como mencionado em linhas pretéritas, o STF, além de guardião da Constituição, possui, ainda, competências originárias e recursais postuladas nos artigos 102 e 103 ambos da CRFB/88, subscritas num rol *numerus clausus,* ou seja, taxativo. No entanto, sua função principal diversas vezes é confundida com o caráter político de investidura de seus Ministros, incorrendo, por exemplo, em decisões que fogem da hermenêutica aplicada pelo constituinte ao texto constitucional.

---

[191] Artigo68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar ao Congresso Nacional.

[192] O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

[193] P. 629

[194] Artigo25 – Salvo as restrições expressas na Constituição, os magistrados gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

[195] Artigo101, Constituição Federal de 1988 prevê que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

A CRFB/88 inscreveu na história do Brasil a derrocada de um período ditatorial, sendo partícipe direto da universalização dos direitos humanos, o que ocasionou, dessa maneira, a inserção na Carta Cidadã os direitos fundamentais antes não previstos por constituições anteriores. Além disso, explicitou, em seu artigo 2º, aqui citado, a estrutura e a formação do Estado dividindo-o na tríade inspirada na obra de Montesquieu: O Espírito das Leis. No entanto, observa-se, na contemporaneidade, a influência política, desde 1990, no Poder Judiciário, fomentando, de forma crescente, o fenômeno da judicialização política no cenário da Suprema Corte, que, por vezes, exerce função atípica da sua esfera de atuação.

Dessa forma, segundo o pensamento de Jonh Locke (1632-1704), os elementos indispensáveis às sociedades políticas abordam a teoria da separação dos poderes, cujo Executivo, Judiciário e Legislativo atuam de maneira específica. Entretanto, concentrando, neste último, a supremacia frente aos demais poderes, para melhor preservação das sociedades políticas (LOCKE, 2010). Ademais, cumpre salientar que o poder decisório de legislar acerca de temas subjetivos permeados na sociedade ou da executoriedade de atos da administração pública foi ampliado aos juízes e magistrados.

3 - CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

3.1 Considerações iniciais

Ao longo da história encontramos inúmeros exemplos de constitucionalismo abusivo no mundo, ou seja, não se trata de um fenômeno contemporâneo, nem tão pouco uma criação do Estado brasileiro.

Nas últimas décadas, países que adotaram o modelo de democracia vêm sofrendo, constantemente ações por parte dos governos e políticos eleitos pelo voto direto, os quais tendem a reduzir políticas constitucionais, isso porque *"no momento em que obtém uma maioria mais vultosa, comumente de forma democrática, podem engenhar uma mudança constitucional de modo a se tornarem muito mais estáveis"* (MARTINS, 2019). Nesse sentido, alguns governos da América Latina que tinham como características discursos paternalistas visando implementação de políticas sociais voltadas para os mais pobres enfrentaram o enfraquecimento de suas instituições, incluindo partidos políticos.

O que intrinsicamente se relaciona com os ensinamentos de David Landau (2013) acerca do constitucionalismo abusivo, fenômeno que *"envolve o uso de mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição da Constituição - para minar a democracia"*. Isso porque, segundo o autor, a intenção de alterar a Constituição por meio de detentores do poder com a clara intenção de nele se perpetuarem, acaba por enfraquecer essas instituições e consequentemente sufocar o regime democrático.

A eleição em 1998 de Hugo Chaves para presidente da Venezuela representa essa caminhada para o constitucionalismo abusivo quando teve apoio dos venezuelanos que se sentiam esquecidos pelos governos anteriores e viam em Chaves como o "único antibiótico"[196] para desinfectar a democracia venezuelana. Com apoio da maioria chavista, conclamou eleições para uma nova Assembleia Constituinte, e se escreveu

[196] LEVITSKY, Steven. Como as democracias morrem/ Steven Levitsky e Daniel Ziblatt; tradução Renato Aguiar – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15

uma nova Constituição. Chávez se utilizou da substituição da Constituição a fim de se manter no comando da Venezuela por tempo indeterminado, eliminando assim, o controle horizontal pelos demais Poderes constitucionais, violando o sistema de freios e contrapesos defendido por Montesquieu.

Na Hungria, o partido Fidesz venceu as eleições de 2010 com 53% dos votos válidos, garantindo 68% dos acentos no Congresso. No próprio ano de 2010 foram promulgadas inúmeras emendas que enfraqueceram os demais poderes que tinham função primordial a fiscalização daquele, como fora feito na própria Venezuela. Ademais, a fim de nomear aqueles que estavam de acordo com suas diretrizes foi diminuída a idade para aposentadoria dos magistrados de 70 para 62 anos.

Países como Chile, Turquia, Ucrânia que também tiveram seus líderes eleitos de forma democrática, subverteram suas democracias legitimamente[197]. São inúmeros os exemplos de constitucionalismo abusivo contemporâneo, não afastando os apontamentos feitos à política brasileira.

Ressalta-se que quaisquer poderes oriundos do poder soberano outorgado pelo povo não poderão em hipótese alguma suplantar as necessidades e a força daquele. Sendo rechaçada essa possibilidade, como se verifica nas palavras de José Miguel Rojas Bernal:

(...) para la teoría democrática, el poder constituynte “ilimitado” no se indntifíca, sin más, con la possibilidad de un poder tiránico o totalitario, pues la inexistencia de límites “externos” a su accionar no excluye la concurrencia de ciertas “condiciones naturalmente limitadas” que derivan del contexto em que dicho poder se desenvuelve, vale decir “caracteres ontológicos sin los cuales sería irreconocible, y que incluyen la existencia de limites (...)[198].

Sendo legítimas as mudanças constitucionais, quando oriundas das reais necessidades de seu povo e não para obedecer a vontades sombrias daqueles que exercem diretamente o poder.

(...) tal situación se presenta cuando el cambio constitucional es utilizado por los gobernantes de turno para socavar la democracia, haciendo más difícil su desvinculación del poder y acallando instituciones (como los tribunales u órganos electorales) diseñadas para controlar el ejercicio del poder.[199]

Assim, se percebe que os instrumentos constitucionais previstos são utilizados na contramão do que foram criados, os atores políticos usurpam o poder entregue para satisfazer tão somente suas vontades e necessidades, com o objetivo de se manterem no poder sem nenhum tipo de controle externo.

Não obstante, para Mark Tushnet são várias as características apresentadas pelo constitucionalismo abusivo com intuito de alterar a Constituição que, além de envolver instrumentos constitucionalmente legais, envolve, ainda, alterações excessivas às constituições já existentes, e que essas emendas podem em conjunto ameaçar o constitucionalismo normativo (MARTINS, 2019).

Identificar a presença do constitucionalismo abusivo em países com sistema de eleições tidas democráticas, pelo voto popular, torna-se um problema, isso porque

---

[197] P.16

[198] DIALNET. Poder constituyente y constitucionalismo abusivo: el problema de las cláusulas constitucionales de reemplazo. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5595580. Disponível: 2016. Acessado em: 24/06/2021.

[199] P.123

diferente dos governos ditatoriais, autoritários não há golpes, suspensão da Constituição ou nenhum movimento que caracterize ultraje ao regime democrático. Assim, *"a erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível*".[200]

Por fim, infere-se, que a história nos mostra que "*democracias podem morrer não pelas mãos de generais, mas de líderes eleitos presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder*" (LEVITSKY, 2018). Porquanto, se percebe~~-se~~ uma redução tênue de direitos fundamentais, seja através de medidas que enfraquecem os modelos democráticos ao passo que políticas públicas deixam de ser prioridade, ou de medidas que assegurem minimamente uma vida condigna aos cidadãos. Havendo, dessa maneira, contradições entre a aplicabilidade da lei – Constituição - e o uso abusivo desta.

3.2 Constitucionalismo Abusivo e o STF

Embora o constitucionalismo abusivo seja projetado na sua grande maioria por governos e políticos eleitos pelo povo, percebe-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao invés de cumprir precipuamente sua função típica[201], é constantemente flagrado tomando decisões acerca de casos que fogem de sua competência com a suposta defesa dos direitos fundamentais. Todavia, ao se apropriar de outras funções usando os métodos constitucionais, *"no lugar de servir à limitação do poder, a Constituição é aqui, o instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção democrática dos dominadores fáticos nas comunidades"* (MARTINS, 2019).

Há muito se questiona a ação da Suprema Corte quando esta faz uso de sua pretensa deliberação para agir de forma abusiva. Nesse contexto, Rafael Estorillo e Juliano Zaiden Benvindo entendem que o STF *"emprega (...) aplicação de seu capital político (...), para fortalecimento de seu poder de barganha de política com os demais poderes*"[202]. Afirmam, ainda, que não raras vezes, as decisões do STF *"transparece finalidades externas, muitas vezes obscuras para as quais se dirige seu posicionamento*[203]. Essa postura da Suprema Corte como detentora da "última palavra" a transforma, aos olhos dos referidos autores, como agente central do constitucionalismo abusivo.

Não é demasiado lembrar que o STF, por vezes legítimas suas ações com a justificativa de salvaguardar a Constituição - função precípua - bem como os direitos fundamentais. Entretanto, impelido por falhas na atuação do Poder Legislativo seja pela ausência de leis, ou até mesmo por lacunas nas normas existentes que garantam direitos, especialmente às chamadas minorias, "*o Judiciário passa a contribuir para o descrédito das outras instâncias decisórias, mesmo tendo a confiança da população"* (MAUS, 2010). Ainda de acordo com a professora alemã *"quando a justiça ascende ela*

[200] LEVITSKY, Steven. Como as democracias morrem/ Steven Levitsky e Daniel Ziblatt; tradução Renato Aguiar – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15

[201] De acordo com o princípio da separação dos poderes o Poder Judiciário possui a função típica de interpretar as leis e julgar casos de acordo com as normas previstas na Constituição, mantendo, dessa forma, a harmonia entre os três poderes.

[202] KAS. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. DISPONÍVEL: 2017. HTTPS://WWW.KAS.DE/C/DOCUMENT_LIBRARY/GET_FILE?UUID=FF417EC1-EEC2-F606-49C5-78FB2F5C9C1B&GROUPID=265553. ACESSO EM: 24/06/2021.

[203] P 174

própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social".

Nesse sentido, Ferrajoli afirma que "*a promulgação de leis com baixo teor de tecnicidade, vazadas em linguagem obscura, ensejou a discricionariedade dos juízes para poderem aplicar melhor a lei a si"*[204], corroborando, assim, com o pensamento de que *"a decisão judicial é entimetática, pois muitas normas utilizadas de forma oculta, implícita, estão presentes, sobretudo, em países com altas contradições sociais"* (ADEODATO, 2017).

A partir desse momento, dessa imposição do Poder Judiciário sobre os outros, ele acaba por se afastar do direito positivo e passa a se utilizar de forma exagerada da hermenêutica, mutação constitucional ou até mesmo do *judicial review*, mas de forma diferente quando traz a moral como norte na tomada das suas decisões. Ou seja, o STF, órgão contra majoritário, deixa de julgar conforme o ordenamento jurídico, extrapolando da análise, da discricionaridade administrativa e passa a dar valor as questões sociais, políticas.

Inicialmente, em momentos de estabilidade o STF exerce sua função primordial de guardião da Constituição. A problemática surge em momentos de instabilidade política, onde a Suprema Corte passa a fazer parte do cenário político, realizando julgamentos não meramente interpretativos, mas fundada em valores subjetivos de cada magistrado. As práticas da Corte têm se voltado a ações políticas e não jurídicas, com fundamento na *"luta do STF para definir seu espaço na tomada de decisões temporárias, afetando questões constitucionais diversas"*.[205]

Podemos citar exemplos de atuação do Supremo em discordância com suas funções típicas, o julgamento da ADO 26[206] onde se definiu que transfobia é igualmente tipificado como crime de racismo conforme a lei 7.716/89. Outra questão emblemática repousa na ADI 5708 que trata da descriminalização do uso da Canabis, uma vez que a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária injustificadamente se mostrou morosa na regulamentação do uso do produto para fins medicinais, ao mesmo tempo em que seu cultivo, transporte, guarda, colheita não encontram respaldo na legislação brasileira. Ainda, a adequação ao conceito de família, postulado na CRFB/88 em seu artigo 226, incluindo as relações homoafetivas, assim como a não criminalização do aborto em situações específicas.[207]

Tem-se, dessa forma, que se cada um dos atores políticos agisse dentro dos limites impostos ao cargo, bem como, as regras impostas pela Constituição brasileira, por ser ela dirigente, não seria necessária a atuação corriqueira da Suprema Corte a fim de proteger a norma constitucional. Defende essa posição Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Norberto Robl Filho:

Dessa forma, o Poder Judiciário possui papel de garantidor do regime político democrático, mas se frisa novamente que os magistrados não são salvadores da pátria,

---

[204] PEIXINHO, Manoel Messias. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2008. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 25 de junho 2021

[205] KAS. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. DISPONÍVEL: 2017. HTTPS://WWW.KAS.DE/C/DOCUMENT_LIBRARY/GET_FILE?UUID=FF417EC1-EEC2-F606-49C5-78FB2F5C9C1B&GROUPID=265553. ACESSO EM: 24/06/2021.

[206] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em 18/07/2021

[207] http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878. Acesso em 18/07/2021

não devendo atuar de forma voluntarista e inspirados em conceitos próprios e subjetivos de moralidade pública. De outro lado, função importante do controle judicial de constitucionalidade reside na proteção e na promoção de um processo legislativo constitucionalmente adequado e no controle sobre as Emendas à Constituição.[208]

Este "jogo de mão dupla"[209], por parte da Suprema Corte, aponta como uma das causas ligadas ao constitucionalismo abusivo, sendo a sincronicidade e o uso seletivo da subsunção. Desta forma, estaria o STF decidindo com certa "antecedência" um efeito de ação posteriori, a fim de, manter seu entendimento como aquele que deve ser respeitado, acima da ordem constitucional, e não aplicando decisões em casos semelhantes (em curto espaço de tempo) ferindo o princípio da isonomia, respectivamente.[210]

Do mesmo modo, depreende-se que medidas ou decisões adotadas por qualquer dos Poderes, especialmente o Judiciário, devem, além de serem mostradas no seu sentido mais amplo, também ser conhecidas por aqueles que as interpretam e, principalmente, respeitadas no momento de aplicação do direito, conformando à práxis jurídica ao "dever-ser" normativo estabelecido no ordenamento a partir do texto constitucional, fazendo com que se busquem soluções para o cumprimento efetivo de direitos e garantias. Portanto, faz-se necessário buscar defender a democracia elevando-a a um patamar acima daquele que hoje se encontra.

Convém aduzir que alguns princípios servem como limitadores do poder estatal para garantir a efetivação de direitos e garantias, por exemplo, a separação dos poderes, pensado por Montesquieu. Noutra vertente, para Nucci (2011) *"a hegemonia da Constituição sobre todo o sistema normativo é uma realidade inerente ao próprio processo de criação da Lei Fundamental, alicerçado sobre a vontade do povo, detentor do poder constituinte originário"*. Por outro lado, para Peter M. Senge "*o mesmo povo que reagiria contra a tomada do poder, de forma autoritária e antidemocrática, pode não reagir às mudanças constitucionais lentas que chegam ao mesmo resultado: a destruição do regime democrático*" (MARTINS, 2019).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mencionado ao longo da pesquisa o constitucionalismo abusivo não é prática somente de Chefes do Executivo, mas também de agentes do Judiciário. Em comum vemos agentes políticos que buscam fazer valer de sua subjetividade através de ações constitucionais deturpadas.

Elementar destacar os fatos narrados sob a ótica de que o Supremo Tribunal Federal há muito deixou de ser meramente um órgão jurisdicional, amparado tão somente na Constituição, em sua aplicação e em sua proteção contra arbitrariedades de agentes políticos. Apresentando, desse modo, características de órgão político, o qual baseia-se na vontade de interesses daquele que indica a compor a Suprema Corte.

[208] Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no brasil contemporâneo. http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641/907. Disponível em: Dezembro 2018. Acessado em: 28/06/2021.
[209] P. 180
[210] P. 182

A barganha política vivenciada neste órgão tão importante e basilar suplanta as funções constitucionais dispostas no artigo 102, CRFB, trazendo instabilidade quanto às decisões do órgão, bem como, instabilidade política e à própria democracia.

Os freios dispostos pela Suprema Corte são sim de grande importância, haja vista a proteção de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, dos fundamentos, objetivos e funções da República Federativa do Brasil, estes que são diariamente atacados pelos governantes – políticos de carreira. Mas esta necessidade de atuação não deve confundir-se com os sentimentos subjetivos dos Ministros, tão pouco daqueles que os colocam na posição de "donos da última palavra".

Destaca-se que, se no Brasil, existisse uma política efetiva e séria, talvez, não houvesse frequente atividade jurisdicional para ratificar os preceitos constitucionais, uma vez que o despreparo dos agentes políticos, por vezes, se contrapõe diretamente a normatividade constitucional. De forma racional ou não, esse desconhecimento da norma jurídica, pode ocasionalmente demandar um número maior de ações julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Entre erros e acertos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm defendido a normatividade constitucional, mas como leciona o prof. Flávio Martins, como um pêndulo, a democracia brasileira vem sofrendo a cada dia mais retrocessos, mas não só, os direitos humanos em sua totalidade experimentam ataques diretos por todos os agentes políticos, de todas as esferas.

Nesse mesmo sentido, é que se espera a presença efetiva do Estado, reafirmando sua posição e fazendo com que os direitos e garantias fundamentais sejam aplicados de forma contundente, sem se esquecer de observar o princípio da separação dos poderes, visando assegurar que a Constituição seja de fato respeitada, sem o excesso de emendas tendenciosas ao seu enfraquecimento. Além, ainda, impedindo abusos por parte da própria administração e do Judiciário.

Dentro de uma ótica realista e não "Poliana", que tenhamos um texto constitucional e a democracia respeitados, eficaz e eficiente, dentro de uma realidade econômica, cultural, jurisdicional. Afinal, como diria Winston Churchill: *"A democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais"*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício Retórica Realista e Decisão Judicial. Revista Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 1, p. 15-40, jan./abr., 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*/ Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*/ Paulo Bonavides – 26. ed., rev. e aum. – São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Teoria geral do estado*/ Paulo Bonavides – 11. ed., rev. e aum. – São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM>. Acesso em: 29 junho 2020.

CALVÃO, Filipa Urbano. *Introdução ao Direito Público*/ Filipa Urbano Calvão, Manuel Fontaine Campos e Catarina Santos Botelho. – 2. ed. – Coimbra, Portugal: Almedina, 2014.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia possível*/ Manoel Gonçalves Ferreira Filho – São Paulo: Saraiva. 1972.
GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*/ Paulo Dourado de Gusmão – Rio de Janeiro: Forense, 2002.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* – Die Normative Kraft Der Verfassung/ Konrad Hesse – Tradução: Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: SAFE, 1991.
LANDAU, David. 2013. «Abusive constitutionalism». UC Davis Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, pp. 189-260, nov.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*/ Pedro Lenza. – Coleção esquematizado®/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
LESALLE, Ferdinand, 1825-1864. *A essência da Constituição*/ Ferdinand Lassalle; prefácio, e organização Aurélio Wander Bastos; epílogo Rosalina Corrêa de Araújo. – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.
LEVITSKY, Steven. Como as democracias morrem/ Steven Levitsky e Daniel Ziblatt; tradução Renato Aguiar – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 514-517
MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 30. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.
MARTINS, F. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**, v. 3, n. 1, p. 29-41, 1 jan. 2019.
MARTINS, Flavio. *Curso de direito constitucional*/ Flávio Martins – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Novos Estudos CEBRAP, n.º 58, novembro 2000 pp. 183-202.
NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*/ Marcelo Novelino. – 11. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus PODVM, 2016.
NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*/ Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
PEIXINHO, Manoel Messias. **O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.** 2008. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 25 de junho 2021
SECONDA, Charles-Louis de. (Montesquieu). Do Espírito das Leis. Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*/ José Afonso da Silva – 36. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CAPÍTULO 11

DESJUDICIALIZAÇÃO E AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: Uma breve análise de como as Serventias Extrajudiciais facilitam o acesso à Justiça no Brasil

Bruna Thereza Fortes Roberto Karczmarski

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, é de conhecimento que temos acesso à Justiça, sendo um direito garantido pela Constituição Federal, sabemos, portanto, que temos direito de recorrer ao sistema judiciário brasileiro para solucionarmos conflitos que, eventualmente, não conseguimos resolver sem recorrer ao poder judiciário. Desde o início da vida em sociedade houve conflitos entre os homens e, desde então, sempre foram buscados meios de se resolverem esses conflitos, buscando, de certa forma, aquilo que podemos conceituar como "justiça". Com o surgimento das civilizações nasce também o estudo da vida em sociedade, da política das sociedades, passa a ser estudado as relações de cidadãos com cidadãos e a relação entre a sociedade e os cidadãos.

Já na Grécia Antiga surgiram as primeiras ideias sobre "justiça", sendo uma integridade moral e era relacionada ao Estado. Os filósofos gregos como Platão e Aristóteles apresentaram suas concepções de justiça na época. Na idade média temos como principal representante de ter apresentado a ideia de justiça Tomas de Aquino, aonde a justiça só viria de Deus, aproximando o conceito a religiosidade, e seria a disposição de dar a cada um aquilo que lhe pertence. No *juspositivismo* moderno um dos principais expositores do conceito de justiça foi Hans Kelsen, para ele a justiça seria uma ideia irracional, não sendo um conceito que pudesse ser sujeitado à cognição. A justiça era, portanto, um julgamento subjetivo de valor.

Bom, sabemos o que é justiça, sabemos que temos acesso à justiça garantido, mas realmente conseguimos ter acesso no cenário que o sistema judicial tem estado nos últimos anos?! Todos têm acesso real e efetivo à justiça?! Sabemos que as respostas são negativas. Nos últimos anos o sistema judiciário brasileiro sofreu com a alta demanda de ações ajuizadas, a judicialização explodiu em diversos países, não somente no nosso, e o sistema judiciário têm sofrido as consequências disso, e consequentemente os cidadãos também. Com o acúmulo de processos, tornou-se cada vez mais demorado resolver um conflito judicialmente, bem como, reduziu o tempo dos magistrados ao estudar os processos e poder tomar uma decisão.

Frente ao problema de sobrecarga do judiciário se faz necessária a busca constante por soluções, que desafoguem o judiciário e assegurem o direito do acesso à justiça. Portanto, trazemos para esta pesquisa a desjudicialização, que é o processo que ocorre quando tiramos os processos do judiciário e evitamos a judicialização de todos os litígios, trazendo alternativas não judiciais de resolução de conflitos.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

A abordagem da pesquisa será qualitativa, quanto aos objetivos será descritiva e o procedimento será pesquisa bibliográfica. A abordagem qualitativa traz três possibilidades para realizar a pesquisa, são elas: a pesquisa documental, o estudo de caso e a etnografia. Quando utilizamos a abordagem qualitativa para pesquisar, podemos usar a imaginação e a criatividade para explorar diversos enfoques na pesquisa, considerando que essa abordagem não é uma proposta rigidamente estruturada. Conforme Gerhardt e Silveira (2009), ao utilizar os métodos qualitativos objetiva-se explicar o porquê das coisas, exprimindo o que convém ser feito, porém não são quantificados os valores e as trocas simbólicas não são submetidas à prova de fatos, considerando que os dados analisados são não-métricos e se valem de diferentes abordagens. Quando escolhemos a pesquisa qualitativa, somos ao mesmo tempo o sujeito e o objeto de nossas pesquisas.

A pesquisa descritiva tem como objetivo principal descrever as características de determinada relação e, também, fazer uma identificação da existência de relações entre variáveis e determinando a natureza da relação em estudo. Para a coleta dos dados será utilizado a pesquisa bibliográfica, pois é aquela que procura o levantamento de livros e revistas de relevante interesse para a pesquisa que propomos, tendo por objetivo colarnos diante de informações do assunto que nos interessa para a pesquisa.

3. A DESJUDICIALIAZAÇÃO: NO BRASIL E NO MUNDO

No mundo ocidental, vimos no século passado, o crescimento da litigiosidade. Esse fato podemos atribuir às sociedades que se tornaram mais competitivas e com mais conflitos entre os seus constituintes. Conforme aumentou a litigiosidade, aumentou a judicialização. Em nosso país, não foi diferente, seguimos o padrão do mundo ocidental, com uma altíssima demanda de processos judiciais. No ano de 2015, tínhamos em nosso país noventa e cinco milhões de ações nos tribunais.

Conforme Loureiro, nos Estados Unidos da América, entre 5% e 10% dos conflitos acabam diante dos tribunais, os quais já estão com muitas ações, o que nos demonstra um pouco sobre a potencialidade conflituosa dos Estados Unidos da América. No EUA a maior parte dos conflitos são resolvidos pelas partes, por intermediação de terceiros imparciais ou pelas diferentes instancias de justiça informal.

Além dos EUA, Loureiro apontou que foi realizado um estudo na Espanha, no ano de 2015, no qual foi demonstrado que os litígios que chegam aos juízos de primeira instância cíveis e mercantis espanhóis superam o dobro da média de toda a União Europeia, sendo 37 ações para cada 1.000 habitantes. Em nosso país essa média é de 7.171 ações ajuizada para cada 100.000 habitantes, que equivale a 72 ações para cada 1.000 habitantes. Na Espanha o tempo de demora processual era 28,2 meses no ano de 2011 e de 41,6 meses no ano de 2015, fato que fez com que o Conselho de economistas alertou sobre o risco de saturação da justiça pelo alto número de processos acumulados.

No Brasil, conforme estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros[211], baseado nos relatórios do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Banco Mundial, a cada ano um juiz recebe aproximadamente

[211] Associação de Magistrados Brasileiros, “Judiciário Brasileiro em Perspectiva”, 2015.

1.357 ações, sendo um número muito superior ao de países europeus, como a França que cada juiz recebe 477 ações por ano e a Inglaterra onde cada juiz recebe 891 ações por ano, e também sendo superior ao de países da América Latina, como a Argentina, onde cada juiz recebe em média 875 ações por ano. O Brasil perde, nessa média, apenas para os Estados Unidos da América, onde cada juiz recebe 1.992 ações por ano no Distrito de Colúmbia e 2.187 no Maine. Os níveis de produtividade dos nossos juízes brasileiros são muito altos, e uma das razões para isso se dá pelo fato de que há uma aplicação criativa de automação e de técnicas inovadoras que tratam de reclamações semelhantes, as quais se repetem por milhares de vezes. E por qual motivo ocorre essa alta judicialização no Brasil?! Podemos enumerar diversos motivos para esse fenômeno ocorrer em nosso país. No entanto, alguns desses fatores foram elencados por Loureiro[212] da seguinte forma:

As causas do aumento da litigiosidade e seu impacto no aparelho judicial são diversas: o surgimento das relações de consumo e dos contratos de adesão com cláusulas predispostas por uma das partes – o fornecedor de produtos ou serviços; o estabelecimento de um conceito mais amplo de "direito subjetivo", que passou a abarcar direitos sociais, direitos à prestação de serviços estatais; direitos difusos e coletivos; dentre outros fatores sociais e econômicos. Outro fator que impactou esse fenômeno é o subsídio estatal às demandas judiciais. No Brasil, a Lei 1.060, de 1950, estabeleceu isenções de taxas, emolumentos e outras despesas judiciais (art. 3º, I a V). Esse artigo apenas foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.072, III), mas o benefício da "justiça gratuita" ainda é garantido pelo diploma processual (artigos 98 e seguintes), ainda que com algumas limitações. É óbvio que a isenção de custas judiciais e a diluição dos riscos de arcar com os ônus de sucumbência constituem um poderoso estímulo à litigiosidade, até mesmo possibilitando o abuso do direito de litigar, raramente sancionado por nossos magistrados não obstante a sua ilicitude. (LOUREIRO, 2020, p. 254).

Ao mesmo passo que o princípio do livre acesso ao Judiciário e a assistência judiciária aos cidadãos mais carentes trouxeram avanços à cidadania, também trouxeram um grande volume de processos.

Como consequências desse alto número de demandas judiciais, temos a saturação da justiça, o represamento de processos e a resolução judicial acaba levando muito mais tempo para acontecer, e isso tudo acaba resultando na ineficácia do judiciário. A ineficácia do judiciário afeta a sociedade como um todo, desde o cidadão que não consegue ter acesso a um direito subjetivo até as empresas que têm seu crescimento limitado, afetando diretamente a economia, pois tal ineficácia afasta a segurança jurídica, valor essencial para gerar riquezas e criar empregos.

Ainda que a produtividade dos juízes brasileiros seja elevada, como dito anteriormente, nem sempre essa produtividade vem acompanhada da segurança jurídica, pois por vezes a carga de trabalho pode diminuir a qualidade das decisões judiciais, considerando que pode haver falta de tempo para estudar, analisar, e ponderar sobre qual a melhor e mais adequada decisão para cada caso. E acaba resultando nas decisões diferentes em casos semelhantes, em liminares que são

[212] LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

cassadas no mesmo dia em que foram concedidas, fatos esses que ocorrem em nosso judiciário e quando somado a demora processual acaba prejudicando ainda mais os cidadãos.

De acordo com Nogueira:

Pesquisa realizada na França mostra que 58% da população desconfia das decisões judiciais e 89% julgam a justiça inadaptada aos litígios de consumo. No Brasil esse percentual é ainda maior: apenas cerca de um terço dos brasileiros confia no Poder Judiciário. A profusão legislativa e a ineficácia do sistema judicial impedem que os jurisdicionais formem uma expectativa segura acerca do direito vigente e das condutas a serem seguidas. Essa realidade instável é percebida e sentida pelos cidadãos, como mostra o ditado popular "da cabeça de juiz e da bunda de neném ninguém sabe o que vem. Portanto, a demora e a instabilidade das decisões judiciais inibem a confiança na realização de negócios e estabelecimento de relações jurídicas e, consequentemente, constituem uma externalidade negativa que contribui para o aumento do custo e transações."

Para tentarmos mudar essa situação, precisaríamos de uma redução da produção de novas normas e providenciar mais recursos, meios e serviços para a justiça, assim recuperaríamos a confiança das pessoas no sistema judiciário e principalmente a tão necessária segurança jurídica.

Diante dessa situação que se encontra o judiciário, se faz necessária a desjudicialização. Ou seja, com a alta demanda judicial, precisamos de alternativas para evitar mais processos judiciais, e assim diminuir a entrada dos processos novos, facilitando com que os processos já ajuizados possam ser finalizados, ou ter andamento, por haver mais tempo para isso. As propostas para desjudicializar são bem conhecidas, por exemplo os institutos da mediação e da arbitragem nas relações de consumo, e, também, a transferência das atribuições dos juízes para outros profissionais do direito em outros órgãos, para além dos tribunais.

Ao olharmos para os Estados Unidos da América, no ano de 1880 vemos o movimento de "justiça informal", que trouxe muitas jurisdições arbitrais independentes dos tribunais e no século XX, tal movimento passou a ser além dos litígios comerciais, atendendo também os conflitos menores. Essas jurisdições aplicam a justiça social e informal, com mais ênfase no reestabelecimento da paz social e menos ênfase na aplicação do direito.

Ainda no Direito Comparado, na Itália é obrigatório que se realize "premediações" em casos de litígios de menor valor econômico, a mediação é muito utilizada porque além de ser obrigatória, o povo italiano está habituado com a rapidez e a eficácia do processo. A California, EUA, em 1980 teve uma das primeiras leis de medicação editada, e acontecia quando casais que disputavam a guarda dos filhos, a apresentação das partes perante mediador tornou-se obrigatória. E em 1990, 44 estados nos Estados Unidos da América, tinham leis próprias de mediação familiar.

Em Québec, no Canadá, em 1990, foi criado um Serviço de Mediação para atender, especialmente, casos relacionados a família. Já na Europa, mais especificamente na França temos o conceito de "ordem negociada", onde o direi.to não é deixado de lado e serve como ponto de referência, sendo flexível e adaptável a cada

situação específica. Na Suécia, tem-se ombudsman[213], modelo que foi exportado para vários países.

No Brasil temos no direito há anos maneiras alternativas de resolver conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. A Lei 9.307 de 1996 (alterada pela Lei 13.129 de 2015) disciplina a arbitragem. A Lei 9.099 de 1995 prevê a conciliação, muito semelhante ao disposto no artigo 331, §1º, do Código de Processo Civil, quando se tem a fase de conciliação prévia à instrução e julgamento.

O Conselho Nacional de Justiça editou, no ano de 2010, a Resolução nº 125, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesse, designando aos órgãos judiciários a obrigação de ofertar mecanismos para soluções de conflitos e de atender e orientar os cidadãos. Então, foram criados os núcleos permanentes de métodos consensuais de resolução de conflitos e centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, este funcionado na segunda instância e aquele na primeira instância.

A mediação aumentou muito após a Lei 13140 de 2015 e com o novo condigo de processo civil, que estabeleceu a audiência de composição obrigatória em 2015 o Conselho Nacional de Justiça informou que o índice médio de conciliação foi de 11% de aproximadamente 27 milhões de sentenças. Com esse dado podemos ver que as vias consensuais de solução de conflito diminuem a litigiosidade.

Nogueira disse que:

A desjudicialização é um neologismo e significa a retirada ou diminuição de causas e atribuições da esfera de ação do judiciário, sem prejudicar o princípio constitucional do livre acesso do cidadão à esse poder para a efetivação de seus direitos subjetivos. Além dos modos alternativos de solução de litígios, tal objetivo pode ser obtido por meio da transferência de competências dos juízos para outros profissionais, como os Notários, quando se tratar de casos em que inexiste litígio entre as partes. (NOGUEIRA, 2020)

Um dos exemplos de causas que sobrecarregavam o judiciário eram as ações judiciais de Inventário e Partilha, que hoje podem ser realizadas nas serventias extrajudiciais, bem como, da mesma forma ocorre com os divórcios e separações administrativos. Em média 107.000 ações deixaram de ser propostas no ano de 2014, graças aos serviços realizados pelos notários ao lavrar escrituras públicas de Inventário e Partilha, de Divórcio e de Separação, amparados pela Lei 11.441 de 2007.

Nogueira (2020), apresentou outros casos como exemplos da desjudicialização que já ocorre em nosso país, quais sejam:

a previsão da consignação de pagamento extrajudicial, inclusive para o pagamento de tributos federais, estaduais e municipais (Lei 8.951 de 1994 e Lei 9.703 de 1998); o procedimento administrativo de retificação de registro de imóveis (Lei 10931/04); o mecanismo de recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária (Lei 11101 de 2005); o usucapião extrajudicial, a homologação de penhor legal pelo notário e escritura de divisão de imóveis ou de estabelecimento de divisa imobiliária consagrados no novo Código de Processo Civil.

[213] "Ombudsman tem o dever de zelar para que os tribunais e o governo cumpram a Constituição. Seu papel é impedir que os direitos e liberdades do cidadão não sejam cerceados pela administração. cia e das informações de que dispõem os funcionários públicos." (WIGELIUS, Anders. O Ombudsman Sueco: Um Vigilante Real. Disponível em <file:///C:/Users/bruna/Downloads/1910-Texto%20do%20Artigo-5080-1-10-20170612%20(1).pdf>. Acesso em 15/03/2020).

A desjudicialização acontece no Brasil, e nos traz a possibilidade de diminuição e atenuação da demanda judiciária, permitindo assim que os nossos magistrados possam resolver os litígios de maneira de maneira mais célere e eficaz, pois têm mais tempo para estudar cada caso em particular. No entanto, ao observar o direito comparado, percebemos que há muitas possibilidades de solução de conflitos extrajudiciais que podem ser aplicadas no Brasil. Como por exemplo, em Portugal existem Decretos-leis que autorizam a concessão de alimentos a filhos maiores e a autorização para a utilização/proibição do uso do sobrenome do cônjuge divorciado, sejam determinados pelo Ministério Público ou pelo registrador civil.

É certo que a desjudicialização não era somente uma boa opção para o judiciário brasileiro, mas também era necessária, tanto para desafogar o sistema judiciário, quanto para facilitar e até mesmo possibilitar o direito de acesso do cidadão à justiça.

4. PRINCIPAIS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

A desjudicialização no Brasil felizmente tem ocorrido, ajudando a desafogar o judiciário e a garantir o acesso efetivo à Justiça aos cidadãos que se deparam com litígios que só poderiam ser resolvidos de forma judicial.

Nesse processo de desjudicialização encontramos os institutos da mediação, conciliação e arbitragem, que são extremamente importantes para que muitos conflitos possam ser resolvidos sem que as partes precisem recorrer ao Judiciário. A mediação e a conciliação podem ser judiciais ou extrajudiciais, no entanto aqui estamos mostrando os meios extrajudiciais. A arbitragem, por sua vez, não tem possibilidade de ser judicial.

4.1 - Sobre a Mediação e a Conciliação

A Lei 13.140/2015[214] trouxe o conceito de mediação: "*Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia."*

Os princípios que orientam a mediação são: imparcialidade do mediador; igualdade entre as partes; oralidade; informalidade; vontade das partes; busca do senso comum; confidencialidade; e, boa-fé. O Código de Processo Civil trouxe uma diferenciação entre a mediação e a conciliação, em seu artigo 165[215]. O conciliador atuará, preferencialmente, em ações que as partes não tenham vínculo entre si, o conciliador poderá propor soluções. O mediador atuará em questões que as partes possuem vínculo, e seu objetivo será que as partes restabeleçam o diálogo e elas mesmas proponham soluções para o conflito delas. Então, podemos considerar como a maior diferença entre a conciliação e a mediação, o fato do conciliador ser mais direto e já apresentar uma solução e o mediador interfere menos na solução do conflito das partes e mais na aproximação delas.

4.2 - Sobre a Arbitragem

A Lei 9.307/96 regula a arbitragem no Brasil, mas podemos reconhecer a ideia de arbitragem desde as Ordenações Filipinas, no Brasil Colônia.

---

[214] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 15/03/2021.

[215] BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15/03/2021.

A arbitragem é, segundo Carmona (1993)[216]:

"A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial."

Assim, vemos que a arbitragem depende da convenção das partes, em cláusula específica e expressa, caso contrário não poderá ser aplicada. Ao escolherem a arbitragem, as partes afastam a via judicial, permitindo que os árbitros decidam sobre o conflito. Esses árbitros agem como juízes privados, e o que eles decidirem tem eficácia de decisão judicial, no entanto, não são decisões passiveis de recurso. De acordo com a Lei 9.307/96 a arbitragem será aplicada em casos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, não podemos aplicar a arbitragem sobre questões referentes a direitos da personalidade, de poder, de estado ou de família, por exemplo.

Também temos princípios que devem ser observados na Arbitragem, suas regras não podem violar os bons costumes e a ordem pública, devendo ter fundamento nos princípios gerais do direito, nas regras internacionais de comércio e observar os usos e costumes. A sentença do árbitro deve respeitar os princípios do contraditório, da imparcialidade do árbitro, da igualdade entre as partes e do livre convencimento do árbitro.

5. AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO FACILITADORAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

No processo de desjudicialização no Brasil, sabemos que é muito importante que existam institutos para resolução de conflitos de maneira extrajudicial, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. No entanto, além das formas extrajudiciais de resolver conflitos, apresentadas anteriormente, as Serventias Extrajudiciais têm desenvolvido um papel essencial para o desafogamento do judiciário.

Muitos procedimentos que antigamente eram resolvidos apenas em Juízo, hoje em dia podemos resolver diretamente em tabelionatos de notas. Por exemplo, os tabelionatos realizam escrituras de divórcio e separação administrativos e, também, de inventário; em dias ou em semanas as pessoas conseguem ter sua situação resolvida de maneira rápida e eficaz, o que poderia levar meses para ser resolvido judicialmente. Então, diante dessa função importantíssima do notária na desjudicialização, discorreremos sobre a sua jurisdição.

Com o movimento da desjudicialização, a lei conferiu aos notários competências para intervir em atos de jurisdição voluntária, por exemplo na lavratura de escrituras públicas de inventário e partilha, divisão e confrontação de imóveis, e em separação e divórcio quando não há conflito de interesses e as partes estão em consenso, homologação do penhor legal etc. A jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária têm alguns pontos que nos permite diferenciá-las, por exemplo na jurisdição contenciosa temos: a existência de conflito de interesses, o estabelecimento de um rito processual relativamente rígido, observância de atos processuais típicos ou formais e a coisa julgada material.

A jurisdição voluntária se assemelha à função notarial, sendo atividade autônoma do Estado, tendo como característica a circunstância da atuação de uma função pública sobre relações ou interesses privados objetivando evitar ou precaver

[216] CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1993.

lesões a direitos ou à ordem jurídica, tanto a jurisdição voluntária quanto a função notarial são atividades de justiça ou segurança jurídica preventiva. Os procedimentos de jurisdição voluntária são classificados da seguinte maneira: intervenção do Estado na formação de sujeitos jurídicos; atos de integração da capacidade jurídica; intervenção na formação do estado das pessoas; atos de comércio jurídico; atos de publicidade de fatos; e arrecadação e tutela de bens.

Os atos de jurisdição voluntária mais relevantes que os tabeliões brasileiros realizam são: Separação e divórcio, restabelecimento da sociedade conjugal, inventário e partilha administrativa, escritura de nomeação de inventariante (fase inicial do inventário extrajudicial), o reconhecimento da condição jurídica do cônjuge sobrevivente nas escrituras de inventário e partilha, a verificação das provas de parentesco, a observação dos bens inventariados e sua declaração ao fisco, escritura de cessão dos direitos hereditários, homologação de penhor legal por notário.

Com essas atividades de jurisdição voluntária do notário, podemos perceber quantas atividades ele realiza que ajudam no processo de desjudicialização no Brasil, muitas atividades permitidas ao notário permitem com que menos casos consensuais se tornem ações judiciais e assim, aos poucos, ajuda a diminuir a “superlotação” de processos nos tribunais brasileiros.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça é parte de um dos direitos constitucionais que nós, brasileiros, temos. Conforme a Constituição Federal brasileira prevê, nós temos o direito ao acesso à justiça. Toda vez que um direito nosso for ferido, toda vez que necessitarmos que a justiça esteja presente em nossas vidas, em relações conflituosas ou não, nós temos a garantia de que teremos acesso a tal. Porém, o poder judiciário, visto como o órgão “efetivador” da justiça nos últimos anos sofreu, e sofre, com a alta demanda de ações ajuizadas. Muitas pessoas buscaram o judiciário para resolver seus conflitos, para ter acesso a seus direitos e isso resultou em tantos processos para serem julgados. Tantos processos acabaram resultando também na demora processual, por vezes absurda, não falamos de meses, mas sim de anos, para se ter uma decisão definitiva.

Com a alta procura pelo judiciário, com a enorme judicialização dos conflitos da sociedade, nos vimos diante da necessidade de iniciar um processo contrário, nos deparamos com a necessidade da chamada desjudicialização. E para tal, contamos com os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como os brevemente apresentados nesta pesquisa – mediação, conciliação e arbitragem – bem como, contamos com a jurisdição voluntária dos notários brasileiros.

As serventias extrajudiciais vêm atuando com suma importância para resolver questões que antigamente seriam realizadas apenas judicialmente, agindo de forma célere e eficaz, ajudando o poder judiciário a “desafogar”, ajudando os cidadãos a resolverem suas demandas e assim auxiliando e beneficiando a sociedade como um todo. Ao contrário do que boa parte da população pode pensar, os “cartórios” não servem para burocratizar as situações, mas com toda certeza eles auxiliam, e muito, os cidadãos a resolverem situações de forma célere e até mesmo mais simples do que se necessitassem recorrer ao judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13/03/2021.
BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 15/03/2021.
BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15/03/2021.
BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 15/03/2021.
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1993.
DEBS, Martha El. *Sistema multiportas – a mediação e a conciliação nos cartórios como instrumento de pacificação social e dignidade humana* / Martha El Debs, Renata El Debs, Thiago Silveira – 1 ed., Salvador: JusPODIVM, 2020.
GERHARDT, T. E. e SILVEIRA, D. T. *Métodos de pesquisa* / [coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social* - 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 175 e ss.
GUERRA, Willis; e outros. *O Fenômeno da Desjudicialização*. 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 25 ed., São Paulo: Saraia Jur, 2021.
LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de Direito Notarial – da atividade e dos documentos notariais*. 4 ed., Salvador: JusPODIVM, 2020.
MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de; BANDOS, Melissa F. Cavalcanti. *Negociação e Solução de Conflitos: do impasse ao ganha-ganha com o melhor estilo*. 2 ed., São Paulo: Gen, 2020.
SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 3 ed., São Paulo: Gen, 2019.
WIGELIUS, Anders. *O Ombudsman Sueco: Um Vigilante Real*. Disponível em <file:///C:/Users/bruna/Downloads/1910-Texto%20do%20Artigo-5080-1-10-20170612%20(1).pdf>. Acesso em 15/03/2020

CAPÍTULO 12

A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO CULTURAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CARÁTER ABSOLUTO OU RELATIVO DOS DIREITOS HUMANOS E A "PESAGEM HIPOTÉTICA" COMO UMA NOVA PROPOSTA DE SOLUÇÃO AO CONFLITO APARENTE

Bruno Henrique Sordera Ribeiro de Ávila

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são marcados pela historicidade, visto que se desenvolveram no decorrer da história e evoluíram com a própria sociedade. Assim, é fato que o estudo desse ramo do direito é difundido, ainda mais no pós-Segunda Guerra Mundial, quando a internacionalização dos direitos do homem foi concretizada.

Ao lado da internacionalização, dentre outras características, foi difundida a universalidade dos direitos humanos, pela qual se entende que basta ser pessoa humana para que a proteção à sua dignidade seja efetivada. Não há, em verdade, acepção de pessoas na concretização dos direitos humanos.

Considerando toda ideia e concretização da universalização e internacionalização dos direitos humanos, é certo que surgem questionamentos acerca de como convergir esse ideal com a autodeterminação dos povos e suas respectivas culturas.

Assim, questiona-se: até que ponto seria correto impor um molde universal de direitos humanos a toda e qualquer sociedade sem considerar seus aspectos individualizantes? Seria aceitável desconsiderar toda uma cultura, geralmente desenvolvidas por séculos, para se impor uma vontade global?

As respostas para esses questionamos não são simples e é necessário compreender até que ponto a cultura pode ser considerada para a concretização dos direitos humanos e, mais, se ela pode, em casos específicos, afastar a compreensão geral acerca do universalismo.

Esse artigo visa trazer à lume uma nova proposta de solução, qual seja, a análise acerca do caráter relativo ou absoluto dos direitos humanos para solucionar o conflito aparente, em uma teoria que se convencionou chamar de "pesagem hipotética".

2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS.

Os doutrinadores, após analisarem as espécies de direitos e formarem o gênero direitos humanos, partiram para uma nova fonte de estudos, qual seja: definir as características dos direitos do homem.

Sem pretensão de esgotar a matéria, visto que os estudos referentes às características dos direitos humanos são consideráveis e cada autor, em seu modo peculiar de análise, apontam atributos específicos, é oportuno destacar as principais características dessa espécie de direitos.

Não se pode falar em características dos direitos humanos sem mencionar a "Conferência Mundial sobre Direitos Humanos" realizada em Viena, Áustria, entre 14 e 25 de junho de 1993. Ao final dessa conferência, elaborou-se a "Declaração e Programa de Ação de Viena" (1993), por meio do qual os Estados signatários declararam que "*todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (...)*" (item I, 5).

Assim, com base nesse dispositivo, pode-se destacar três características específicas dos direitos humanos, a saber: a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência.

A doutrina, de outro lado, aprofundando o tema, destaca outras características, como a relatividade, essencialidade, inexauribilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, historicidade, dentre outras.

Inicialmente, pontua-se que as características da universalidade e relatividade serão analisadas em tópicos específicos, pois tratam da temática principal do presente artigo.

A indivisibilidade traduz a ideia de que não há subdivisões nos direitos humanos, isto é, todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, devido à sua essencialidade para a dignidade humana (RAMOS, 2014, p.84).

Enquanto que a universalidade trata os direitos humanos do ponto de vista subjetivo, a indivisibilidade os considera na concepção objetiva, quanto a impossibilidade de dividir ou dar tratamento diferenciado às diferentes espécies de direitos humanos.

De outro lado, a interdependência ou inter-relação identifica a ideia de que as espécies de direitos humanos, apesar de autônomas, são inter-relacionadas, ou seja, estão interligadas, cooperando entre si para cumprirem sua finalidade comum, qual seja: a tutela da dignidade da pessoa humana.

Essa característica faz com que todas as espécies de direitos humanos contribuam para a efetivação da dignidade da pessoa humana, *"[...] interagindo para a satisfação das necessidades essenciais do indivíduo, o que exige, novamente, a atenção integral a todos os direitos humanos"* (RAMOS, 2014, p.84).

A essencialidade dos direitos humanos, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p.37), é evidenciada por ter como conteúdo valores intrínsecos à dignidade humana, essenciais para uma vida digna.

No que se refere à inexauribilidade, também conhecida como não-taxatividade ou não-exaustividade, Ramos (2014, p. 87) e Mazzuoli (2018, p.38) apontam que se refere à impossibilidade de se instituir um rol taxativo de direitos humanos, pois sempre há a possibilidade de expansão e acréscimo de outros.

Os direitos humanos são forjados pela evolução histórica da própria sociedade, a evolução humana faz com que novos direitos sejam acrescidos ao catálogo fundamental. Com efeito, atualmente há direitos que seriam impensáveis há 100 anos, como a internet, biodireito, dentre outros, assim como é impossível se determinar que nos próximos anos não surgirão novas espécies de direitos.

Ainda, a imprescritibilidade, impenhorabilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade podem ser considerados em um mesmo grupo de característica e traduzem a ideia de que os direitos humanos não prescrevem, não podem ser penhorados, seus titulares não podem abdicar de tais direitos, assim como não podem transferi-los a terceiros. É o que Ramos (2014, p. 87) convencionou chamar de "*proteção de intangibilidade aos direitos tidos como essenciais a uma vida digna"*.

Por fim, Mazzuoli (2018, p.37) destaca que a historicidade indica que os direitos humanos são uma construção histórica, são direitos que vão surgindo ao longo do

tempo e se concretizando com o passar dele, notadamente após a segunda grande guerra.
Constata-se, pois, que as características atribuídas aos direitos humanos estão relacionadas, essencialmente, à concretização da dignidade da pessoa humana.

3. UNIVERSALIDADE "*VERSUS*" RELATIVISMO CULTURAL.

Destacadas as características principais dos direitos humanos, observou-se como premissa uma unificação humanitária da dignidade e a concretização do pensamento mundial pela tutela desse ramo específico do direito.
Partindo dessa premissa básica, não é difícil observar que a universalidade é, provavelmente, a característica mais marcante dos direitos humanos, geralmente a primeira mencionada por renomados autores internacionalistas/humanistas e provavelmente a característica mais difundida no entendimento social, até mesmo entre as pessoas leigas na temática.
Com efeito, a maioria das pessoas possui o entendimento pré-concebido de que os direitos humanos alcançam toda e qualquer pessoa humana, sem qualquer distinção de gênero, número ou grau, mesmo sem compreender que isso é exatamente o conceito da universalidade dos direitos humanos.
Há a espécie humana e para ela é conferida a dignidade, logo, toda pessoa humana faz jus à tutela dos direitos humanos.
Segundo Norberto Bobbio:
Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (BOBBIO, 2004, p. 19).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "*se todos os homens têm a mesma natureza e dignidade, todos devem gozar de tais direitos. Se a humanidade tem os mesmos valores, todos hão de ter os mesmos direitos*" (FERREIRA, 2009, p. 199).
Por sua vez, Lynn Hunt, em sua obra "A invenção dos direitos Humanos" traduzida por Rosaura Eichenberg, aponta que: *"[...] para que os direitos sejam direitos humanos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos*". (HUNT, 2009, p. 19).
A universalidade ganhou relevo com o processo de internacionalização dos direitos humanos, notadamente após as atrocidades cometidas pelo totalitarismo nazista. A visão de proteção dos direitos do homem deixa de ser local, voltada apenas para a proteção interna de cada Estado soberano, devido à sua insuficiência protetiva, e passa a ser internacional, notadamente após a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (RAMOS, 2014, p. 82/83).

Sobre essa declaração, Flávia Piovesan (2004, p.313) esclarece que ela foi inovadora ao inaugurar a ideia de universalidade dos direitos humanos, visto que "*a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos*".

Não é demais observar que, conforme analisado no item anterior, a universalidade é expressamente mencionada na "Declaração e Programa de Ação de Viena" (1993), elaborada na 2ª Conferência Mundial da ONU de direitos humanos.

Considerando toda ideia da universalização e internacionalização dos direitos humanos, é certo que surgem questionamentos acerca de como convergir esse ideal com a autodeterminação dos povos e suas respectivas culturas.

Assim, questiona-se: até que ponto seria correto impor um molde universal de direitos humanos a toda e qualquer sociedade sem considerar seus aspectos individualizantes? Seria aceitável desconsiderar toda uma cultura, geralmente desenvolvidas por séculos, para se impor uma vontade global?

As respostas para esses questionamentos não são simples e é necessário compreender até que ponto a cultura pode ser considerada para a concretização dos direitos humanos e, mais, se ela pode, em casos específicos, afastar a compreensão geral acerca do universalismo.

Iniciando o estudo dessa temática, oportuno trazer à baila os ensinamentos de Ferreira Filho (2009, p.199), para quem a "*cultura greco-romana-cristã"*, além de formar a base da sociedade ocidental, fundamentou a doutrina clássica da dignidade da pessoa humana, contudo, ela não é a única a ser considerada para a formação da dignidade humana, há outras culturas igualmente importantes.

Em seus ensinamentos, Boaventura de Souza Santos (2017, p. 09) acentua que diversas culturas tendem a elevar alguns valores máximos como os mais abrangentes em sua sociedade, porém, "*apenas a cultura ocidental tende a formula-los como universais*", sendo que, para ele, os pressupostos que formam o conceito de direitos humanos são "*tipicamente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade em outras culturas*".

Ainda, segundo o autor, a própria internacionalização dos direitos humanos evidencia a prevalência da cultura ocidental na firmação histórica dessa categoria de direitos. Em suas palavras:

A marca ocidental, ou melhor, ocidental-liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com única excepção do direito colectivo a auto-determinação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sabre os direitos econômicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade coma o primeiro e, durante muitos anos, único direito econômico (SANTOS, 1997, p. 10).

Ademais, conforme sustenta Renata Carvalho Dersié Luz (2017), na afirmação da dignidade da pessoa humana, a cultura ocidental predominou e, até mesmo, quis se impor ao resto do mundo, notadamente sobre a cultura oriental.

Impor a cultura ocidental para o resto do mundo beira à ideia de colonização, tão comum nos séculos passados, ou, conforme sustenta Ferreira Filho (2009, p.199) "*uma manifestação da pretendida superioridade 'ocidental'*".

Não há, em verdade, hierarquização entre as culturas civilizatórias existentes no mundo, mas todas formam um "mosaico humanístico" da própria espécie humana. Não se pode eleger uma em detrimento de outra.

Embora se possa falar em única espécie humana, é certo que ela é formada por inúmeras e diferentes cargas culturais, tendo, cada qual, sua própria forma de pensar nos direitos essenciais à dignidade da pessoa humana (FERREIRA FILHO, 2009, p. 200).

Não se pode, portanto, estabelecer direitos baseados unicamente em uma cultura sem considerar a relevância de outras culturas espalhadas pelo globo, todas com uma forma peculiar de enxergar a dignidade da pessoa humana.

É nesse ponto que, para alguns, a tese do relativismo cultural aparece.

Para essa teoria, os direitos humanos mudam de acordo com a região, religião, contexto social, dentre outros aspectos culturais. Ou seja, o contexto cultural de cada povo poderia moldar os direitos humanos, adequando-os à sua própria cultura, sem que houvesse a imposição de direitos globalmente estabelecidos, notadamente aqueles prevalentes na cultura ocidental.

Conforme ensina Flávia Piovesan, citada em artigo desenvolvido por Hendilly Figueiredo Sousa e Ronny Cesar Camilo Mota, para os que defendem o relativismo, a própria história humana está marcada pela pluralidade de culturas, logo não haveria uma moralidade comum a todos os povos (PIOVESAN, 2019, *apud* SOUSA, MOTA, 2020).

Já Maria Ferreira da Silva e Erick Wilson Pereira (2013, p. 11) esclarecem que, para os relativistas, "*não há possibilidade de se estabelecer um padrão universal de direitos, devendo-se, sim, respeitar a diversidade cultural que impõe posicionamentos divergentes diante de questões elementares à vida do ser humano*".

Há, evidentemente, um conflito entre os valores fundamentais dos universalistas e dos relativistas, pois, se por um lado os direitos humanos devem ser observados, protegidos e assegurados a todos os seres humanos, por outro lado, a cultura de uma sociedade também precisa ser preservada, em nome dos valores da autodeterminação dos povos, da não intervenção e respeito mútuo.

Segundo Rafael Barretto (2018, p. 37), esse conflito aparente ocorre pelo fato de não haver como se firmar uma sociedade universal com cultura única.

É certo que no campo normativo internacional, a ideia relativista tem sido rechaçada pelos pactos e convenções de direitos humanos, prevalecendo a visão universalista dos direitos do homem. Cite-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).

Dentre os estudiosos, igualmente, o relativismo cultural tende a ser afastado, sob o fundamento de que tal ideal busca apenas legitimar práticas contrárias à proteção dos direitos humanos. Cite-se, como exemplo, os ensinamentos de Janusz Symonides (2003), para quem:

A aceitação da ideia de que as pessoas que pertencem a uma cultura não devem julgar as políticas e os valores de outras culturas e de que nenhum sistema de valores comuns pode existir, e não existe, na verdade corrói a base da idéia de comunidade internacional e de "família humana". Estas não podem funcionar sem a existência de normas que lhes permitam julgar o que é certo ou errado, o que é bom ou ruim (SYMONIDES, 2003, p.55).

Da mesma forma, Edna Raquel R. S. Hogemann (2003) sustenta que o relativismo pode levar à preservação de práticas consideradas imorais, baseadas, por exemplo, na discriminação e a dominação de uma categoria de pessoas sobre as outras, sendo que, para a autora, deve ser preservado os critérios universalista dos direitos humanos para a proteção da pessoa humana.

Compreende-se, à esteira dos renomados autores até aqui citados e respeitando as opiniões diversas, que a tese do relativismo cultural não seria a melhor solução para um possível diálogo entre a questão cultural e o universalismo.

Não se desconhece que os direitos humanos são, em regra, relativos (característica da relatividade), porém, não se pode estabelecer de forma teórica e abstrata que a cultura pode relativizar os direitos humanos.

A adoção de um relativismo cultural em abstrato faz com que haja uma prévia justificação de condutas humanas sem ser possível analisar o caso concreto e até que ponto a conduta realmente é justificável. Tal premissa afronta o próprio conceito da característica da relatividade dos direitos humanos, sendo que, para esta, é necessária a análise do caso concreto e os conflitos nele existentes.

A adoção desenfreada do relativismo cultural, pelo qual as práticas culturais sempre acarretam a relativização dos direitos humanos, pode ser perigoso, pois, qualquer que afronte um determinado direito poderá alegar que a prática cultural lhe justifica, visando afastar eventual responsabilização local ou internacional.

É por isso que se defende a adoção de uma nova teoria, visando evitar exageros na utilização sem medida do relativismo cultural, sem deixar de lado a importância cultural e a autodeterminação dos povos frente à universalidade dos direitos humanos.

4. ABSOLUTIVIDADE OU RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NA CONCEPÇÃO DE NORBERTO BOBBIO.

Por muito tempo se sustentou que os direitos humanos seriam absolutos e não haveria possibilidade alguma de restrições. Os adeptos de tal posicionamento, geralmente os jusnaturalistas, garantiam que tais direitos estavam no grau máximo de hierarquia do ordenamento jurídico e, assim sendo, não suportariam a possibilidade de limitações (BOBBIO, 2004, p. 38).

Contudo, conforme os entendimentos doutrinários foram sendo desenvolvidos, passou-se a perceber que os direitos humanos não seriam absolutos, mas sim relativos (característica da relatividade), possibilitando eventuais limitações.

O filósofo Norberto Bobbio (2004, p. 12) aponta que "*não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos [...]*". Nas palavras do autor:

[...] dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. [...]. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para de fender posições conservadoras (BOBBIO, 2004, p.14).

O autor continua ensinando que, apesar da irradiação e a afirmação internacional dos direitos humanos, ao contrário do que parece, os direitos do homem não são absolutos, pois há direitos concorrentes entre si, visto que seria "*uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa*", visto que essa delimitação "*é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas*" (BOBBIO, 2004, p. 24).
Para o filósofo, o "*valor absoluto*" dos direitos humanos seria verificado apenas na rara situação na qual existam "*direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais*" (BOBBIO, 2004, p. 24).
Assim, para que um direito humano seja considerado absoluto não deve haver nenhum outro direito igualmente fundamental que o torne relativo. Nas palavras do autor:
"[...] é preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas [...]. Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante (BOBBIO, 2004, p.24).

Nesse contexto geral, o autor aponta que podem ser elencados dois direitos revestidos de caráter absoluto, contra os quais não seria possível arguir qualquer outro direito, são eles: "*o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado*" (BOBBIO, 2004, p. 24).
Como dito acima, a regra da relatividade dos direitos humanos só é excepcionada quando se está diante de um direito contra o qual nenhum outro pode ser alegado para sua limitação.
Portanto, os direitos de não ser escravizado e não ser torturado só poderiam ser relativizados se houvesse licitamente o direito de torturar e o direito de possuir escravos. Como esse direito não existe, já que esta ação: "*[...] é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção e universalmente condenada*" (BOBBIO, 2004, p. 24), pode-se afirmar que os primeiros são absolutos.
Assim, como tais situações são extremamente raras e específicas, afinal é citado pelo autor apenas duas situações em que direitos podem ser considerados absolutos, é possível confirmar a relatividade como regra dos direitos humanos.
Ao se afirmar a relatividade dos direitos humanos é possível visualizar que os direitos que se qualifiquem como tais podem entrar em conflitos entre si e, no caso concreto, ser restringíveis, um pelo outro, na medida do sopesamento operado pelo intérprete, já que "*a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente*" (BOBBIO, 2004, p.24).
Portanto, à exceção dos direitos de não ser escravizado e de não ser torturado (que são absolutos), todos os demais direitos podem ser considerados relativos, logo, passíveis de restrições e limitações no caso concreto.

5. PROPOSTA DE SOLUÇÃO: A "PESAGEM HIPOTÉTICA"

Convém ressaltar, logo de início, que os mesmos autores que defendem a universalidade dos direitos humanos, também reconhecem a importância da cultura na afirmação dos direitos humanos.
Cite-se por exemplo Janusz Symonides (2003), que admite:

A diversidade e a pluralidade cultural são fatores positivos que conduzem ao diálogo intercultural. No mundo moderno, as culturas não estão isoladas. Elas interagem de modo pacífico e influenciam-se mutuamente. A dinâmica intercultural tem lugar nos processos contemporâneos de globalização que levam, não sem tensão, ao surgimento, à consolidação ou reformulação de valores éticos e culturais específicos, comuns às várias áreas culturais. Qualquer cultura relacionada ou comparada a outras culturas pode encontrar suas próprias idiossincrasias e peculiaridades, seus pontos fortes e fracos (SYMONIDES, 2003, p. 56).

Considerando que a cultura de cada povo é assegurada pelo princípio da autodeterminação dos povos, é certo que ela influencia a afirmação dos direitos humanos e a concretização da tutela da dignidade humana.

É necessário, porém, haver um diálogo entre a universalidade e a questão cultural sem que se adote as correntes universalistas ou relativistas de forma absoluta, uma sem considerar a outra. Assim, propõe-se uma nova teoria para compatibilizar as diferentes culturas espalhadas pelo globo com a universalidade dos direitos humanos.

Como visto acima, é possível considerar que os direitos humanos, em regra, são relativos, havendo apenas duas situações específicas que poderiam conferir a eles o caráter absoluto (não ser escravizado e não ser torturado).

Partindo da premissa de que os direitos humanos são relativos, é possível concluir que eles podem sofrer limitações e restrições de acordo ao caso concreto.

É neste ponto, caso concreto, que a proposta de solução apresentada neste artigo se desenvolve, pois, em tese, seria possível considerar nesse caso concreto uma sociedade específica, uma cultura especializada ou até mesmo circunstâncias morais e sociais de uma civilização.

Não é difícil concluir que, teleologicamente falando, os direitos humanos têm por finalidade a tutela da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, como já afirmado anteriormente, cada cultura pode ter o seu próprio modo de pensar, consagrar e concretizar a dignidade humana e, nem por isso e por si só, se torna uma sociedade que afronta as diretrizes básicas de tutela dos direitos do homem.

Neste ponto, a teoria da relativização dos direitos humanos permitiria a utilização de uma "balança hipotética" para "pesar" tanto a universalidade, como a cultura local, sem adotar uma teoria de forma absoluta em detrimento da outra, pois tudo seria analisado de acordo ao caso concreto apresentado.

Basicamente o que se propõe é a análise do caso concreto à luz da relativização dos direitos humanos para concluir se uma determinada prática cultural fere ou não a tutela dos direitos humanos.

Com efeito, partindo-se da premissa que apenas os direitos de não ser escravizado e não ser torturado são direitos humanos absolutos, compreende-se que todas as práticas culturais que afrontem essa premissa poderiam ser consideradas *prima facie* como violadora dos direitos humanos e, de imediato, rechaçada pela comunidade internacional.

Nesse ponto, havendo afronta aos direitos consagrados como de caráter absoluto, não seria necessária a "pesagem" proposta, pois qualquer prática violadora a tais direitos, independentemente da comunidade, cultura, sociedade ou civilização, seria considerada atentatória à dignidade da pessoa humana e repelida de todas as formas juridicamente admissíveis.

Por outro lado, os direitos humanos concretizados no âmbito internacional que se revestem de caráter relativo (todos, à exceção dos acima destacados) poderiam ser analisados de acordo à cultura de cada povo, sociedade e civilização.
Com isso, no caso concreto, seria realizada uma espécie de "pesagem" entre os direitos, possibilitando a definição de qual deles seria tutelado e qual deles poderia ser mitigado.
Essa "pesagem" partiria da eleição do direito humano difundido na comunidade internacional aplicado ao caso e, em seguida, seria analisada a conduta cultural da comunidade local supostamente violadora do universalismo.
Assim, o direito humano internacional seria colocado em um dos pratos de uma "balança hipotética" e a conduta cultural questionada seria colocado no outro.
Na sequência, seriam analisados os valores envolvidos no caso concreto específico, como por exemplo o entendimento social e comunitário local acerca da dignidade da pessoa humana, a cultura ser ou não base principiológica da sociedade e, principalmente, qual seria o melhor interesse das pessoas, dos seres humanos atingidos pela mitigação ou afirmação de determinado direito frente a outro.
Tais valores, que evidentemente podem variar de acordo à situação ou circunstância analisada, seriam adicionados individualmente nos pratos dessa "balança hipotética" e, ao final, se obteria o resultado, que poderia pender a balança tanto para um lado, como para outro.
Ao final dessa "pesagem", seria possível obter o direito humano que deveria ser preservado e aquele que poderia ser mitigado, ou seja, se seria concretizado o direito comunitário internacional ou se seria preservada determinada prática cultural de uma sociedade específica.
Note-se que o resultado obtido em um determinado caso poderá não ser o mesmo que em outro caso a ser futuramente analisado, porque tudo dependerá da situação fática apresentada para a análise e os valores adicionados nessa "pesagem".
Essa "pesagem hipotética" defendida poderia ser realizada pelos doutrinadores, juristas, pelos organismos internacionais e até mesmo pela própria comunidade local. Haveria, assim, uma democratização nessa análise.
Entende-se que como se está tratando dos direitos da pessoa humana, sendo ela a destinatária da dignidade, deve ser ela colocada no ponto principal de análise entre o universalismo e a cultura.
Não se pode estipular uma moldura fixa, estabelecida em tese e de forma teórica, sem analisar a situação concreta apresentada.
Pode ser, por exemplo, que determinada prática cultural não seja vista com bons olhos pela comunidade internacional, porém, por estar tão arraigada em uma sociedade, sua retirada, considerando friamente o universalismo, faria com que essa comunidade perdesse totalmente sua identidade, afrontando, sem dúvida, o princípio da autodeterminação dos povos[217].

[217] Sobre a autodeterminação dos povos, Norberto Bobbio traz interessante reflexão: "*Portanto, torna-se evidente que, ao lado da afirmação dos direitos de cada homem, aos quais se refere de modo exclusivo a Declaração Universal, tornou-se agora madura — através do processo de descolonização e da tomada de consciência dos novos valores que ele expressa — a exigência de afirmar direitos fundamentais dos povos, que não estão necessariamente incluídos nos primeiros. Chegou-se ao ponto de acolher o princípio de autodeterminação dos povos como primeiro princípio, ou princípio dos princípios, nos últimos e mais importantes documentos relativos aos direitos do homem, aprovados pelas Nações Unidas. O Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Pacto sobre os direitos civis e políticos, ambos adotados pela*

No exemplo citado, caso o direito humano internacional discutido fosse relativo e fosse realizada a "pesagem hipotética" sugerida, ao final dessa análise, seria possível concluir que a prática cultural poderia prevalecer, pratica cultural que poderia ser sumariamente rechaçada caso fosse analisada apenas à luz do universalismo.

Oportuno deixar claro que não se está defendendo que as práticas culturais possam de forma abstrata, teórica e definitiva relativizar os direitos humanos (pensamento relativista cultural absoluto).

Muito pelo contrário, o que se está defendendo é a utilização de um novo mecanismo de análise, para o caso dos direitos humanos relativos (e só para esses), tendo sempre em vista o caso concreto.

Pela tese defendida, apenas as práticas culturais violadoras dos direitos humanos absolutos (não ser escravizado e não ser torturado) seriam consideradas de pronto rechaçadas.

Quando se falar, porém, em direitos humanos relativos, deve ser analisado o caso concreto e realizar a "pesagem hipotética" proposta. Veja-se que não há como definir, de pronto, qual direito deverá ser preservado ou qual será mitigado. O resultado será possível apenas após a conclusão da pesagem e poderá ser diferente de acordo à situação fática analisada e aos valores envolvidos.

Esse resultado tanto poderá ser pela preservação da prática cultural, como poderá ser pela vitória do universalismo, não havendo soluções em tese, mas soluções concretas.

Nesse ponto, nota-se a diferença da tese defendida nesse artigo com o relativismo cultural puro. Para este, todas as práticas culturais seriam hábeis a relativizar os direitos humanos, já para a tese defendida nesse artigo, deveria ser analisado o caso concreto, partindo-se do pressuposto que os direitos humanos são relativos por natureza e, de acordo à situação fática, se determinar qual direito prevalecerá (se o direito defendido pelo universalismo ou se a prática cultural).

Em outras palavras, enquanto que o relativismo cultural parte da premissa que a cultura deve relativizar os direitos humanos, a tese da "pesagem hipotética", aqui defendida, parte do pressuposto que todos os direitos humanos, à exceção dos dois já citados, são naturalmente relativos e, por isso, deve ser analisado de acordo aos valores discutidos no caso concreto.

Com isso, a análise, ao nosso entender, deixaria de ser fria e teórica e passaria a ser concreta, analisando as circunstâncias fáticas da situação apresentada, não se definindo, de pronto, teorias absolutas a serem aplicadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a universalidade propõe que os direitos humanos são extensíveis à todas as pessoas sem qualquer acepção, sendo que muitos propõem a universalidade em detrimento total da cultura local e a autodeterminação dos povos. Visando contrapor a esse universalismo absoluto, surgiu a tese relativista cultural, para a qual a cultura local relativizaria os direitos humanos.

Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, começam assim: "Todos os povos têm o direito à autodeterminação"; e prossegue: "*Em virtude desse direito, eles decidem livremente sobre seu estatuto político e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, sócio cultural". O art. 3º de ambos os pactos, reiterando, afirma que "os Estados (...) devem promover a realização do direito à autodeterminação dos povos*". (BOBBIO, 2004, p. 21/22).

É certo que há casos específicos em que haverá um conflito aparente entre os direitos humanos internacionalmente difundidos e a cultura local de cada sociedade, devendo haver um ponto de equilíbrio, uma solução para este conflito.

Nesse ponto, percebeu-se que não há como impor uma "cultura universal" para defender os direitos humanos, pois, em verdade, não há hierarquização entre as diversas culturas existentes, sendo que cada qual possui sua própria visão e forma de concretização da dignidade. Também se percebeu que não se pode considerar o relativismo cultural como única solução para o conflito, pois há o risco de se legitimar práticas violadoras de direitos de forma teórica, sem análise do caso concreto.

Assim, propôs-se um novo mecanismo de solução ao conflito entre a universalidade dos direitos humanos e a cultura local de uma determinada comunidade, sociedade ou civilização, nomeada de "pesagem hipotética".

A "pesagem hipotética" leva em conta o caráter relativo ou absoluto dos direitos humanos, para então ser analisado o caso concreto, apenas nas hipóteses em que os direitos humanos são considerados relativos.

Constatou-se que a relatividade é analisada em um momento anterior à cultura, ou seja, inicialmente se analisaria se os direitos humanos são de caráter absoluto ou relativo. Se absolutos (direitos de não ser escravizado ou torturado), todas as práticas culturais que afrontassem esses direitos deveriam ser rechaçadas de imediato. Porém, se os direitos forem relativos (regra dos direitos humanos), passaria então à tese da "pesagem hipotética" sugerida.

Basicamente, como se sustentou, em uma "balança hipotética", o direito humano internacional seria colocado em um dos pratos e a conduta cultural questionada seria colocado no outro. Após seriam adicionados os valores que envolvessem o caso concreto. Ao final dessa "pesagem", seria possível obter o direito humano que deveria ser preservado e aquele que poderia ser mitigado, concretizando o direito comunitário internacional ou preservando determinada prática cultural.

Observou-se que essa proposta de solução se diferencia do relativismo cultural puro, visto que ele partiria da premissa de que a cultura deve relativizar os direitos humanos, enquanto a tese da "pesagem hipotética", parte do pressuposto que todos os direitos humanos, à exceção dos dois já citados, são naturalmente relativos e, por isso, devem ser analisados de acordo aos valores discutidos no caso concreto.

Com essa nova tese sugerida, se privilegia a análise do caso concreto, com todas as circunstancias fáticas apresentadas, afastando-se das soluções teóricas e abstratas, sem que se defina, de pronto, teorias absolutas a serem aplicadas.

Assim, a proposta visou compatibilizar a universalidade dos direitos humanos, sem dúvida consagrada, com a questão cultural, visando alcançar um equilíbrio na proteção da dignidade da pessoa humana, na qual também se encontra a autodeterminação dos povos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Rafael. *Direitos Humanos*. 8ª edição, rev. ampl. Atual. 2018. JusPodvm

BENVENUTO, Jayme. *Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente*. 2015. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ln/a/WGjbmyCkWMjsKrNhCC8pJsK/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 10/06/2021.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. Título original: L'età dei Diritti.

DECLARAÇÃO e programa de ação de Viena = VIENNA Declaration and Programme of Action. 25 junho 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 30/05/2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª Edição, revista e aumentada. 2009. São Paulo: Sariva.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *Direitos humanos: Sobre a universalidade rumo aos Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/dh_univ.htm#5>. Acesso em 25/06/2021.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história.* Tradução de Rosaura Eichenberg — São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Título original: Invcnting human rights: a history.

LUZ, Renata Carvalho Dersié. *Direitos humanos, o confronto entre o universalismo e o relativismo cultural*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-o-confronto-entre-o-universalismo-e-o-relativismo-cultural/>. Acesso em 11/06/2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional*. *In* SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Direitos humanos no cotidiano jurídico. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004. 460 p. (Série Estudos n. 14)

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos* – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. *In* Revista Crítica de Ciências Culturais Sociais nº 48, 1997. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 30/05/2021.

SILVA, Marília Ferreira da; PEREIRA, Erick Wilson. *Universalismo x Relativismo: Um entrave cultural ao projeto de humanização social*. – disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>. Acesso em 12/06/2021.

SOUSA, Hendilly Figueiredo, MOTA. Ronny Cesar Camilo. *Direito à vida e à proteção cultural: um confronto de direitos humanos no universo da Etnia Kamaiurá*. *In* Direitos humanos e fundamentais / Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira, Larissa Borsato, Sergio de Souza Salles e Thais Jeronimo Vidal (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. v. 1; 964 p.

SYMONIDES, Janusz. *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios* – Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

CAPÍTULO 13

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PANDEMIA PELA COVID 19 NO BRASIL: violação ao Princípio do Mínimo Existencial e limites do retrocesso social

Carolina Caran Duque

1) DOS DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTALIDADE, APLICABILIDADE, EFICÁCIA E EXIGIBILIDADE

Os direitos sociais, também chamados por alguns autores de direitos econômicos e culturais, considerando-se não apenas o ordenamento pátrio, mas também pactos internacionais de direitos humanos, são nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet "patrimônio jurídico comum da humanidade" (ROTHENBURG, 2019. p. 09). Com a Constituição de 1988, os direitos sociais ganharam maior importância, não apenas por surgirem de forma expressa no início do texto constitucional, "mas também "pelo grau de amplitude e especificidade" de muitos deles. Ademais, o próprio preâmbulo da Carta Maior demonstra a intenção do Constituinte Originário de "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" (MARTINS, 2020, p. 942).

Sobre a sua fundamentalidade, formalmente falando, estão previstos no título II, denominado "Direitos e Garantias Fundamentais". Ainda que não estivessem expressamente previstos como tais, como acontece na Constituição alemã, não seria possível negar a fundamentalidade de tais direitos, uma vez que uma interpretação adequada do princípio da dignidade humana deve compreender uma "composição analítica de todos os direitos que, no programa da Constituição, garantem a vida boa para a pessoa humana." (MELLO, 2004, p. 140) Assim, os direitos sociais são formal e materialmente fundamentais (MARTINS, 2020, p. 946).

Ademais, sua importância é ainda exacerbada em sociedades com desigualdades profundas nas quais existe um grande grupo de pessoas em situações de vulnerabilidade, como a brasileira. Os também chamados de direito de segunda dimensão ou geração são considerados equivalentes a direitos prestacionais, tendo como característica mais evidente a exigência de atuação de outro sujeito que não o titular para sua efetivação, ainda que não exclua direitos de defesa (ROTHENBURG , 2019, p. 42-43).

No tocante à sua aplicabilidade e eficácia, a doutrina reconhece a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais, entre eles os direitos fundamentais sociais, quais sejam, a perspectiva objetiva, na qual os direitos são relacionados aos objetivos fundamentais da comunidade; e a perspectiva subjetiva, em que eles correspondem a direitos subjetivos individualmente desfrutáveis. (CLÈVE, 2003. p. 23)

Objetivamente falando, os direitos fundamentais formam um conjunto de valores constitucionais que servem de diretriz para os três poderes, bem como para interpretação dos demais ramos do direito. A esse fenômeno dá-se o nome de "eficácia irradiante dos direitos fundamentais."
Para Ingo Sarlet (2018) que trata da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais de modo que os direitos fundamentais representariam a ordem de valores vigentes na sociedade:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. (SARLET, 2018, p. 160)

Nesse sentido também é a função hermenêutica conferida por Walter Claudius Rothenburg, segundo a qual os direitos fundamentais seriam um norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico (ROTHENBURG, 2019, p. 152-153).
No tocante à aplicabilidade, nas palavras de Flávio Martins, "norma programática é a norma constitucional que determina um programa de atuação para o Estado". (MARTINS, 2020, p. 322). Limitam-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos órgãos do executivo, legislativo e judiciário, visando à concretização dos fins sociais do Estado. Não se trata de normas desprovidas de eficácia e ainda, segundo José Afonso da Silva (2003, p. 150-151), o fato de dependerem de providencias das instituições para sua efetividade, sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional ao poder público. Por outro lado, a mera previsão dos direitos sociais no texto da Constituição, ainda que prevendo a criação de um "um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza", não são suficientes para impedir o déficit da efetividade dos direitos sociais. (SARLET, 2008)

2) DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme se entende os direitos sociais como parte de um "modelo normativo de regras e princípios", tal como todos os direitos fundamentais, eles não são absolutos. Tais direitos estão sujeitos à relativizações seja através de leis que visem a buscar a concretização de previsões genéricas, seja através de atos administrativos que limitem o exercício dessas prerrogativas. Os direitos fundamentais possuem duas espécies de limites: limites internos ou externos.
Os limites internos, também conhecidos como limites imanentes, são aqueles contidos dentro do próprio direito fundamental. Para Canotilho, tais limites seriam aqueles presentes dentro da própria constituição, impostos por outros direitos fundamentais. Para o autor português, os limites imanentes seria a "ponderação de princípios jurídico-constitucionais" num caso concreto. Outra posição defende que seriam limites existentes na própria natureza do direito. (MARTINS, 2020, p. 688-689)

Sobre os limites externos seriam as limitações aos direitos fundamentais realizadas por outros direitos fundamentais ou pela lei infraconstitucional. Tal teoria faz a distinção entre direitos fundamentais e restrições a estes direitos, como coisas distintas e entre as quais existe uma relação de restrição que surge de "uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como também os direitos individuais e os bens coletivos". (ALEXY, 1999, p. 268)

De acordo com essa teoria, ocorrendo uma colisão de princípios ou bens jurídicos, as restrições aos direitos fundamentais, como espécie jurídica distinta, serão apreciadas no caso concreto, seja pelo judiciário, seja pelo legislador, o que lhe concede o mérito de que exista uma "possibilidade de controle da atividade interventora dos poderes constituídos no âmbito normativo dos direitos fundamentais" (OLSEN, 2006, p. 135-136), estando sujeitos ao controle de legitimidade e aos próprios limites impostos pela norma Constitucional, o que resultaria numa melhor atuação do poder público em relação aos direitos fundamentais sociais na prática por fornecer critérios mais objetivos.

Admite-se a limitação dos direitos fundamentais no sentido de sopesar a coexistência dos próprios direitos fundamentais e outros bens jurídicos que sejam essenciais para a coletividade e a dignidade humana. Em suma, os direitos fundamentais não são absolutos, e só produzem um sistema constitucional congruente caso se admita que possam ser limitados.

3) DOS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se admitir que os direitos fundamentais não sejam absolutos e podem ser limitados, imperioso se faz concluir qual o limite para essa restrição. Ou seja, quais os limites dos limites? (MARTINS, 2020). Todos os Três Poderes podem praticar atos que reduzam a eficácia os direitos fundamentais, seja pela adição de leis ou medidas provisórias, seja através da prática de atos administrativos ou ainda através de decisões judiciais. Em todos os casos é necessário observar se se trata de uma limitação legítima e constitucional ou se estamos diante de uma violação dos mesmos uma vez que tais conteúdos estão previstos de forma abstrata na Constituição e cabe a seus intérpretes observar as medidas para que os mesmos sejam efetivados.

Como critério de aplicação das normas constitucionais, e especialmente, das normas de direitos fundamentais sociais, é preciso destacar a proporcionalidade como o elemento capaz de trazer objetividade à sua aplicação. Essa ponderação é informada pelo princípio da proporcionalidade e suas consequências, a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. (MARTINS, 2020, p. 950). Alguns autores apontam também o princípio do melhor meio e da menor restrição possível. (OLSEN, 2006, p. 74)

Para se verificar se um limite a direito fundamental é constitucional ou legítimos, utilizando-se os parâmetros da proporcionalidade, deve-se observar se, no caso concreto, houve a ocorrência de três requisitos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No tocante à adequação, trata-se de analisar se a medida atingiu os fins para os quais foi criada, é uma relação de causa e efeito. Em relação à necessidade, é preciso verificar se o meio menos gravoso aos direitos fundamentais foi aplicado. Trata-se de uma análise comparativa na qual se observa se havia outra forma de alcançar o resultado pretendido que teria sido menos danoso ao

direito fundamental afetado. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, diz respeito à contraposição dos bens e direitos em conflito stricto sensu. Deve-se promover uma ponderação dos bens jurídicos contrapostos de forma que quanto mais severamente for atingido um direito fundamental, maior deve ser a importância do direito fundamental em oposição. (MARTINS, 2020)

O princípio da proporcionalidade apresenta ainda dois outros aspectos, segundo o Tribunal Constitucional Alemão e também adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, quais seja, a proibição do excesso e a proibição de insuficiência. Como proibição do excesso, a proporcionalidade assume um viés negativo, de proteção do indivíduo contra os atos estatais, ou seja, o Estado não pode restringir direitos fundamentais de forma excessiva. A proporcionalidade possui também um aspecto positivo, de proteção de uma exigência mínima de atuação estatal a fim de atender as necessidades dos indivíduos, chamada de proibição da insuficiência. Se, por um lado, a intervenção do Estado nos direitos fundamentais não pode ser excessiva ou demasiada, por outro lado, em relação a normas de natureza prestacional, não pode o Poder Público agir de forma insuficiente, a ponto de tornar eficaz a própria norma constitucional. (MARTINS, 2020, p. 414)

A questão sobre o núcleo essencial e irredutível dos direitos fundamentais surge como uma das maneiras de preservar um conteúdo mínimo que esteja fora do alcance do legislador ou do intérprete da norma. Para Ana Maria D'Ávila Lopes (2004, p. 7), "a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais." Trata-se da garantia do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

Verificamos que existem quatro teorias que se propõem a identificar o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais. Para a teoria objetiva, o objeto protegido do núcleo essencial é a norma jurídica e não o direito subjetivo, que poderia ser suprimido em caso concreto, desde que a norma jurídica permaneça válida. Nesse sentido, o núcleo essencial é baseado na importância desse objeto para a sociedade. (MARTINS, 2020, p. 257) Em relação à teoria subjetiva, o objeto protegido é o direito subjetivo do indivíduo. Dessa forma, a restrição é analisada sob o ponto de vista do indivíduo e não da coletividade. Ou seja, o direito fundamental é analisado em relação ao seu titular. (OLSEN, 2006)

A teoria absoluta defende que o núcleo intangível do direito fundamental não pode, em nenhum contexto, ser ferido, nem mesmo considerando-se o conceito da proporcionalidade. Esse núcleo será encontrado através da análise abstrata da norma, não se utilizando um caso concreto. (MARTINS, 2020, p. 258) Já em relação à teoria relativa, a identificação do núcleo se dá "como fruto da técnica de ponderação, de modo que seu âmbito poderá ser mais ou menos elástico, dependendo do caso e do peso dos demais princípios, bens jurídicos ou valores em conflito." (OLSEN, 2006, p. 158). No presente trabalho, adotamos a teoria relativa.

4) TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Surgida na Alemanha, na década de 70, a reserva do possível "consiste nos limites fáticos e jurídicos que impedem a realização de um direito fundamental". (MARTINS, 2020, p. 944). Flávio Martins (2020) e Ana Carolina Lopes Olsen (2006) entendem não se tratar

de um mandamento constitucional implícito, mas situações de fato que afetam a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais sociais. Parte da doutrina brasileira, minoritária, entende que seria um limite imanente dos direitos sociais, ou seja, conforme discorremos anteriormente, seria uma limitação oriunda da própria natureza do direito. Prevalece, porém, que a reserva do possível é uma limitação externa aos direitos fundamentais sociais.

Assim entende Flávio Martins (2020), com o que concordamos:

considerar a reserva do possível como um limite imanente dos direitos sociais tem o condão de enfraquecer a tutela jurídica de tais direitos, na medida que só seriam fundamentais os aspectos do direito que o Estado teria a possibilidade orçamentária de cumprir. O que não está no orçamento, não seria fundamental. Tal posicionamento, de fato, enfraqueceria a força normativa dos direitos fundamentais [...]. (MARTINS, 2020, p. 186)

Para o doutrinador, que defende a posição adotada por Luis Fernando Sgarbossa, uma posição intermediária seria a ideal. A reserva do possível pode ser uma limitação imanente ou uma limitação externa, variando conforme a hipótese fática. Se a escassez advir de uma situação fática concreta, de natureza econômica devidamente demonstrada, será um limite ao direito fundamental. Ao passo que se a ausência de recursos for ficta, decorrente de uma escolha jurídica ou política, estaríamos enfrentando uma restrição ao mesmo direito. (MARTINS, 2020, p. 189-190)

Ana Carolina Lopes propõe a seguinte classificação da reserva do possível: a) o logicamente possível, ou seja, a realidade em si, não se podendo demandar do poder público o absurdo; b) a disponibilidade de recursos materiais, que pode ser fática ou jurídica. (MARTINS, 2020, p. 216)

Flávio Martins (2020) assim sintetizou: quanto à modalidade da reserva do possível por limitação fática, decorrente da escassez real ou econômica, a mesma se configura como um limite imanente dos direitos fundamentais sociais, uma vez que tal situação se encontra fora da possibilidade de se alterar por comando humano ou determinação normativa. Trata-se de um resultado lógico, incontrolável. Enquadrar-se-ia nessa modalidade a impossibilidade de ofertar um remédio que não existe. Em relação à modalidade de reserva do possível por limitação jurídica, os recursos econômicos faticamente existem, mas são alocados em determinados setores pelos poderes constituídos, o que impõe o não atendimento de outras necessidades. Trata-se de uma escolha da Administração Pública, configurando-se como limitação externa. Tais escolhas foram denominadas por Guido Calabresi e Philip Bobbit de “escolhas trágicas”. Assim, ao considerarmos que a teoria da reserva do possível é uma limitação ao direito fundamental social, é necessário estabelecer seus limites.

Muito embora os direitos fundamentais sociais decorrem da busca da satisfação das necessidades humanas e sejam essenciais para a vida com dignidade e devessem ser efetivados “independentemente da provisão do mercado” a normatização constitucional desses direitos não foi suficiente para garantir sua exigibilidade, pois a eles se opõem dificuldades de ordem teórica e de natureza técnico jurídica. Sua efetivação foi ainda mais prejudicada com a aplicação da teoria da reserva do possível, “a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos”. (OLSEN, 2006, p. 336-337)

Assim, muito autores se debruçam sobre o tema do mínimo existencial dos direitos sociais como forma de encontrar soluções para a questão do que se pode razoavelmente exigir do Estado para a satisfação dos direitos sociais fundamentais. George Marmelstein aponta que mesmo países liberais, que não incluem direitos sociais em seu rol de direitos fundamentais, entendem que o estado deve assegurar aos seus cidadãos, ao menos condições mínimas para uma existência digna. (MARTINS, 2020, p. 951)

A autora Ana Paula de Barcellos (2002) esquadrinhou o tema do mínimo existencial nas teorias desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, teóricos de justiça social. Para Rawls, a justiça equitativa advém da busca de um ideal de justiça que possa, de alguma maneira, neutralizar as contingências, circunstâncias sociais e biológicas que confiram vantagem ou desvantagem ao indivíduo, as quais seriam arbitrárias de um ponto de vista moral. Assim, regras de convivência devem ser estabelecidas de forma que todos iguais condições de participar da vida em sociedade, garantida uma inviolabilidade pessoal mínima que permita o livre desenvolvimento de sua personalidade e o maior bem-estar possível. O mínimo existencial então, seria o requisito de sua teoria político liberal, no sentido que de garantir um conjunto mínimo de condições materiais capaz de assegurar a equidade. (BARCELLOS, 2002)

Flávio Martins identifica que o mínimo existencial possui dois desdobramentos: um mínimo fisiológico, ou seja, "condições materiais mínimas para uma vida digna (sendo esse o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial"), fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, e um mínimo existencial sociocultural, a fim de assegurar sua inserção "em razão de uma igualdade real", na sociedade, fundamentado pelo princípio do Estado Social e no conteúdo material do princípio da igualdade. Assim, o mínimo de existência fisiológica e sobrevivência digna, como alimentação, vestuários, cuidado com a saúde e abrigo, é um "corolário do direito à vida", previsto no art. 5º caput, da Constituição Federal, configurando um mínimo vital, contido no mínimo existencial e com ele não se confundindo. (MARTINS, 2020, p. 953-954)

No tocante aos direitos fundamentais sociais, a teoria da proibição do retrocesso é amplamente discutida na doutrina constitucional e internacional, especialmente se considerando impactos de crises econômicas, que implicam num "automático retrocesso na implantação de políticas públicas". O conceito da vedação ao retrocesso social consiste em uma "vedação aplicada ao legislador e ao administrador de reduzir o nível dos direitos econômicos, sociais e culturais de que goza a população". (MARTINS, 2020, p. 955 a 956)

A Constituição brasileira não reconhece esse princípio expressamente, e doutrina e jurisprudência buscam elucidar a questão relativa à sua natureza jurídica. Alguns doutrinadores entendem que se trata de um princípio constitucional implícito, decorrente do direito à segurança previsto no art. 6º da Constituição Federal. Flávio Martins e Catarina Botelho, porém, ao escreverem sobre direitos sociais em tempos de crise econômica, apontam que o conceito encontra-se em declínio nos países europeus. (MARTINS, 2020, p. 958) Para os doutrinadores, o princípio da proibição do retrocesso seria adequado para a doutrina alemã, onde surgiu, uma vez que a os direitos sociais não estão previstos no texto constitucional e necessitavam de uma proteção jurídico-constitucional. Porém, ao aplicá-lo em países como o Brasil, que preveem um longo rol de direitos sociais, este deve ser concebido como um "princípio político" e não um "princípio jurídico-constitucional".

Como aponta Catarina Botelho (2017, p. 439), a proibição do retrocesso social "nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas", que seriam uma reversibilidade fática e lógica. Assim, os autores optam por uma posição intermediária, que diante de severas crises econômicas, é possível a admissibilidade de retroceder em alguns direitos fundamentais sociais. No entanto, tal retrocesso deve ser limitado e ter parâmetros de justificação e garantias de estabilidade em face ao mesmo (MARTINS, 2020). Esse é o entendimento adotado para o desenvolvimento da tese defendida no presente trabalho, uma vez que a crise econômica a que se refere os autores supracitados foi, certamente, abissalmente agravada em decorrência da situação pandêmica de que tratamos.

5) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E LIMITES DO RETROCESSO SOCIAL NA PANDEMIA PELO CORONAVÍRUS

Após a breve discussão teoria acerca das estruturações dos direitos fundamentais sociais pode assumir, necessário restringir o objeto do presente estudo, notadamente porque a questão da reserva do possível tem afetado mais diretamente os chamados direitos a prestações sociais, especialmente considerando-se a profunda crise econômica em decorrência da pandemia mundial pelo coronavírus. Assim voltamos nossa atenção ao direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho e direito à alimentação.

Concluímos nos capítulos anteriores que a incidência da reserva do possível em oposição aos direitos fundamentais sociais está sujeita à ponderação através da análise da proporcionalidade, especialmente no sentido da proibição da insuficiência. Ou seja, verificamos que a norma de direito fundamental social pode ser limitada somente até o núcleo mínimo de suficiência da prestação material exigida, a fim de garantir a efetividade mínima pretendida. Como dispõe Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 354) "é justamente para garantir esta "realização mínima" que a noção de mínimo existencial assume especial importância na ponderação entre direitos fundamentais sociais e reserva do possível." Dessa forma, no tocante ao mínimo existencial, não se admite a hipótese de a escassez artificial ou jurídica de recursos ser alegada em contraposição às prestações necessárias à sobrevivência digna.

Ao adotarmos o entendimento de Flávio Martins e Catarina Botelho, de que diante de uma crise econômica que gera escassez real, o princípio da vedação do retrocesso se torna ineficiente e o retrocesso possa ser justificado, resta-nos estabelecer parâmetros para as "escolhas trágicas".

Flávio Martins afirma:

> Não obstante, entender que a proibição do retrocesso não é um princípio constitucional não significa permitir que o Poder Público restrinja livremente a tutela de direitos fundamentais (máxime os direitos sociais), bem como extinga sem qualquer justificativa políticas públicas relacionadas a direitos sociais diversos. Assim como há limites das restrições às liberdades públicas (*schranken- schranken*), também há restrições às práticas regressivas do Estado. (MARTINS, 2020, p. 416-417)

Desta forma, se o Estado opuser a reserva do possível, enquanto escassez de recursos, como justificativa para diminuir ou cessar uma prestação que antes já era

efetivada, esta reserva se apresenta como restrição, devendo, portanto, ser pautada pela proporcionalidade. Em relação à eficácia dos direitos fundamentais sociais, a escassez que se apresenta com mais frequentemente é a artificial, ou seja, por escolhas políticas, não existe previsão orçamentária para a realização de despesas direcionadas à satisfação daquele direito, ou, mesmo havendo a mencionada previsão, não há recursos suficientes nos cofres públicos. (OLSEN, 2006, p. 331)

Um dos princípios constitucionais que regem a atuação estatal brasileira é a erradicação da pobreza e da desigualdade social. Não se pode ignorar a evidente desigualdade social da sociedade brasileira como fator de realidade, a qual foi severamente agravada durante o período da pandemia pela COVID-19. Dessa forma, a alocação de recursos pelo Poder Público deve ser apreciado com cuidado quando do seu controle jurisdicional. Afinal, como pondera José Adércio Leite Sampaio (apud OLSEN, 2006, p. 334), "não seria exatamente em situações de crise que um mínimo de direitos sociais deveria ser garantido?"

Daí conclui-se que a discricionariedade administrativa na escolha da alocação de recursos está constitucionalmente vinculada. Em suma, a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais sociais. Políticas públicas, entendidas como a coordenação dos meios e recursos que o Estado dispõe, harmonizando as atividades estatais e privadas para a concretização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são o instrumento pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática, eficaz e abrangente, que envolve gastos de dinheiro público, os quais são limitados. Escolhas de sua alocação são necessárias, logo essas escolhas devem ser pautadas pela base principiológica da Constituição. (BARCELLOS, 2008)

Partindo-se do conceito amplo de restrição, seria possível considerar os casos de omissão do poder público em face à uma determinação constitucional como restrição (lato sensu) ao direito fundamental social. Considera-se que a lesão a esses direitos pode se dar pela ação estatal, seja revogando atos e normas que haviam possibilitado o exercício do direito, seja pela omissão estatal que não confere a prestação necessária. Ambos os casos devem receber o mesmo tratamento jurídico, sendo objeto de controle de constitucionalidade. (OLSEN, 2006)

Se estamos diante de medidas de contingência orçamentária que afetem políticas públicas, provocando retrocesso social e diminuição da efetividade de direitos fundamentais, tais retrocessos somente serão legítimos se forem razoáveis e proporcionais, devendo tal justificativa ser racionalmente justificada pelo Estado, devendo, não apenas demonstrar a legitimidade da medida, mas de sua imperiosa necessidade. (MARTINS, 2020) Adotando-se o preceito da proporcionalidade, como já discorremos anteriormente, uma limitação ao direito fundamental social deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Dessa forma, verifica-se: a medida restritiva é adequada existe nexo causal entre sua aplicação e o fim desejado; é necessária se, para se atingir tal resultado corresponde ao meio que afeta em menor grau os direitos fundamentais de terceiros, devendo ser imprescindível e infungível; e é proporcional em sentido estrito, se guarda uma "relação racional" entre a maior importância do direito que limita o outro e quão mais atingido for o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito a ele oposto. (OLSEN, 2006, p. 177) Não se pode admitir que o interesse econômico, prevaleça sobre o jurídico sob a alegação do alto custo da

efetivação dos direitos sociais, uma vez que não preenchidos os requisitos da proporcionalidade.

Ademais, conforme vimos, se são aplicadas medidas que impliquem retrocesso de direitos sociais, estas não podem violar o mínimo infungível dos direitos fundamentais, reduzindo seu mínimo existencial ou mínimo vital. Como destaca Flavio Martins (2020), ao analisar posicionamento de doutrina e jurisprudência internacional, mesmo diante de crises econômicas, o mínimo existencial de pessoas em situação de vulnerabilidade requerem atenção especial e não são constitucionalmente justificáveis medidas que não o assegurem.

Conforme anteriormente demonstrado, pode-se diferenciar a reserva do possível decorrente de três modalidades de escassez, sendo elas, de forma sucinta: a escassez fática, real ou natural, que decorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a toda população, configurando-se como limite imanente ou interno do direito fundamental; e a escassez jurídica, que decorre não da ausência de recursos, mas de sua realocação. Esta última se desdobra entre escassez ficta ou limitação por ausência de racionalidade ou proporcionalidade da pretensão ao direito. Ou seja, em se tratando da escassez artificial, o Estado pode, se assim decidir, tornar o bem ou direito acessível a ponto de satisfazer a toda população. Trata-se, portanto, de uma limitação externa aos direitos fundamentais, devendo ser submetida ao controle de sua legitimidade. (MARTINS, 2020). Quando se admite que existe uma diferença entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos, nos parece necessário verificar se as violações aos direitos fundamentais sociais durante a pandemia são legítimas ou não.

Inegável que os impactos causados por uma doença dessa monta, até então desconhecida da comunidade científica, que afeta a saúde, em sentido estrito, da população, vai produzir uma diminuição da efetividade na prestação do direito à saúde. Não se pode exigir que o poder público aplique um tratamento inexistente a uma doença recém descoberta. Não se pode exigir que se pudesse fazer uma "gestão prévia" do sistema de saúde, uma vez que a doença se espalhou com mais rapidez do que se esperava em todo o mundo. Não se admite a exigência da vacina contra a covid-19 quando a mesma não havia sido criada.

Na mesma lógica, não se pode evitar que as regras de isolamento social impactem a situação financeira da sociedade, decorrendo logicamente da proibição de aglomeração, diminuição de circulação de ativos, o impedimento da atividade comercial para alguns setores e o consequente empobrecimento de grande parte da população. Tampouco pode-se exigir que o estudo presencial seja mantido, expondo estudantes e funcionários a contágio. Não se pode esperar que crianças pequenas tenham capacidade cognitiva para serem educadas remotamente, ou que pessoas sem acesso à internet estudem ou trabalhem de suas casas.

Tais pretensões estão fora do âmbito normativo do direito à saúde, trabalho, alimentação e educação, não sendo juridicamente exigíveis. Aqui falamos de escassez natural, fatos trágicos da vida, não há direito subjetivo e consequentemente não há que se falar em obrigação do Estado. Nesse contexto, aplica-se a reserva do possível como limite imanente do direito fundamental, admitindo-se o retrocesso social até o limite que a situação fática se impõe. Assim, partimos do princípio de que o âmbito normativo desses direitos somente pode obrigar as prestações fáticas que estejam ao alcance do Estado, como destinatário das obrigações correspondentes.

Tratemos doravante da reserva do possível em seu aspecto de escassez jurídica ou ficta, a qual se submete ao controle da verificação de proporcionalidade em seu tríplice aspecto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, lembramos a já tratada vinculação das políticas públicas aos objetivos constitucionais, devendo priorizar aquelas que protejam os direitos fundamentais lá previstos.

No entanto, a má condução de políticas públicas, alocação de recursos e gestão dos temas relacionados à pandemia pela covid-19, gerou um "estado de coisas inconstitucionais", recentemente reconhecido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, relator na ADPF 833 em andamento. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, mediante petição conjunta, por entidades de classe representativas dos segmentos ligados à saúde, à educação, à seguridade social, à indústria, ao comércio e à prestação de serviços, tendo como objeto atos comissivos e omissivos do governo federal relativamente à saúde pública, considerada a pandemia pela covid-19, a revelarem estado de coisas inconstitucional.

Assim, entende-se não estarmos diante do que foi denominado "escolhas trágicas" pelos professores Guido Calabresi e Phillip Bobbit. Para eles, a destinação dos limitados recursos estatais sempre vai implicar na escolha de um direito fundamental em detrimento de outro, mesmo com os recursos vinculadamente estabelecidos pelo orçamento mínimo social. (MARTINS, 2020, p. 198). Aqui se trata de escolher, com base no princípio da proporcionalidade, qual direito fundamental se mostra mais urgente ou necessário em determinado contexto histórico.

Opor privilégios e benefícios de determinada categoria de agentes públicos ao mínimo de vida com dignidade de uma gigantesca parcela da população, além de não nos parecer razoável e proporcional, configura, ainda, uma verdadeira imoralidade administrativa que o Estado tem o dever de enfrentar. Outrossim, invocar o princípio da reserva do possível de forma indiscriminada como escusa para a má gestão de recursos públicos é falacioso e, consequentemente, inconstitucional.

Passamos à análise da violação do mínimo existencial no contexto pandêmico. Conforme exposto anteriormente, a pandemia provocou a morte de milhares de brasileiros, deixou sequelas de natureza física em muitos dos recuperados e colapsou o sistema de saúde nacional. Ademais, causou impactos de natureza financeira e laboral, provocando uma crise econômica sem precedentes nas últimas gerações. Estudos apontam que o prejuízo educacional causado no período levará mais de uma década para ser sanado. Finalmente, grande parcela da população se encontra em estado famélico. No entanto, os planejamentos orçamentários e as políticas públicas parecem não contemplar tais problemas, ao menos não de forma eficiente.

Muito embora no Brasil impere a desigualdade social há décadas, bem como ocorra sistematicamente a violação e ineficácia de muitos direitos sociais básicos, a situação concernente à pandemia nos parece mais gravosa, pois justamente quando mais se necessitou da atuação estatal na garantia de direitos fundamentais, a população se viu desamparada, tendo seu mínimo vital, ainda mais restrito, contido no mínimo existencial, atingido de forma contundente ao passo que o Estado dispunha de meios para a minimização de seus efeitos.

Flávio Martins (2020, p. 460) bem conclui que o mínimo existencial é "um corolário inafastável da dignidade da pessoa humana" e sua garantia deve se dar

independente de previsão expressa. É “irredutível, intangível, inviolável e não pode ser objeto de ponderações.”, tendo natureza de regra constitucional.

Dessa forma, entende-se que as regras e atos administrativos que atingem tais direitos e escolhas orçamentárias que em desacordo com os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988 são contrárias ao interesse público e serão inconstitucionais por expressa previsão constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, p. 67-79. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70952/40290. Acesso em: 22 jun. 2021.

BAHIA, Saulo José Casali. SILVA. Diego Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322620183_Conciliando_o_Minimo_Existencial_e_a_Reserva_do_Possivel Acesso em: 14 abr. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de direito do Estado, 2008. p. 17-54.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2521 Acesso em: 18 mar. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5294 Acesso em: 17 jun. 2021.

BARCELLOS. Ana Paula, de. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) **Legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELMONTE, A.A.; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N. (Coord.) O Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BIRMAN, Joel. **O trauma na pandemia do Coronavírus**: Suas dimensões políticas, sociais, econômicas, ecológicas, culturais, éticas e científicas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: revisitar as normas programáticas. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In Paulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.139-222.

GANDRA, Alana. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. **Agência Brasil**. 06 abr. 2021. Disponível em:

https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020 Acesso em: 28 jun. 2021.
HARADA, Kyioshi. **Ainda sobre o polêmico orçamento de 2021.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/90513/ainda-sobre-o-polemico-orcamento-de-2021. Acesso em: 28 jun. 2021.
HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
LEAL, Rogerio Gesta. **Os efeitos deletérios da corrupção em face dos Direitos humanos e fundamentais**. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. Org. LEAL, R. G.; SILVA, I. S. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.
LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, out-dez 2004.
MAGENTA, Matheus. Afinal, Brasil vacina pouco ou muito? Confira 5 dados do ranking global. **BBC News Brasil.** Londres, 8 abr. 2021. Atualizado 9 jun. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56680167 Acesso em: 26 jun. 2021.
MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
MARTINS, Flávio. **Os Limites Dos Limites. A (in)constitucionalidade das medidas restritivas, em tempos de pandemia.** Blog pessoal. 13 abr. 2020. Disponível em: https://www.professorflaviomartins.com.br/post/os-limites-dos-limites-a-in-constitucionalidade-das-medidas-restritivas-em-tempos-de-pandemia Acesso em: 29 mai. 2020.
MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Saúde, medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127. Acesso em: 29/06/2021.
OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação (Mestrado) Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf Acesso em: 07 jun. 2021.
ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. **Direitos Sociais São Direitos Fundamentais:** Simples Assim. Salvador: JusPodivm, 2019.
SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.** Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, *1*(1), 2007, p. 171-213.**
SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.
SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.
SIQUEIRA, DIRCEU PEREIRA. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação**. Birigui: Boreal, 2014.
SIQUEIRA, DIRCEU PEREIRA. **Teoria geral do direito à alimentação**: cultura, cidadania e legitimação. Birigui: Boreal, 2015.

UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelos vírus**. São Paulo: Contexto, 2008.
UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: A humanidade em risco.** São Paulo: 2011.
WILLIAM DOS SANTOS MARTINS, C.; ALEM MELLO FERREIRA, R. Uma análise do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro: fundamentos e aplicação frente à autonomia legislativa. **Revista Vianna Sapiens**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 19, 2021. DOI: 10.31994/rvs.v12i1.672. Disponível em: https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/672 Acesso em: 24 jun. 2021.

CAPÍTULO 14

GOVERNANÇA CORPORATIVA

Caroline Amorim Afonso Costa

1. INTRODUÇÃO

O Direito Empresarial é um ramo jurídico em constante alteração. As empresas cada vez mais devem procurar se adaptar as alterações do mercado, buscando sempre o aperfeiçoamento da sua imagem e reputação.

No entanto, é relevante mencionar que nos últimos anos inúmeros casos de corrupção, fraude e desvio de condutas assolaram o mundo todo, fazendo com que diversas reflexões passassem a ser realizadas sobre transparência e integridade tanto no setor privado como no setor público. Neste contexto, a governança corporativa e o *compliance* passaram a ser cada vez mais discutidos pela sociedade, fazendo parte dos telejornais, do debate entre os legisladores e da realidade das empresas.

O objetivo da pesquisa é demonstrar a importância da Governança Corporativa no cenário empresarial e todos os benefícios dela decorrentes. O tema possui forte posicionamento doutrinário e embasamento jurídico.

A formulação deste estudo se dá em razão da relevância que a ética empresarial vem assumindo no cenário mundial diante dos escândalos de corrupção, fazendo-se necessário o estudo da Governança Corporativa e dos programas de integridade como recursos disponíveis para a conformidade das empresas com a legislação brasileira, internacional, bem como com as suas próprias regras internas.

A inspiração pela regulamentação legal surgiu em grande parte da influência pelas grandes economias, destacando-se no contexto legislativo a *Sarbanes-Oxley Act* (2002) e *Dodd-Frank Act* (2010) dos Estados Unidos. O tema é objeto de discussão há muitos anos, em especial nos países em que existe um grande volume de sociedades empresariais de capital aberto, como nos Estados Unidos e na Inglaterra.

No Brasil, a pressão dos organismos internacionais em favor da adoção de medidas anticorrupção aumentou significativamente nos últimos anos. Foi neste contexto que o Brasil editou a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/13), posteriormente regulamentada pelo Decreto 8.420/15. Outras legislações vieram após, como o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei 13.303/16) e a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais (Lei 13.848/19) que passaram a determinar a adoção de estruturas e práticas de gestão de risco e controle interno pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e agências reguladoras.

Assim, considerando ser um tema de regulamentação recente no cenário brasileiro é necessário sanar as dúvidas ainda existentes, sobretudo quanto a relação

custo-benefício. Outrossim, há de se considerar também a inexistência de maiores informações por parte das empresas sobre a importância da adoção das boas práticas de governança corporativa, bem como o valor que pode ser agregado às organizações.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

O artigo tem como base de desenvolvimento a pesquisa bibliográfica. A sua construção se dará a partir da leitura de livros, artigos publicados, análise da legislação brasileira e estrangeira, a fim de entender como as regras de Governança Corporativa auxiliam no crescimento e aperfeiçoamento das empresas.

Cavalhaes e Mendonça (2019, p. 311) destacam que a governança corporativa "tem influência direta no valor de uma empresa e na manutenção da sua reputação perante o mercado".

No aspecto legislativo ressalta-se a influência dos Estados Unidos, dentre as grandes economias do mundo a regulamentar o tema, com especial importância para a *Sarbanes-Oxley Act*, que pode sujeitar, inclusive, empresas brasileiras ao seu cumprimento. Sobre esse assunto Oliveira e Linhares (2007, p. 161) salientam

[...] a sua aplicabilidade às empresas estrangeiras que possuem valores mobiliários registrados na Securities and Exchange Commission – SEC. Assim, as empresas brasileiras que possuem programas de American Depositary Receipts – ADR admitidos à negociação nas bolsas de valores norte-americanas também estão sujeitas à nova lei.

No âmbito nacional destacamos as regulamentações da Comissão de Valores Mobiliários, bem como a Lei 13.303/16 que dispõe sobre a necessidade dos estatutos jurídicos das empresas públicas e sociedades de economia mista observarem as regras de governança corporativa.

Deve-se ressaltar ainda o importante papel realizado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), aprofundando a pesquisa com relação aos princípios da governança corporativa.

3. DISCUSSÃO

Em virtude de estudos e trabalhos realizados primordialmente nos Estados Unidos e na Inglaterra foi possível aprofundar o conhecimento sobre as chamadas boas práticas de governança corporativa que dizem respeito ao modo pelo qual as empresas são dirigidas e controladas.

Alguns conceitos de governança corporativa merecem destaque. Para o Banco Mundial (2012 apud LISBOA; TROCCOLI, 2018, p. 206):

A boa governança corporativa é um elemento importante para o desenvolvimento sustentável do setor privado – não só porque fortalece a capacidade das empresas para atrair investimentos e crescer, mas também porque se torna, mais forte, mais eficiente e mais responsável.

Já a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2011 apud LISBOA; TROCCOLI, 2018, p. 206) conceitua Governança Corporativa como um

[...] sistema segundo o qual as corporações de negócio são dirigidas e controladas. Ela diz respeito a padrões de comportamento que conduzem à eficiência e ao crescimento da empresa, e à relação entre acionistas e *stakeholders*, usando como princípio a ética aplicada à gestão de negócios.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em seu Código das melhores práticas de governança corporativa (2015, p. 20) assim define:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.
As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Sendo assim, é possível afirmar que a Governança Corporativa se refere a uma reunião de instrumentos internos e externos que dizem respeito ao modo de direção e controle das empresas. Visa sobretudo a harmonização do relacionamento entre gestores, acionistas, conselho de administração, órgãos de fiscalização e controle, e da diretoria, na busca de reduzir conflitos de interesses e incompatibilidades com a separação entre o controle e a propriedade da organização. Torna-se muito válida quando instituída e aplicada corretamente, por agregar valor à empresa e contribuir com a sua continuidade.

Duas legislações estrangeiras ganharam destaque no cenário internacional com relação à regulamentação da governança corporativa nos Estados Unidos. São elas: *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 e *Dodd-Frank Act* de 2010.

Como relatam Oliveira e Linhares (2007, p. 164) a Lei Sarbanes-Oxley

[...] representa uma das principais reações do governo dos Estados Unidos contra as manipulações nos balanços e escândalos de fraudes contábeis descobertos em grandes corporações norte-americanas.
A SOX criou um novo ambiente de governança corporativa e, dessa forma, gerou um conjunto de novas responsabilidades e sanções aos administradores para evitar práticas lesivas que expõem as sociedades anônimas a elevados níveis de risco.

No Brasil cumpre destacar, dentre alguns fatos relevantes, a criação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa em 1995 que "[...] surgiu com o intuito de fornecer os fundamentos da efetiva aplicação de práticas de governança corporativa, colaborando para o constante crescimento empresarial no Brasil." (OLIVEIRA; LINHARES, 2007, p. 165). Ademais, existem vários atos normativos que tratam da governança

corporativa. Há de se ressaltar, no entanto, a Instrução 480 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) de 2009, com as alterações da Instrução 586/2017.

A governança corporativa vem ganhando espaço cada vez maior no cenário brasileiro. Antes, era uma ferramenta utilizada somente pelas grandes companhias listadas na bolsa de valores. No entanto, hoje passou a fazer parte das empresas estatais, das pequenas e médias empresas, das empresas familiares, das entidades do terceiro setor, alcançando assim outras companhias que não estão listadas na bolsa de valores.

Estudos apontam que investidores estariam dispostos a pagar entre 18 e 28% a mais por ações de empresas que adotam melhores práticas de administração e transparência. (RAMOS; MARTINEZ, 2006, p. 145).

Do ponto de vista social, alerta Eduardo de Almeida (2020, p. 09), que a governança corporativa "[...] visa preservar o interesse de todos, na medida em que a sua ausência ou falhas de gestão podem causar grandes impactos e prejuízos econômicos, sociais e ambientais".

É certo que dentre as principais finalidades da Governança Corporativa está a superação de conflitos. Dentre estes, destacam-se os conflitos de interesses existentes entre os proprietários e a direção da empresa, o que se denomina conflito de agência.

Como informa Ramos (2017, p. 331) "A preocupação com a governança corporativa nos remete a alguns fatos históricos relevantes e a alguns trabalhos acadêmicos influentes". Dentre os fatos históricos relevantes ele ressalta o desenvolvimento do mercado financeiro e de capitais a partir do século XX, sobretudo nos Estados Unidos. Já com relação aos trabalhos acadêmicos influentes, destaca as obras de *Berle* e *Means* sobre dispersão acionária e de *Jensen* e *Meckling* sobre a teoria da firma.

Em decorrência destes estudos percebeu-se que a separação entre propriedade e controle de uma empresa gera o chamado conflito de agência, que ocorre justamente quando "[...] os proprietários da empresa (acionistas) delegam seu controle a profissionais especializados (administradores), situação que muitas vezes pode acarretar divergências sobre a melhor gestão dos negócios". (RAMOS, 2017, p. 331).

Outrossim, como alude Ramos (2017, p. 331) percebeu-se que do conflito de agência surge o chamado problema do agente principal, quando

[...] os executivos contratados para administrar as companhias acabam tomando decisões pensando mais no seu benefício próprio (aumento de salários e de bônus, estabilidade no comando da empresa etc.) do que no benefício dos acionistas e demais partes interessadas (*stakeholders*) [...].

Neste contexto, foi necessário criar mecanismos eficientes de controle de gestão, o que passou a ser chamado de boas práticas de governança corporativa, visando alinhar os interesses entre acionistas e diretores executivos, minimizando conflitos e custos de agência.

Existem dois principais sistemas de governança corporativa: *outsider system* e *insider system*.

O primeiro sistema, chamado de *outsider system*, é mais adotado em países com mercado de capitais em estado mais avançado de desenvolvimento, como nos

Estados Unidos e na Inglaterra. Cuida-se de um sistema mais orientado para o acionista. Dentre as suas características, Ramos (2017, p. 332-333) destaca:

[...] (i) empresas com capital social muito pulverizado e com acionistas normalmente fora da gestão dos negócios; (ii) mercado de capitais muito movimentados e exercendo um papel de muito relevo no crescimento e no financiamento das empresas; (iii) ativismo societário intenso (os minoritários participam das assembleias e exercem seu direito de fiscalização); (iv) grande porte dos investidores institucionais; (v) possibilidades reais de aquisições hostis de controle; (vi) normas de governança que privilegiam a maximização do retorno para os acionistas.

Por outro lado, o *insider system* é adotado em países em que o mercado de capitais ainda não está tão avançado, como os países asiáticos, europeus e o Brasil. Esse sistema apresenta características diversas. Como relaciona Ramos (2017, p. 333):

[...] (i) empresas com capital social mais concentrado, muitas vezes com controle familiar ou estatal; (ii) acionistas no comando dos negócios, diretamente ou por meio de pessoas indicadas; (iii) mercado de capitais exercendo menor importância do que o mercado de crédito para o financiamento das empresas; (iv) pouco ativismo societário e poucos investidores institucionais de grande porte; (v) normas de governança preocupadas com as partes interessadas (*stakeholders*).

Ainda com relação ao tema da governança corporativa, há de se destacar alguns princípios que orientam o instituto, na busca de criar, manter e incentivar as condições das boas práticas de governança corporativa.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa (2015, p. 20-21) informa quatro princípios atinentes ao tema: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Pelo princípio da transparência impõe-se o dever de informar as partes interessadas sobre quaisquer informações que sejam de seu interesse, ou seja, além daquelas impostas por lei ou regulamentos. Isso garante a confiança das partes na tomada de decisões, na gestão de suas atividades e nos gestores (IBGC, 2015, p. 20).

O princípio da equidade se refere ao tratamento justo e igualitário de todos os sócios e das demais partes interessadas (*stakeholders*), garantindo a criação de regras protetivas e eficientes para todos os grupos minoritários e para a prevenção de abuso por parte dos controladores.

Já o princípio da prestação de contas (*accountabillity*) visa a sua realização com responsabilidade, garantindo confiabilidade. Para isso, deve seguir critérios de contabilidade seguros, eficientes e que sejam internacionalmente aceitos. Garante a demonstração de satisfação das responsabilidades e esclarecimentos sobre eventuais objetivos que não foram alcançados. Permite ainda, a responsabilização por suas próprias decisões e ações.

Por fim, o princípio da responsabilidade corporativa inclina-se principalmente ao aspecto social e ambiental. Os administradores ou controladores devem zelar pela sustentabilidade do negócio, visando a longevidade da empresa e integrando em suas gestões preocupações de ordem social e ambiental.

A existência de boas práticas de governança corporativa vem sendo objeto de preocupação inclusive nas empresas estatais. A Lei 13.303/16, ao regulamentar o artigo 173, parágrafo primeiro, da Constituição Federal estabeleceu o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista. O artigo 6º da referida lei enuncia que os estatutos deverão observar as regras de governança corporativa.

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Já o artigo 8º da mesma lei exige a observância de alguns requisitos mínimos de transparência, sendo este um dos princípios da governança corporativa.

Deste modo, pode-se observar que a governança corporativa vai além das companhias privadas, passando a ser implementada também nas estatais a fim de garantir uma melhor liderança, estratégia e monitoramento, visando a efetivação de políticas públicas e garantia de prestação de serviços de interesse público.

São diversos os benefícios agregados à empresa quando esta passa a adotar uma política de boas práticas de governança corporativa. Dentre eles, destaca-se: maior longevidade da companhia, valorização de suas ações e maior retorno para os acionistas, melhor desempenho econômico-financeiro, maior facilidade de acesso e menor custo de capital, melhor relação com os *stakeholders*, desempenho em avaliações mais favorável, menor custo de capital próprio e de terceiros, melhoria na gestão e na sua relação com o mercado, melhor estruturação e solução de conflitos sociais, dentre outros.

No que se refere especificamente à melhor estruturação, destaca-se a possibilidade de criação do Conselho de Administração, de comitês para assuntos específicos e da realização de auditorias independentes.

Silveira e Barros (2008, p. 514) citam outros exemplos de mecanismos internos e externos de governança corporativa como o

[...] conselho de administração, a estrutura de propriedade e controle, a política de remuneração, a estrutura de capital, a competição no mercado de produtos, a competição no mercado de mão de obra dos gestores, a existência de um mercado de aquisições hostis e a publicação de relatórios regulares, entre outros.

Para Silva (2005, p. 49) um código de governança corporativa deve ter "[...] presença de membros independentes no conselho de administração, presença de comitês (auditoria, remuneração, entre outros) formados por membros do conselho para avaliar questões que precisem de análise mais profunda".

Silveira (2018, p. 238) afirma que a boa governança corporativa deve ser vista como um elemento integrado e indissociável de uma liderança evoluída e consciente e de uma cultura forte que faça aflorar o que as pessoas têm de melhor. Neste contexto, ele destaca:

[...] sem uma boa cultura organizacional e liderança ética, a governança corporativa se torna oca, e nenhum propósito maior será alcançado. Logo, para que o ambiente empresarial deixe de ser visto como parte do problema e passe a ser parte da solução, esses três elementos precisam ser integrados e aprimorados nas organizações.
Ao longo dos próximos anos, ficará cada vez mais claro que o sucesso empresarial no século XXI dependerá da adoção de um novo paradigma para a governança corporativa, mais holístico, humano e sintonizado com os novos tempos.

No entanto, há de se destacar a dificuldade das empresas em vislumbrarem com determinação a relação custo-benefício da adoção de boas práticas de governança corporativa.

Por outro lado, é certo que uma empresa ao adotar boas práticas de governança corporativa estará por consequência adotando princípios éticos, o que contribui para a sua imagem e crescimento.

Ademais, vale destacar que a governança corporativa está intimamente ligada ao *compliance*, por ser este um dos seus pilares. Sendo assim, uma boa governança corporativa exige harmonia com padrões éticos e conformidade com normas aplicáveis e políticas internas, auxiliando na mitigação de riscos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Empresarial é uma disciplina em constante evolução. Isto ocorre porque frequentemente são editadas novas leis e regulamentos que devem ser observados pelas empresas. Um tema que ganha cada vez mais espaço no cenário empresarial é a governança corporativa, sendo que esta permite o alinhamento do comportamento dos administradores com os interesses da empresa, focando sempre na ética.

No Brasil, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/13) prevê a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, tendo sido regulamentada pelo Decreto 8.420/15. Já no cenário público a Lei 13.303/16 criou o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, que determina o dever das empresas públicas e sociedades de economia mista de observarem as regras de governança corporativa.

Como demonstrado, as boas práticas de governança corporativa dizem respeito a forma pela qual as empresas são dirigidas e controladas, visando a eficiência, o crescimento e a relação entre os acionistas e os *stakeholders*. Cuida-se ainda de instrumento eficaz para a superação de conflitos entre os proprietários e a direção da companhia.

Sendo assim, é fundamental uma mudança de visão dos empresários e diretores, de modo que passem a considerar a governança corporativa como uma necessidade e um investimento que proporciona o desenvolvimento de forma ética, o cumprimento da função social e o acréscimo de valor e resultados positivos, beneficiando todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. E. de. Governança Corporativa. In: CARVALHO, A. C. *et al.* (Coord.). *Manual de Compliance.* / coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo Bertoccelli, Otavio Venturini. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. cap. 01, p. 03-20.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Portal do Palácio do Planalto*, Brasília, 30 jun. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CARVALHAES, A. R. S. N.; MENDONÇA, D. G. Compliance enquanto procedimento para resolução de conflitos de interesses nas corporações. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (Coord.). *Governança, compliance e cidadania.* / coordenadores Irene Patrícia Nohara e Flávio de Leão Bastos Pereira. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 18, p. 309-318.

CARVALHO, A. C. *et al.* (Coord.). *Manual de Compliance.* / coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo Bertoccelli, Otavio Venturini. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

IBGC (2015). *Código das melhores práticas de Governança Corporativa.* Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

LISBOA, F.; TROCCOLI, I. R. Governança Corporativa na empresa familiar: uma conciliação possível? *Revista Vianna Sapiens*, v. 9, n. 1, p. 204-235, 2018. Disponível em: <http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/291/249>. Acesso em: 29 jul. 2021.

NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (Coord.). *Governança, compliance e cidadania.* / coordenadores Irene Patrícia Nohara e Flávio de Leão Bastos Pereira. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, M. C.; LINHARES, J. S. A implantação de controle interno adequado às exigências da lei Sarbanes-Oxley em empresas brasileiras – um estudo de caso. *Revista de Administração e Contabilidade Unisinos*, v. 4, n. 02, p. 160-170, maio/agosto 2007. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/base/article/view/5601/2805>. Acesso em: 29 jul. 2021.

RAMOS, A. L. S. C. *Direito empresarial.* 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

RAMOS, G. M.; MARTINEZ, A. L. Governança Corporativa. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, Florianópolis, v. 3, n. 6, p. 143-164, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76200609>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SILVA, A. L. C. da. *Governança Corporativa e decisões financeiras no Brasil.* Rio de Janeiro: Mauad, 2005.

SILVEIRA, A. Di M. da. *Ética empresarial na prática: soluções para gestão e governança no século XXI.* Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

SILVEIRA, A. Di M. da; BARROS, L. A. B. C. Determinantes da qualidade da governança corporativa das companhias abertas brasileiras. *REAd – Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 14, n. 3, p. 512-540, 2008. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/read/article/view/39338/25151>. Acesso em: 29 jul. 2021.

CAPÍTULO 15

UM ASSUNTO PARA ALÉM DAS GRADES

Caroline Belizário Pinto da Silva

"Depois da condenação o silêncio sucede ao rumor dos salões judiciários e o esquecimento à atenção geral. O público se desinteressa pela sorte dos condenados. É muito raro que o nome de um deles retorne aos lábios, ou reapareça nas colunas de jornal. A prisão, assim, é uma tumba onde se enterram vivos. Nenhum epitáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão reclusos atrás daquelas grandes muralhas de pedra."[218]

O sistema prisional passou por diversas modificações até os dias atuais. Porém, é essencial que não se perca de vista que no momento em que a pessoa é privada de sua liberdade em razão da prática de um crime, a mesma continua a ter direitos fundamentais garantidos pelo Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, direitos inerentes ao ser humano, como a honra, a liberdade de consciência e de crença, a vedação ao tratamento desumano ou degradante, assim como a manutenção dos laços afetivos para com os seus entes, que tratam de aspectos essenciais para a ressocialização e reconstrução da vida da pessoa apenada.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, referente ao período de Janeiro a Junho do Ano de 2020, atualizado em 30/09/2020, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça e Ministério da Segurança Pública, através do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, que é a plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, pode-se observar na Tabela A os dados gerais da população prisional brasileira e do sistema prisional brasileiro[219].

O número de pessoas que se encontram privadas de sua liberdade ultrapassou os 700 mil[220] no ano de 2020. Dessa forma o número de pessoas que se encontram presas é consideravelmente superior às 446.738 vagas oferecidas pelo sistema penitenciário, resultando em um déficit de 231.768 vagas e uma taxa de ocupação média de 158% (cento e cinquenta e oito por cento). O que nos leva a entender que em lugar projetado para custodiar 10 pessoas, existem nesse mesmo espaço 16 pessoas encarceradas.

Tabela A - Dados Gerais do Sistema Prisional Brasileiro

[218] Brito, Alexis Couto de. Execução Penal – 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, página 24 apud in Battaglini. Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporâneo, página 129

[219] Informações do Sistema Prisional Brasileiro atualizados em 30/09/2020 as 13:57h pelo Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça.

[220] Contabilizadas pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, que é o mesmo critério adotado pelo International Center for Prison Studies (ICPS), responsável por realizar o principal levantamento da população prisional no mundo.

Brasil – 2020	
População Prisional	759.518
Sistema Penitenciário Estadual Sistema Penitenciário Federal Outras prisões Monitoramento Eletrônico	701.401 668 5.552 51.897
Vagas	446.738
Déficit de Vagas	231.768
Taxa de Ocupação	158%
Taxa de Aprisionamento	323,04

Entre os Sistema Penitenciário Estadual e Federal encontram-se 702.069 pessoas privadas de liberdade mais 5.552 pessoas que se encontram em outras prisões. Entende-se por outras prisões os presos que não estão sob a tutela dos Sistemas Penitenciários Estadual ou Federal, mas sim sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

Quanto ao monitoramento eletrônico, a capacidade total contratada para o ano de 2020 era de 64.667, foram utilizados 51.897, o que implica em 80,3% da capacidade, esse número reflete apenas os presos que cumprem pena fora do estabelecimento prisional, conforme ordem judicial.

No ano de 2020 a população privada de liberdade resultou em um total de 678.506 pessoas, um número extremamente alto, e para um espanto ainda maior, mesmo com o número elevado foi a primeira vez que apresentou redução significativa desde o ano de 2000, refletindo em queda no crescimento populacional de -10,16%. Apenas para fins comparativos em 2019 tivemos 755.274 pessoas privadas de liberdade, crescimento populacional de 1,49% e em 2018 tivemos 744.216 pessoas privadas de liberdade, crescimento populacional de 2,97%.

Na Tabela B pode-se observar o número de pessoas presas quanto ao tipo de regime, e os números são ainda mais alarmantes. Constata-se que quase 30% são presos provisórios, ou seja, são pessoas que se encontram privadas de liberdade sem condenação. Isso significa a cada dez pessoas presas, três estão encarceradas sem condenação, uma afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da CF/88.

E o pior é que, ainda assim, esse número é o menor dos últimos anos, o que possivelmente seja um dos resultados da realização das audiências de custódia, lançadas em 2015, na qual a prisão é analisada pelo juiz sob o aspecto da legalidade e a regularidade do flagrante, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão, de se aplicar alguma medida cautelar e qual seria cabível, ou da eventual concessão de liberdade.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ[221] a realização das audiências de custódia contribuiu para a redução de 10% na taxa de presos provisórios no país. A audiência de custódia foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 347, que será abordada a frente.

[221] CNJ – Conselho Nacional de Justiça: Órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília (DF), criado pela EC nº 45/2004 e instalado em junho do ano de 2015, com atuação em todo território nacional.

Tabela B - Presos por tipo de Regime[222]

Estadual + Federal	702.069	100%
Regime Fechado	344.773	49,11
Regime Semiaberto	101.805	14,5
Regime Aberto	43.325	6,17
Medida Segurança	2.696	0,38
Tratamento Ambulatorial	213	0,03
Presos Provisórios	209.257	29,81

Os dados acima são assombrosos e evidenciam a gravidade da situação do sistema prisional brasileiro, que claramente enfrenta uma crise estrutural. O Brasil convive com um abandono do sistema prisional, e o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como verdadeira escola do crime.

A Carta da República em seu artigo 5º, incisos III e XLVII, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes e toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Entretanto, os dados demonstrados vão de encontro a esses princípios.

A Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI da Câmara dos Deputados, instaurada em 2008, que teve como finalidade investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, no relatório final, o Deputado Relator Domingos Dutra, concluiu:

"Essa postura somente recrudesce o paradoxo: quanto mais a sociedade fizer da pena instrumento de vingança social, mais haverá violência, mais crescerá o descaso com a execução penal, implicando mais insegurança para todos. É verdade que parcela expressiva da sociedade encara a pena e a prisão como vingança contra aquele que delinque. Essa postura, superada em outros países, deve ser abandonada no Brasil. O Estado não deve se vingar, mas sim punir TODOS os que delinquiram e recuperá-los para uma vida produtiva, em harmonia com a sociedade."[223]

Percebe-se então que a cultura punitivista, ou o que alguns chamam de direito penal máximo, atrelada a essa postura de que a pena é uma forma de vingança contra o acusado, é algo cada vez mais crescente em nosso meio. Porém o maior problema disso é que esse discurso punitivista parece funcionar para apenas um grupo social específico e bem determinado, o que torna o sistema punitivo extremamente seletivo, obviamente, atingindo os que se encontram em maior situação de vulnerabilidade. De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, referente ao período de Janeiro a Junho do ano de 2020, o mesmo utilizado anteriormente, cerca de 66,31% da população carcerária brasileira é formada por negros e pardos. Essa pauta inclusive foi alvo de debate no Seminário Questões Raciais e o Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça em julho de 2020.

[222] O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias identificou o número de pessoas privadas de liberdade por tipo de regime a que estavam submetidas no primeiro semestre do ano de 2020.

[223] Deputado Relator Domingos da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, instaurada no ano de 2008, no relatório final.

O Estado não cumpre o mínimo estabelecido em diversos diplomas legais, como a Constituição Federal, o Código Penal, a Lei de Execuções Penais, além dos Tratados e Convenções Internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e mais recentemente as Regras de Tóquio, resultado da preocupação do Conselho Nacional de Justiça, em conferir a pena um caráter mais humanizado, menos excludente, opondo-se ao superencaceramento que ocorre no Brasil.

As Regras de Tóquio, publicadas no ano de 2016, trazem em seu bojo regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, visando alcançar medidas que substituam o aprisionamento. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Conselho Nacional de Justiça a época da publicação:

"Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão".[224]

Nesse mesmo sentido, o tratamento desumano da população carcerária e a situação precária do sistema penitenciário brasileiro, tornou-se objeto na medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 347/DF, protocolada no ano de 2015 a concluir pelo estado de coisas inconstitucional, buscando adotar medidas para reparar as graves lesões aos preceitos fundamentais.

Entre os pedidos constantes da ADPF, estavam os de que juízes e tribunais considerassem o cenário atual do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, que quando possível, estabelecessem penas alternativas à prisão, que realizassem a audiência de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento da prisão, e que no caso de manutenção da prisão provisória, trouxessem expressamente o motivo pelo qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Outra análise que necessita ser feita é a morosidade do sistema judiciário, com o crescimento da cultura punitiva e o aumento considerável da demanda que exige uma resposta do Estado, resultou um sistema judicial lento e engessado. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2020 (ano base 2019)[225] do Conselho Nacional de Justiça, que é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, o tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau, ou seja, até o início da execução penal ou até a remessa do processo para o 2º grau, tem uma média de 4 anos e 1 mês na Justiça Estadual e de 2 anos e 1 mês na Justiça Federal.

Baseado nos dados analisados, é imperioso reconhecer que o modelo de justiça aplicado até então, contribui diretamente no agravamento da situação do

[224] Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016, ano de publicação das Regras de Tokio.

[225] Informações do Relatório Justiça em Números 2020, ano base 2019, com os dados atualizados em 25/08/2020 pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça

sistema penitenciário brasileiro, o qual seriamente viola, de forma reiterada, direitos fundamentais que deveriam ser garantidos por esse mesmo Estado Democrático de Direito.

Em meio a esse cenário, que demonstra cada vez mais a necessidade de sistemas negociais, a Justiça Consensual ou Negociada vem crescendo e ganhando espaço, buscando uma solução reparadora, com a intenção de reparar o dano e não meramente algo punitivo.

No Brasil, pode-se observar o início da justiça consensual com o advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099 de 1995), que trouxe figuras como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Aqui, após esgotadas as tentativas de conciliação entre as partes, a transação penal é proposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento de obrigações pelo autor dos fatos, consistindo na aplicação da pena restritiva de direitos ou multa. Isso ocorre apenas no âmbito das infrações penais de menor potencial ofensivo, quais sejam as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos.

Em dezembro de 2019 o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.964, conhecida como Lei Anticrime ou Pacote Anticrime, essa lei alterou dispositivos de 17 leis penais, como o código de direito penal, o código de processual penal e da lei de execução penal. Certamente, trouxe uma maior repressão ao crime e um endurecimento legal, como por exemplo, a ampliação do rol de crimes considerados hediondos, o aumento de 30 para 40 anos como máximo da pena de reclusão, entre outros.

"Quanto ao conteúdo material penal, a Lei insiste no simbolismo, expandindo o Direito Penal horizontalmente (isto é, pela criação de novas figuras delitivas) e verticalmente (ou seja, aumentando as sanções já existentes), partindo-se da visão criminológica equivocada de que as razões da suposta "impunidade" estariam na "brandura" da legislação brasileira.

Em linhas gerais, quanto ao Direito Penal, as modificações mais significativas trazidas pela Lei Anticrime são de fortes recrudescimentos, dando lastro à radicalização da política de encarceramento em massa."[226]

No entanto, a Lei 13.964/2019 também trouxe inspirações do Direito Penal Mínimo, buscando um equilíbrio entre o punitivismo e o garantismo. Isso pode ser observado claramente com a figura do juiz de garantias, que a par da suspensão de sua aplicabilidade mediante liminar deferida em ADI pelo Supremo Tribunal Federal, implicaria em maior respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, uma vez que realiza controle de legalidade do inquérito policial, de modo que o juiz natural que sentenciará o caso não estaria vinculado a conclusão do juiz de garantias.

Nesse mesmo sentido, a Lei 13.964/2019 regulamentou a formalização do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, introduzido no ano de 2017 por meio da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP[227].

Logo após a publicação da Resolução 181/2017 do CNMP, foram realizadas algumas alterações pela Resolução 183 do ano 2018 do CNMP, que tiveram a finalidade de preencher algumas lacunas de caráter processual.

---

[226] Dezem, Guilherme Madeira. Souza, Luciano Anderson de. Comentários ao Pacote Anticrime Lei 13.964/2019 – 1ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, página 17.

[227] CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público criado pela EC nº 45/2004 e instalado em junho do ano de 2005, com sede em Brasília (DF) e atuação em todo território nacional.

O ANPP é um acordo de natureza processual penal, firmado entre o Ministério Público, o acusado e o seu defensor, que tem por objetivo evitar a persecução criminal contra o autor do crime. O ANPP poderá ser proposto pelo Ministério Público, que após realizar o juízo de oportunidade da ação penal oferece ao investigado a opção de celebrar o acordo ou seguir com ação, desde que preenchidos os requisitos de não ser o caso de arquivamento do feito e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, conforme disposto no artigo 28-A, *caput,* do Código de Processo Penal. Nos incisos estão estabelecidas as condições para que seja firmado o ANPP, tais como reparação do dano à vítima, quando possível, renunciar a bens e direitos indicados pelo MP como instrumentos, produto ou proveito do crime, prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas, entre outras.

O juiz passa a desempenhar um papel maior, não está mais restrito apenas a análise, uma vez que está incumbido da função de homologar judicialmente o acordo, após verificado os aspectos de voluntariedade e de legalidade e as condições, garantindo que não sejam violadas as garantias processuais do acusado nem tampouco ajustes em detrimento do interesse da vítima. Inclusive, podendo devolver os autos ao Ministério Público para a readequação da proposta, caso necessário.

Com o cumprimento integral do acordo de não persecução penal celebrado será extinta a punibilidade e não constará na certidão de antecedentes criminais do acusado, não há reincidência, uma vez que não houve sentença condenatória. Apenas serão feitas as comunicações aos SIDII – Sistema de Integração com o Instituto de Identificação e ao SINIC – Sistema Nacional de Informações Criminais, para que conste na ficha corrida do acusado, com a intenção de que ao consultar os magistrados tenham conhecimento que já foi realizado um ANPP e não para fins externos. Pois não poderá firmar um novo acordo de persecução penal se já foi beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

O acordo de não persecução penal já era uma possibilidade dentro do sistema judiciário, aplicado por alguns poucos órgãos do Ministério Público por força da então Resolução 181 do CNMP. Com o advento da Lei 13.964/2019 se o Ministério Público se recusar a propor o acordo, mesmo sendo cabível, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma da lei.

De acordo com o levantamento realizado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão - CCR[228] do Ministério Público Federal, até o mês de Setembro de 2020 já foram firmados um total de 5.053 ANPP, sendo que 3.892 foram realizados no ano de 2020. O levantamento aponta que o instituto já foi utilizado nas 27 unidades da Federação, sendo mais recorrente no estado do Paraná, onde 1.288 acordos foram firmados até então. Merece destaque também os estados de São Paulo que realizou 643, Minas Gerais com 557, Santa Catarina com 513, Rondônia com 357 e Mato Grosso do Sul com 303.

O estudo ainda revela que entre os 5.053 ANPP firmados, os crimes com maior incidência são o contrabando ou descaminho em um total de 1.165, estelionato

[228] CCR - Câmara de Coordenação e Revisão é o órgão incumbido da coordenação, da integração e da revisão do exercício funcional dos membros do MPF na área criminal.

majorado 802, uso de documento falso 469, moeda falsa 285 e crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético 200.

Além disso, a justiça consensual ou negociada é uma das alternativas mais interessante para proporcionar maior celeridade ao processo penal, como forma de combater a morosidade do sistema que é lento e engessado, trazendo maior resolutividade aos casos. Um processo célere não é benéfico apenas para o acusado, mas também para a vítima e para toda a sociedade.

O sistema penitenciário no Brasil encontra-se caótico, há muitos aspectos a serem analisados, discutidos e modificados. O sistema judiciário está sobrecarregado, com uma grande demanda que necessita de uma resposta do Estado, resultando em um sistema lento e por muitas vezes, desacreditado. E a sociedade, por sua vez, presencia o aumento da criminalidade, a injustiça, a lentidão do sistema e assim não consegue desconstruir a ideia punitivista, para alcançar o equilíbrio.

Percebe-se que ainda de forma tímida a justiça consensual começa a fazer parte do nosso sistema judiciário. O que certamente é mais eficiente, tanto para o acusado, quanto para a vítima, quanto para a sociedade. Confere à justiça um tom mais humanitário, menos excludente e ao mesmo tempo garante proteção aos direitos fundamentais. Devemos afastar a ideia de impunidade de perto da justiça consensual, devemos afastar a ideia de que o cumprimento da pena é uma forma de vingança contra o acusado, devemos entender que unidade prisional que se transforma em depósito de gente, como se fossem um amontoado de lixo, não ressocializa ninguém, muito pelo contrário, o que deveria reintegrar acaba por segregar de forma irremediável.

CAPÍTULO 16

O TRABALHO TEMPORARIO COMO FERRAMENTA DE COMBATE AO DESEMPREGO EM TEMPOS DE ENFRENTAMENTO DA CRISE ECONÔMICA NO BRASIL CAUSADA PELA PANDEMIA DE COVID-19

Daniela Pires Laurentino Di Nizo

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa debater o instituto do trabalho temporário como alternativa de combate ao desemprego em tempos pandemia causada pelo Covid-19 no Brasil.

2. METODOLOGIA

Trata-se de um trabalho de estudo da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, com breve revisão na literatura do direito do trabalho, aliando análise crítica da pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Trabalho Temporário sobre o trabalho temporário em comparativo com base de dados do IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –sobre os desempregados decorrentes da pandemia causada pelo Covid-19 no Brasil, e por fim inclusão da análise.

3. DISCUSSÃO

1.- Surgimento do Trabalho Temporário

Em síntese, se tem notícia que o trabalho temporário surgiu nos Estados Unidos da América, no contexto pós guerra, em meados do ano de 1948, quando um advogado americano, se valeu dos serviços de uma ex-secretária para datilografar suas petições em horários flexíveis, sem estabelecer um novo vínculo.

A partir disso, o referido advogado notou que haviam outros casos semelhantes de grupo de pessoas como donas de casas, estudantes, aposentados, entre outros com necessidades e interesses em trabalhos eventuais para garantir uma renda extra em período transitório.

Assim, o surgimento do trabalho temporário remete ao período pós 2ª guerra mundial, como novo tipo de relação de trabalho em resposta para momento de crise, visando suprir demandas extras com maior flexibilidade e transitoriedade que o emprego formal.

“(...) foram estabelecidos novos tipos de relações de trabalho, substituindo o viés da continuidade, característico do emprego formal, pelo caráter da temporalidade e

flexibilidade, em consonância com uma nova sociedade que emergia sobre os escombros e reflexos da grande guerra mundial.” [229]

Já no Brasil, podemos dizer que, o trabalho temporário surgiu em 1970 através de uma iniciativa da Associação Comercial do Rio de Janeiro que encaminhou ao Ministério do Trabalho e Previdência Social um projeto de lei para estabelecer a relação de trabalho mais flexível em período transitório e visando inserir normas para o trabalho temporário em similaridade às regras existentes nos Estados Unidos, culminando na edição e promulgação da Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974.

Assim, a Lei nº 6.019/74 estabeleceu uma nova modalidade contratação de trabalhadores, em contrapartida ao contrato de emprego com viés de continuidade, considerando a característica da transitoriedade e de suprir demanda extraordinária das empresas, oportunizando aos trabalhadores uma possibilidade de ganho extra.

2.- Análise jurídica e dinâmica do trabalho temporário

Regulamentado pela Lei Federal nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974 alterada pela Lei Federal nº 13.429 de 31 de março de 2017 e pela Lei Federal nº 13.467 de 13 de julho de 2017, o trabalho temporário é um regime de contratação a termo limitado, atípico e formal, que visa atender as necessidades transitórias de demanda complementar ou de substituição de pessoal permanente das empresas urbanas, estabelecendo para modalidade, um prazo máximo de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias.

A contratação do trabalhador temporário deve, necessariamente, ser intermediada por uma agência especializada no trabalho temporário e devidamente registrada no Ministério do Trabalho e Emprego.

A agência de trabalho temporário colocará o trabalhador à disposição da empresa utilizadora do trabalho temporário, pelo prazo máximo de 180 dias, mediante remuneração paga em valor equiparado ao empregado efetivo da empresa utilizadora, conforme previsto no § 1º artigo 10º da Lei nº 6.019/74[230], citamos: *“§ 1o O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não*. “

Durante todo período previsto para duração do trabalho temporário, o trabalhador fica subordinado à empresa utilizadora.

[229] https://asserttem.org.br/trabalho-temporario acessado em 25.07.2021
[230] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm , acessado em 25.07.2021

É exigência legal que a empresa utilizadora do trabalho temporário celebre um contrato civil de prestação de serviço na forma do artigo 9º da Lei 6.019/1974 [231] e artigo 32 do Decreto 10.060/2019[232] com a agência de trabalho temporário.

Não obstante, para validade da contratação de um trabalhador temporário é essencial que a empresa utilizadora cumpra um dos motivos justificadores, conforme determina no artigo 2º da Lei 6.019/74, citamos: "*Art. 2o Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços."* [233]

A hipótese legal de necessidade de substituição transitória de pessoal permanente, ocorre quando a empresa utilizadora necessita substituir transitoriamente seu empregado efetivo por um trabalhador temporário em razão de afastamentos legais, licenças saúde, férias, suspensões e interrupções do contrato de trabalho e a outra hipótese legal de contratação temporária é para atendimento da demanda complementar de serviços da empresa.

Imperioso ressaltar que, é proibido pela Lei do Trabalho Temporário a contratação de trabalhador temporário para substituir transitoriamente empregados que aderiram às greves.[234]

No que se refere à demanda complementar de serviços, as empresas se valem de trabalhadores temporários para atender suas demandas extraordinárias,

---

[231] Art. 9o O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá: (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - qualificação das partes; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - prazo da prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

IV - valor da prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm)

[232]Art. 32. Para a prestação de serviços de colocação de trabalhadores temporários à disposição de outras empresas, é obrigatória a celebração de contrato escrito entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviços ou cliente, do qual constarão expressamente:

I - a qualificação das partes;

II - a justificativa da demanda de trabalho temporário;

III - o prazo estabelecido para a prestação de serviços;

IV - o valor estabelecido para a prestação de serviços; e

V - as disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local em que seja prestado o serviço.

§ 1º O valor da prestação de serviços a que se refere o inciso IV do caput consiste na taxa de agenciamento da prestação de serviço de colocação à disposição de trabalhadores temporários.

§ 2º A justificativa da demanda de trabalho temporário a que se refere o inciso II do caput consiste na descrição do fato ensejador da contratação de trabalho temporário.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10060.htm , acessado em 25.07.2021

[233] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm , acessado em 25.07.2021

[234] § 1o É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm , acessado em 25.07.2021

como por exemplo: pico de produção advindo de um novo contrato comercial, para setor varejista, o aumento das vendas em épocas festivas como Natal.

Com base na hipótese legal de aumento de demanda, recentemente, vimos a utilização do setor de saúde aderirem à contratação de trabalhadores temporários para atender as demandas dos hospitais de campanha em combate à pandemia de Covid-19, nas mais diversas funções: médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem.

Todavia, há que se chamar atenção para necessidade de a doutrina trabalhista brasileira diferenciar o trabalho temporário de um tipo de terceirização.

Nesse ponto, elucida o eminente doutrinador Maurício Godinho Delgado[235], em sua clássica obra Curso de Direito do Trabalho:

A Lei n. 6.019/74 criou relação justrabalhista trilateral, que se repete, *mutatis mutandis*, nas demais situações de terceirização: a) empresa de trabalho temporário ou empresa terceirizante; b) trabalhador temporário; c) empresa tomadora dos serviços ou empresa cliente.

O vínculo jurídico do trabalhador temporário (de natureza empregatícia, repita-se) estabelece-se com a empresa de trabalho temporário, embora ele preste efetivos serviços à empresa tomadora. Como se percebe, através dessa fórmula, seguida pelo restante do processo terceirizante, a Lei n. 6.019/74 dissociou a relação econômico-social de prestação de serviços da relação jurídica decorrente, rompendo com a dualidade combinada que caracteriza a fórmula clássica celetista (caput dos arts. 2º e 3º da CLT).

Em breve abordagem, o advogado João Cordeiro[236] em sua obra sobre o trabalho temporário:

O trabalho temporário, para alguns doutrinares é tido como uma espécie de trabalho terceirizado. Porém, algumas cautelas devem ser tomadas ao classificá-lo nesta modalidade de trabalho, eis que a terceirização tem como objetivo o fornecimento de mão de obra especializada para determinado serviço e não apenas de um cargo específico, sendo que os trabalhadores estão subordinados diretamente a prestadora de serviços, não havendo qualquer relação entre aqueles e o tomador de serviços.

Já o trabalho temporário o trabalhador firma contrato com a prestadora de serviços, sendo que a subordinação e a pessoalidade são tidas diretamente com o tomador de serviços, tendo este o poder diretivo, disciplinar e técnico sobre o trabalhador temporário, caracterizando típica relação de intermediação de mão de obra.

Além da distinção entre a relação jurídica da terceirização em contrapartida a relação jurídica do trabalho temporário, de identifica forma, não se deve confundir o trabalho temporário como uma subespécie de contrato a prazo determinado.

Sobreleva ressaltar que, o contrato por prazo determinado está voltado para a experiência do trabalhador contratado, serviços específicos ou atividade empresarial transitória (CLT, art. 445).

O contrato por prazo determinado, contido no artigo 443[237] e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, tem sua vigência atrelada a um termo prefixado ou

---

[235] Delgado, Mauricio Godinho.Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019. Página: 578.

[236] CORDEIRO, João. Trabalho Temporário: Fundamentos Práticos da Lei 6.019/74.p. 27.

[237] Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

atrelado à execução de serviços especificados ou ainda na realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada, não podendo ser estipulado por mais de 2 (dois) anos.

Contudo, de acordo com os ditames do 10º artigo Lei nº 6.019/74, o contrato temporário extrai-se que não poderá exceder o prazo de 180 dias, ou seja, poderá permanecer vigente ATÉ este período limite, estando escorreitamente condicionado à demanda que justificou sua contratação.

No mesmo sentido segue o § 4º do artigo 10da Lei 6.019/74, o qual expressou claramente a diferenciação entre o contrato de trabalho temporário e o contrato de trabalho a prazo determinado, assentando que não se aplica ao trabalhador temporário o contrato de experiência do artigo 445 da CLT.

Citamos, neste aspecto, o voto da Eminente Ministra do Superior Tribunal do Trabalho Brasileiro ao enfrentar a questão do trabalho temporário em recente julgamento de Incidente de Assunção de Competência publicado em 29/07/2020 [238]:

"Já a extinção do contrato temporário ocorre pelo decurso do prazo máximo previsto na lei e/ou pelo fim da "necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente" ou ao "acréscimo extraordinário de serviços", requisitos necessários à própria existência da relação contratual. Nesses casos, a extinção da contratualidade não depende de iniciativa do empregador, não havendo como se reconhecer arbitrariedade na dispensa, por se tratar de termos finais estritamente previstos em lei. Por outro lado, o contrato temporário também não se confunde com o contrato por prazo determinado regulado nos arts. 479 a 481 da CLT. Nessa hipótese contratual, há proteção legal inclusive contra a rescisão antecipada do ajuste, mediante pagamento de indenização pelo empregador (art. 479) ou pelo empregado (art. 480). Tal consequência fundada na CLT é inaplicável ao contrato temporário, como reconhecido pela própria SBDI-1 no E-RR-1342-91.2010.5.02.0203 (Redator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/08/2015), como se extrai do voto do Exmo. Redator Designado, Renato de Lacerda Paiva: "o contrato temporário é um contrato especial para atender situação específica, regido por estatuto próprio, e, portanto, não é alcançado por dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho". Pelo contrário, o art. 12, "f", da Lei nº 6.079/1974 estabelece indenização diversa e específica, aplicável à hipótese de "dispensa sem justa causa ou término normal do contrato".

Ademais, a própria lei de regência do contrato temporário, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017, esclarece que o trabalhador temporário que laborar pelo prazo máximo legal, contadas as prorrogações previstas no diploma, somente pode ser colocado à disposição do mesmo tomador dos serviços após noventa dias do encerramento do contrato anterior (art. 10, § 5º, da Lei nº 6.019/1974). Ainda que tal disposição seja inaplicável à espécie a fim de evitar aplicação retroativa da norma legal, cuida-se de interpretação autêntica do regime, revelando **a incompatibilidade do sistema de trabalho temporário com qualquer hipótese de prorrogação do contrato para além dos prazos fixados em lei**.".

---

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

[238]Processo nº Nº TST-IAC-563931.2013.5.12.0051. Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=5639&digitoTst=31&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar

Clareando o debate, recentemente o Decreto nº 10.060 de 14 de outubro de 2019 trouxe em seu artigo 31[239] que o contrato temporário não se confunde com contrato por prazo determinado.

3.- Dos direitos dos trabalhadores temporários

Trabalho temporário não é precarização da relação de trabalho.

A Lei do Trabalho Temporário cuidou em assegurar os direitos sociais e trabalhistas aos trabalhadores contratados sob esta modalidade.

Isso porque, a referida lei conferiu no seu artigo 12 um rol de direitos trabalhistas, proteção previdenciária, além de garantir aos temporários o direito ao recebimento do deposito fundiário (Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990).

São direitos dos trabalhadores temporários, nos termos do artigo 12 da Lei nº 6.019/74[240]:

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);

c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

d) repouso semanal remunerado;

e) adicional por trabalho noturno;

f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;

g) seguro contra acidente do trabalho;

h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

§ 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.

§ 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

Verifica-se, neste aspecto, que a Lei do Trabalho Temporário, desde seu surgimento, buscou conciliar a garantia dos direitos sociais e previdenciários aos trabalhadores, sem atingir sua essência de contratação de mão de obra dinâmica, flexível e ágil para empresas urbanas.

Para o trabalhador que permanece num período como temporário, não há desemparo social, pois, além dos direitos sociais e previdenciários garantidos, lhe é

---

[239] "Art. 31. O contrato individual de trabalho temporário não se confunde com o contrato por prazo determinado previsto no art. 443 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e na Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998."

[240] (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm)

oportunizado demonstrar suas habilidades profissionais, adquirir experiencia, servindo o período temporário como uma vitrine de seus serviços prestados, sendo que, ao final do contrato, poderá este trabalhador ser contratado como empregado definitivo na empresa utilizadora de trabalho temporário.

4.- Do combate ao desemprego causada pela pandemia de Covid-19 no Brasil através do trabalho temporário

Um retrato do Brasil, segundo o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no período do primeiro trimestre de 2021, atingimos a marca de 14,8 milhões de desempregados, com taxa de desemprego em 14,7%[241].

Os números revelados pelo IBGE sobre o desemprego no Brasil são alarmantes e muito se deu em decorrência das frágeis e ineficazes políticas econômicas adotadas por governos anteriores e pelo governo atual, mas, principalmente a elevação do número de desempregados em nossa sociedade, podemos atribuir à atual crise economia causada pela pandemia de Covid- 19 que assolou toda comunidade mundial.

As empresas, nessa conjuntura de enfrentamento à pandemia do Coronavírus, se viram obrigadas a criar rápidas estratégias de sobrevivência, pois incontáveis foram as medidas impostas pelos órgãos públicos, como: restrição de circulação da população, fechamento de atividades empresariais não essenciais, restrições de horário de funcionamento, *lockdowns*, entre outros, a fim de combater o contágio do vírus na população, buscando diminuição no número de infectados e falecidos.

À classe trabalhadora, em igual ou até em maior dimensão que as empresas, sofreram com a pandemia causada pelo Covid-19, vale frisar: aumento do desemprego, suspensões do contrato de trabalho, redução de jornada e salário, aumento informalidade, dependência economia direta de política pública de auxílios emergenciais, causando um verdadeiro clima de incertezas e vulnerabilidade social.

Todavia, na contramão da crise, alguns setores da economia se destacaram e tiveram um vertical crescimento de suas demandas, como setor de saúde, setor da indústria, no que tange produção de produtos hospitalares, respiradores, produtores álcool em gel, não podendo olvidar-se dos setores de alimentos, logística, agronegócios e e-commerce.

Pela breve análise, constata-se que a característica principal deste momento de combate à pandemia no mercado de trabalho é a sazonalidade. Em se tratando de sazonalidade das empresas, aliada ao fomento do trabalho formal para classe trabalhadora, a medida trabalhista mais adequada e eficaz de combate à crise econômica e desemprego é valer-se do instituto do trabalho temporário para as contratações de mão de obra.

Em pesquisa realizada pela ASSERTTEM (Associação Brasileira de Trabalho Temporário) divulgada em junho 2021[242], 'a contratação de trabalhadores temporários cresceu 65% no 1º quadrimestre deste ano, na comparação com igual intervalo de 2020.' E acrescenta, 'foram 1.0 foram 1.068.820 contratações em plena pandemia. Um

[241] https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php

[242] Contratação de temporários cresce 65% - Diário do Comércio. https://diariodocomercio.com.br/economia/contratacao-de-temporarios-cresce-65

número bem significativo, se comparado ao mesmo período do ano passado, no auge da Covid-19, quando o número de contratações temporárias foi de 779.780'.

Ainda, em dados recentes divulgados pela Associação do Trabalho Temporário em julho de 2021 estimou a criação de '1.280.000 vagas temporárias devem ser criadas neste semestre, sendo a maior parte nos setores da indústria e de serviços'[243].

O trabalho temporário se revela como uma boa oportunidade para os trabalhadores, em fase de vulnerabilidade causada pelo desemprego ou aqueles que necessitam aumentar sua renda, conquistarem um trabalho formal, cercado de garantias trabalhistas e sociais.

E para as empresas, uma medida trabalhista eficaz e ágil em resposta às flutuações econômicas, especialmente para períodos de incertezas advindas de um boom inesperado de demanda ou até mesmo recessões da economia.

4. CONCLUSÃO

Através da pesquisa realizada, é possível concluir que a Lei do Trabalho Temporário sempre esteve à frente de seu tempo ou seja na vanguarda, de modo que trouxe já no seu nascimento no ano de 1974, dinamismo nas relações de trabalho e agilidade nas contratações de mão de obra, porém, sem deixar o trabalhador em desamparo ou mesmo precarizar a força de trabalho.

E em tempos de enfrentamento da crise econômica causada pelo Covid-19, o trabalho temporário se evidencia como uma moderna ferramenta de gestão para as empresas atenderem suas demandas complementares imprevisíveis, com maior velocidade e menor custo e ainda como uma importante alternativa para geração de empregos formais no Brasil, promovendo inclusão de mais trabalhadores no mercado trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm . Acesso em 25.jul.2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm . Acesso em 25.jul.2021.

BRASIL. Decreto nº 10.060 de 14 de outubro de 2019. Regulamenta a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10060.htm

CORDEIRO, João. MOTA, Adriano. Trabalho Temporário: Fundamentos Práticos da Lei 6.019/74. 2ª Edição. São Paulo, SP: Life Editora, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.

[243] https://www.sbtnews.com.br/noticia/economia/173655-mais-de-12-milhao-de-vagas-temporarias-devem-ser-criadas-neste-semestre

TRABALHO TEMPORARIO. Asserttem, 2021. Disponível em: https://asserttem.org.br/trabalho-temporario . Acesso em: 24. jul.2021.
IBGE. Desemprego, 2021. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php . Acesso em: 24.jul.2021.
Contratação de temporários cresce 65%. Diário do Comércio, 2021. Disponível em: https://diariodocomercio.com.br/economia/contratacao-de-temporarios-cresce-65 . Acesso em: 24. jul.2021.
Mais de 1,2 milhão de vagas temporárias devem ser criadas neste semestre. Sbtnew, 2021. Disponível em: https://www.sbtnews.com.br/noticia/economia/173655-mais-de-12-milhao-de-vagas-temporarias-devem-ser-criadas-neste-semestre . Acesso em: 24. jul.2021.

CAPÍTULO 17

LAWFARE E A MÍDIA: REFLEXÕES NO BRASIL

Danilo Roberto Cuccati

A coalizão entre agentes públicos e figuras representativas do setor de comunicação social no Brasil revela indispensável reflexão no campo jurídico quanto à utilização da Lei (*law*) como instrumento político de guerra (*warfare*), criminalização e deslegitimação de inimigos e opositores alçados pelo Estado Nacional, pautado na espetacularização midiática que atende ao senso difuso de justiça e combate à corrupção.

O *Lawfare* é assente na doutrina internacional como "o uso da lei como arma de guerra"[244], e "estratégias de mobilização jurídica que incluem alguma forma de litígio e que são motivadas por um objetivo de transformação social que vai além da vitória em um processo judicial individual"[245] e modernamente no Brasil tem-se como "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo"[246], utilizando-se do processo judicial e da aplicação da lei de forma casuística com aparente legalidade e com o auxílio dos meios de comunicação para perseguir desafetos contrários a ideologia ou interesse político do opositor, interferindo no sistema eleitoral do Estado Democrático de Direito em grave violação aos direitos individuais e fundamentais previstos nas Constituições.

Em comparativo as tradicionais guerras bélicas, o *Lawfare* atua essencialmente em três dimensões: a geografia como escolha da jurisdição favorável a tese jurídica do opositor, o armamento com a aplicação da lei de forma casuística e as externalidades como ambiente criado para justificar a perseguição do opositor pelos detentores do poder do Estado[247], sendo esta última característica o norte das reflexões entre o *Lawfare* e os meios de comunicação no Brasil.

A mídia escrita, o rádio e a televisão tradicionalmente são os principais meios de comunicação e difusão de conteúdo (verossímeis ou não) ao cidadão, sendo tal posição contemporaneamente fragmentada pelas informações disponíveis na

---

[244] DUNLAP JR., Charles J. *"Law and Milatary Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts"*. Working Paper, Cambridge (Mass.), Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001, p.2.

[245] GLOPPEN, Siri. *Conceptualizing Lawfare*, p. 14. Disponível em https://www.academia.edu/35608212. Acessado em 05 de junho de 2021.

[246] ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael**. *Lawfare: uma introdução.*** São Paulo: Contracorrente, 2019, p.26.

[247] John Comaroff explica lawfare. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg. Acessado em 18/06/2021.

internet, mídias sociais e veículos de informação independentes, todas com grande potencial de criar um discurso de legitimação de perseguição política e jurídica.

As sociedades modernas migraram dos campos físicos de batalha para os meios de comunicação com o intuito idêntico de deslegitimar ou assolar o tido inimigo, não mais com o espírito de "eu enfrentava os batalhões, os alemães e seus canhões" da canção João e Maria de Chico Buarque, mas com a utilização do discurso e da lei como meio de legitimar a presunção de culpabilidade do adversário e assim iniciar a guerra jurídica e a disputa no cenário político, em especial por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público com anseios políticos e pouco apreço a valores democráticos que atentam contra as garantias processuais do juiz natural, proibição de tribunal de exceção e garantia do juiz competente, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXVII e LIII, violando ainda a **Convenção Americana de Direitos Humanos** da qual o Brasil é signatário, que estabelece em seu artigo 8º que toda pessoa tem o direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei".

A condescendência traz o efeito da normalização das condutas arbitrárias que antes transitavam pelos quartéis e agora ganha novo contorno nos arroubos autoritários promovidos nos tribunais.

Como bem aponta o Professor Lenio Streck: "juízes e membros do Ministério Público não podem fazer agir estratégico, isto é, não podem usar o Direito com desvio de finalidade. Agir estratégico é similar à *lawfare*".[248]

A criação de heróis pelos holofotes midiáticos como arautos da justiça e guardiões da lei representam uma característica clássica do *Lawfare*: "o juiz-soldado, não raro, acredita que tem a missão de livrar o mundo dos inimigos, ainda que imaginários".[249]

A utilização de mecanismos legais de coerção e a opinião pública materializam o *Lawfare* dentro do ciclo de poder de acordo com a conveniência e oportunidade dos perseguidores, onde a sociedade passa a enxergar o opositor como inimigo real através da ótica teatral da opinião pública tradicional e da divulgação de informações pelas redes sociais, que à margem das boas práticas do jornalismo não se acanham em publicar conteúdos falsos (*fake news*) e sem identificação de fonte, em afronta ao artigo 5º, inciso IV, da Carta da República de 1988, que garante "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", advindo daí o ingresso de processos judiciais frívolos que passam a ser naturalmente aceitos pela sociedade como propósitos legítimos, chancelando as ações contra o inimigo sob o manto do clamor público que pugna pelo ideal de justiça e moralidade política.

As armas recorrentemente utilizadas nas externalidades do *Lawfare* compreendem além da utilização de informações falsas (*fake news*), a estratégia de desinformação (*desinformation*) e informação incorreta (*misinformation*), conjuntamente com o uso do direito de forma abusiva com a promoção de acusações sem materialidade que visam prejudicar a imagem e privar a liberdade do adversário com viés político e ideológico como fim, minando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório em ofensa direta à Constituição Federal Brasileira que em seu

[248] https://www.conjur.com.br/2018-set-20/senso-incomum-stf-alerta-uso-estrategico-direito-juizes-promotores

[249] https://revistacult.uol.com.br/home/lawfare-sistema-de-justica/

artigo 5º, inciso LV, prevê "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Tal fenômeno atinge de *front* os direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático Brasileiro, e vêm sendo observado mundo afora por atores sociais, líderes políticos e religiosos, à exemplo do discurso do Papa Francisco na cúpula Pan-americana de Juízes sobre Direitos Sociais e Doutrina Franciscana:

"Aprovecho esta oportunidad de reunirme con ustedes para manifestarles mi preocupación por una nueva forma de intervención exógena en los escenarios políticos de los países a través del uso indebido de procedimientos legales y tipificaciones judiciales. El lawfare, además de poner en serio riesgo la democracia de los países, generalmente es utilizado para minar los procesos políticos emergentes y propender a la violación sistemática de los Derechos sociales. Para garantizar la calidad institucional de los Estados es fundamental detectar y neutralizar este tipo de prácticas que resultan de la impropia actividad judicial en combinación con operaciones multimediáticas paralelas. Sobre esto no me detengo pero el juicio previo mediático lo conocemos todos".[250]

Nesta compreensão, tem-se que a mídia exerce o papel de central de condicionar as opiniões e julgamentos a respeito dos opositores na formação de um tribunal de rua e, "por óbvio, exercem forte influência na sociedade que, por sua vez, acaba 'pressionando' os julgadores em suas decisões, os quais passaram a decidir de acordo com a aprovação popular",[251] com a utilização da lei e do processo como instrumento de perseguição política capaz de interferir de maneira substancial no sistema eleitoral do País, incidindo na quebra de imparcialidade do Poder Judiciário onde os limites da legalidade se tornam nevoantes.

A par dos propósitos econômicos e comerciais dos meios de comunicação tradicionais, que por vezes ultrapassam os limites da liberdade de imprensa no objetivo de desqualificar aqueles que são contrários aos seus interesses, a internet e as mídias sociais em que pese tenham popularizado o acesso a informação acabam por violar o marco de liberdade de expressão na divulgação de notícias falsas e incorretas, se afastando do objetivo principal de informar o cidadão e sendo terreno fértil para o *information warfare* (guerra da informação) e o *trial by media* (julgamento pela mídia) com táticas de narrativa que visam atingir o antagonista e influenciar as decisões dos tribunais.

A guerra de informação possui função estratégica fundamental nos meios de comunicação na desmoralização e manipulação das *pautas populares em face do adversário com a narrativa retórica de moralização e combate à corrupção, criando na população o sentimento de revolta e desesperança capaz de impulsionar a seletividade no uso e aplicação da lei que violam, por conseguinte, direitos fundamentais tornando tênue a fronteira entre a legalidade e ilegalidade.*

---

[250] FRANCISCO. *Discurso Del Santo Padre Francisco em la Cumbre de Jueces Panamericanos sobre derechos sociales y doctrina franciscana*. Disponível em https://www.vatican.va/content/francesco /es/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html Acessado em 26/06/2021

[251] ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael**. Lawfare:** uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019, p.63.

O pré-julgamento pela mídia influencia os ânimos do sistema de justiça e frustra o ideário de *fair trial* (julgamento justo) realizado por juiz natural e imparcial com observâncias aos princípios da ampla defesa e do contraditório, onde os tidos inimigos do persecutor sofrem com condenações que extrapolam o viés jurídico e atingem sua honra, imagem e reputação, violando o princípio constitucional da presunção de inocência.

A publicidade quando utilizada com abuso de direito e de forma ostensiva pelos meios de comunicação tendem a formar um juízo de culpa em desfavor dos acusados eleitos como inimigos pelo senso comum, à exemplo das deflagrações de operações policiais que se autodenominam combatentes da corrupção, que no entanto tendem a conduzir as impressões da sociedade não através da revelação de fatos e prova do processo, mas a partir de versões que amparam o trabalho perseguidor do sistema de justiça e da mídia.

A Constituição Federal Brasileira abarca a liberdade de imprensa e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, prevista no art. 5º, IX da CF/88, e crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, previsto no art. 5º, VIII da CF/88, sendo ainda, direito fundamental previsto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que, no entanto, como qualquer outro direito encontra limitação quando seu exercício ofende outras garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição.

Embora a Constituição e a Lei não estabeleçam limites expressos à liberdade de imprensa e de expressão, sabe-se que não é um direito absoluto, e práticas criminosas não podem ser acobertadas sob o argumento simplório de censura, considerando que não há controle prévio do conteúdo, e devendo o cidadão ser responsabilizado por atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito, por calúnia, difamação, injúria, danos materiais e morais que, embora não sejam direcionadas especificamente a tratar do tema dos limites da liberdade de expressão, possam inspirar a criação de um marco regulatório sobre o tema para evitar abusos por parte do Estado em colisão com outros direitos fundamentais, ainda na lição de Norberto Bobbio:

"Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente".[252]

O *Lawfare* em suas externalidades conta ainda com estratégias de manejo das regras de competência do processo judicial, excesso de acusação (*overcharging*), restrição no patrimônio, busca e apreensão, aplicação de multa pecuniária, abuso de prisão preventiva e delação premiada, condução coercitiva, denúncia sem materialidade (*frivolous charge*) e violação ao sigilo dos escritórios de advocacia, com vistas a utilizar o ordenamento jurídico como instrumento de perseguição política a adversários, todas com repercussão cinematográfica *à la* Federico Fellini.

O uso estratégico do direito com o objetivo de perseguição política e jurídica é uma contradição em si, posto que no Estado Democrático de Direito não se afigura a

[252] BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24.

ideia do inimigo, pois "o conceito jurídico do inimigo só é admissível em um Estado absoluto",[253] e nem a quebra dos valores de igualdade, dignidade da pessoa humana e justiça a revelar a contraposição de amigo e inimigo sustentada por Carl Schmitt "os amigos, aos quais se reconhecem direitos fundamentais, e os inimigos, dos quais é subtraída a própria condição de pessoa",[254] sendo fundamental estabelecer limites claros de diferenciação entre *Lawfare* e processos legítimos contra políticos acusados de crimes.

Os meios de comunicação em massa exercem um protagonismo fundamental no campo político e social ao informar e formar a opinião pública, oportunidade em que o *Lawfare* encontrou um elemento instrumental para se fortalecer e criar o ambiente propício para a perseguição e desconstrução da imagem de um inimigo, se beneficiando do clamor popular e prejulgamentos que propiciam o desmonte das instituições judiciárias e desvirtuação de princípios basilares do Estado de Direito.

No Brasil, seria salutar a criação de Conselhos de Imprensa e a edição de Lei específica para regulamentar as boas práticas dos meios de comunicação com vistas à salvaguarda dos órgãos de justiça e do cidadão frente às práticas de *Lawfare*, inspirando-se no Direito Internacional à exemplo da Comissão Real de Imprensa e do *contempt of court* na Inglaterra e da Lei de Responsabilidade de Mídia Local na Dinamarca, garantindo mecanismos de controle social, no sentido de inibir práticas na mídia, que violem os princípios do Estado Democrático de Direito.

As agências de checagem de notícia (*fact-checking*) e veículos de informação independentes são fortes aliados do jornalismo de referência que empiricamente se dedica a apuração dos fatos em meio à divulgação de notícias falsas promovidas pelo *establishment* midiático, esforço que garante ao cidadão a participação colaborativa mediante a disponibilização de canais para denúncia de conteúdo desinformativo, permitindo a livre formação de ideias e opiniões que colaboram com o aperfeiçoamento da democracia.

Felizmente, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro têm resistido aqui e acolá às tentações de exceção ao devido processo legal ao reconhecer nulidades por quebra de parcialidade e falta de materialidade em denúncias baseadas em convicções políticas e ideológicas não amparadas por provas, no entanto, em uma espécie de efeito *backlash* arcam com o desgaste de sua credibilidade e perda da confiança nas instituições pelo cidadão envolto pela narrativa construída no *Lawfare*, mas ainda assim, cientes de que a democracia é um regime de consonante conquista e não de concessão.

A atuação dos órgãos de fiscalização e preservação da autonomia judicial como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Superior da Magistratura é fundamenta para zelar pela autonomia do Poder Judiciário contra ameaças, pressões e violações externas que possam conduzir a práticas de *Lawfare*, quiçá a criação de um órgão constitucional com participação popular fora da órbita de poder com a função de garantir uma maior independência judicial e participação na administração do Poder Judiciário, velando pela imparcialidade dos Juízes e Tribunais no cumprimento de suas atribuições, sem qualquer ingerência sobre o mérito das decisões judiciais.

[253] ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no Direito Penal. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 160.
[254] SCHIMITT, Carl. *La notion de politique*. Paris: Flammarion, 1992, p.64.

Como arremate, o *Lawfare* quando praticado com fins políticos fere um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja a pluralidade política e a alternância de poder previsto no artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal Brasileira de 1988, o que pode fragilizar de forma duradoura a democracia, sendo máxime o fortalecimento do devido processo legal e aperfeiçoamento das causas de suspeição e impedimento dos juízes que são expressamente proibidos de dedicar-se à atividade política partidária (artigo 95, § único, inciso III da CF/88), não em defesa de um positivismo pragmático distante da realidade social e política, mas sim com a lucidez de estarmos diante um novo instituto jurídico que atinge, em especial, democracias ainda em afirmação como a do Brasil.

CAPÍTULO 18

A VULNERABILIDADE SOCIAL NA PANDEMIA DE COVID-19

Diego Henrique de Farias Franzo

1. Introdução

A pandemia causada pela covid-19 atinge a população mais vulnerável socioeconomicamente, colocando essas pessoas em situação de vulnerabilidade ao contágio da doença que devido à sua condição de disseminação elevada, atinge sobremaneira àqueles que não tem a comodidade de ficar de quarentena e precisam sair de casa para o trabalho e dessa forma entrando em contato com vírus contraem a doença que acabam transmitindo aos seus familiares ao retornarem para casa.

O presente artigo pretende abordar a condição de vulnerabilidade dos trabalhadores que mais estão em contato com coronavírus, em especial das trabalhadoras domésticas que devido a quarentena acabaram perdendo o emprego e que receberam auxílio emergencial insuficiente por parte do governo federal, subsídio insuficiente para uma sobrevivência digna dessas trabalhadoras.

A falta de resposta do Estado se reflete na subnotificação de contágio e mortes decorrentes do Coronavírus por parte da população mais pobre, moradora das periferias onde não há centros de tratamento para os doentes e cujo acesso as unidades básicas do sistema único de saúde encontram-se superlotadas. Para demonstrar essa situação precária e de abandono em que essas pessoas se encontram é que esse artigo se propõe a fazer um breve panorama de como a pandemia atinge a população mais pobre.

2. Materiais e métodos

Para desenvolver este artigo, utilizou-se da técnica metodológica de pesquisa bibliográfica mediante a seleção e análise de dados, livros, artigos científicos entre outros, através de uma abordagem hipotética dedutiva, sob uma perspectiva antropológica.

3. Vulnerabilidade social na pandemia de Covid-19

As desigualdades sociais e econômicas se acentuaram no Brasil em decorrência da pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19), no entanto, as pessoas que são mais expostas ao contágio são aquelas que não tem a comodidade de um trabalho remoto e precisam se deslocar de suas casas enfrentando muitas vezes ônibus lotado, ruas com

aglomeração, dentre outros fatores que as tornam vulneráveis a contrair essa terrível doença.

Além disso, a pandemia da Covid-19 não é democrática, pois por falta de políticas públicas por parte do Estado, atinge majoritariamente a população mais pobre, vulnerável e que é marginalizada desde o contágio até o atendimento médico de emergência, quando este existe, pois muitas são as pessoas que não nem tem acesso às UTIs em casos mais graves e, portanto, acabam morrendo abandonadas pelo Estado em suas próprias casas. Muitas dessas pessoas são trabalhadores que quando contraem a Covid-19, acabam contaminando também sues familiares e pessoas próximas, o que se acentua ainda mais entre aqueles que residem em zonas periféricas, nas favelas onde as habitações são pequenas e com poucos cômodos, impossibilitando dessa forma o isolamento social da pessoa contaminada.

Dentre as formas de trabalho mais atingidas, cabe ressaltar a classe dos trabalhadores domésticos, formada em sua maioria por mulheres pretas e pobres, com baixo nível de escolaridade e que muitas vezes são chefes de família, ou seja, são responsáveis pelo sustento familiar.

Neste estudo, destacamos três pontos a partir dos quais incide essa agudização das condições de vulnerabilidade: o tipo de trabalho realizado; a desproteção social da categoria; e a sistemática violação de direitos fundamentais à qual integrantes dessa categoria profissional vêm sendo submetidas. Exemplo de tal vulnerabilidade extrema é o fato de que a primeira morte contabilizada no estado do Rio de Janeiro foi de uma trabalhadora doméstica, que contraiu o vírus de sua empregadora, recém chegada de viagem à Itália.[255]

Devido ao agravamento e disseminação exponencial da Covid-19, muitos empregadores perderam seus empregos e como forma de aderir a medidas de isolamento social, também acabaram dispensando as trabalhadoras domésticas de suas residências. As trabalhadoras domésticas, no entanto, por sua condição de pobreza devido à baixa remuneração e agora sem emprego formal ou informal passaram a depender do auxílio emergencial do Governo Federal distribuído inicialmente por três meses no valor de R$ 600 reais mensais, que apesar de pouco, num primeiro momento foi essencial para subsistência dessas mulheres e suas famílias, todavia, medidas de redução do auxílio agravaram sua situação econômica.

No início de setembro de 2020, foi anunciado que o auxílio seria prorrogado até dezembro de 2020, mas com o valor de apenas R$ 300. Essa redução do valor do auxílio gerou uma série de críticas, especialmente quando estudos já mostraram que a existência desse benefício, no valor integral, foi capaz de evitar, em certa medida, uma queda ainda maior que a queda de 9,7% verificada no produto interno bruto (PIB) brasileiro entre o segundo e o primeiro trimestres de 2020.[256]

[255] Citado por TOKARSKI, Carolina Pereira; PINHEIRO, Luana Simões. Trabalho doméstico remunerado e covid-19: aprofundamento das vulnerabilidades em uma ocupação precarizada. 2021. p. 62.

[256] TOKARSKI, Carolina Pereira; PINHEIRO, Luana Simões. Trabalho Doméstico Remunerado e Covid-19: aprofundamento das vulnerabilidades em uma ocupação precarizada. 2021. p. 59.

Dentro de um sistema capitalista em que se dá prioridade ao lucro em detrimento a vidas humanas, manifestações contrárias e negacionistas em relação a pandemia surgem daqueles que estão em uma posição de conforto, com baixa exposição ao contágio e que possuem acesso a tratamentos prioritários. As subnotificações daqueles que são atingidos pela pandemia e que morrem em decorrência dos agravamentos da doença demonstram claramente qual é a atenção por parte do Estado para com essas pessoas, ou seja, revelam que para o Estado essas pessoas nem sequer existem, sendo subnotificadas, pois não fazem parte de sua agenda prioritária de políticas públicas em atenção vida, suprimindo-as de seus direitos fundamentais.

O Direito tem um papel fundamental na legitimação ou erradicação das injustiças, principalmente, em um país marcado por uma profunda desigualdade social como o Brasil. Contudo a mera publicação de leis, sem a efetiva fiscalização e conscientização social, não é capaz, por si só, de romper com o atual sistema que oprime todas as mulheres, inclusive, no mercado de trabalho.[257]

Sob uma perspectiva antropológica, pode se dizer há uma desigualdade social econômica assimilada pelo Estado e disseminada por parte dos governantes em considerar quais são as vidas que importam, ou seja, há uma espécie de “culturalização” ao se identificar quem são aqueles que serão menos atingidos pela pandemia e aqueles serão os mais atingidos.

O etnocentrismo então desenvolve a crença em determinado grupo que são superiores aos demais grupos e tais crenças contêm o germe do racismo, da intolerância, e, frequentemente, são utilizadas para justificar a violência praticada contra os outros.
(...)
O etnocentrismo então desenvolve a concepção de "nós e os outros", que pode ocorrer dentro de um mesmo grupo na divisão entre parentes e não-parentes em que os primeiros são melhores por definição e recebem um tratamento diferenciado.[258]

Há, portanto, um mapeamento da pandemia de acordo as respostas que interessam aos detentores do poder, ou seja, a subnotificação é naturalizada em detrimento de interesses políticos econômico, mantendo privilégios dos que desfrutam do capitalismo como forma de manter seu desenvolvimento.

Mas quando esse mapeamento não é feito, especialmente diante de uma pandemia, podemos observar, então, a direção que um governo toma diante da escolha entre vidas e mortes. É assim que cada um de nós nos tornamos desimportantes no contexto da pandemia. Mas mesmo a desimportância é seletiva. Em Belém, no Pará, por

[257] ROQUE, Camila Bertoleto; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. As carreiras das mulheres no Brasil: igualdade de oportunidades ou teto de vidro? 2021. p. 23811.
[258] LARAIA, ROQUE DE BARROS. Cultura: Um conceito Antropológico. 2001. p. 38.

exemplo, o prefeito declarou, no auge da pandemia, que o trabalho de empregadas domésticas era um serviço essencial durante o isolamento.[259]

Nesse sentido, a subnotificação caracteriza-se como uma forma de manutenção de políticas neoliberais que desconsideram as vidas humanas mais desfavorecidas e acentua o abando das mesmas que são vistas como mão de obra de fácil substituição, sendo essas pessoas meros instrumentos de enriquecimento do sistema capitalista. Diante desse contexto constata-se a urgência de ampliação do debate de perante a sociedade em geral como forma de conscientização, para que seja alcançado através políticas públicas efetivas o combate à desigualdade estrutural na qual a maior parte da população se encontra submetida pois "Registros em saúde são estratégicos e fundamentais para o conhecimento das condições de morbimortalidade (incidência das doenças e/ou dos óbitos numa população) de populações e a tomada de decisão de gestores governamentais."[260]

4. Considerações finais

As desigualdades sociais e econômicas demonstraram que a pandemia é muito mais acentuada para os mais pobres que dependem de sair de suas casas para trabalhar e acabam sendo contaminados pelo Coronavírus. A falta de políticas públicas por parte do Estado, no combate a pandemia revela a ausência do Estado em garantir o direito à saúde saneamento básico.

As trabalhadoras domésticas foram atingidas pela pandemia em sua rotina de trabalho, sendo que muitas perderam seus empregos pois muitos empregadores adoraram medidas restritivas e ficaram de quarentena em suas residências.

As subnotificações da taxa de contágio e mortes pela pandemia revelam o descaso por parte do Estado em implementar políticas públicas de atendimento à essa população como por exemplo no reforço de suplementos básicos ao SUS, e a ausência de ampliação de centros de tratamentos médicos nas periferias, dessa forma caracteriza-se a situação de abandono em que essa população se encontra, num real desrespeito aos seus direitos fundamentais.

5. Referências

TOKARSKI, Carolina Pereira; PINHEIRO, Luana Simões. Trabalho doméstico remunerado e covid-19: aprofundamento das vulnerabilidades em uma ocupação precarizada. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10521/1/BAPI_26_TrabDomestico.pdf> Acesso em: 31 jul. 2021.

ROQUE, Camila Bertoleto; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. As carreiras das mulheres no Brasil: igualdade de oportunidades ou teto de vidro? **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 3, p. 23792-23813, 2021. Disponível em:

[259] Citado por: DE OLIVEIRA, Everton. Estamos todos vivos? Ciência, política e precariedade na pandemia de COVID-19. 2020. p.381.

[260] OLIVEIRA, Roberta Gondim de et al. Desigualdades raciais e a morte como horizonte: considerações sobre a COVID-19 e o racismo estrutural. 2020. p. 7.

<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/26027> Acesso em: 31 jul. 2021.

LARAIA, Roque De Barros. Como opera a cultura. In: **Cultura: Um conceito Antropológico.** 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge "Zahar Ed., 2001. p. 67-101.

DE OLIVEIRA, Everton. Estamos todos vivos? Ciência, política e precariedade na pandemia de COVID-19. **Contemporânea**, v. 10, n. 1, p. 379-387, 2020. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64553579/932-2769-1-PB-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1627786480&Signature=IdUyH9wifTvJHyRD4YYdYYpa~1yh4cF6g~ILr9HbbhoxQOLL5PezXFw6SZrSZ-JxvZ1AxA8u0vSecUrdT9pR9KcLVLu4RB8t07E0HKRF35BPqtZfsdEe1mQedM3NnKOLHk-itVo2WJ7GbG8mFrHLOndT09HoIQohgV-GFFaFZ-TiWaZ4Qr6qZoIyumuoKW7WY0SLL~6W26ZjCT8iVskjg0APMJ~ageuz8AWtrAC1iZ4WJK3DJi76LwpVlu02ZeNRxBRci781wDbqQhF1obWwrMWTbsrK5KjyS69zrobdHfiL3wFUR6avRy7x4l2AhKriZvYBrFNe9la7tQNCWmAQwA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA> Acesso em: 31 jul. 2021.

OLIVEIRA, Roberta Gondim de et al. Desigualdades raciais e a morte como horizonte: considerações sobre a COVID-19 e o racismo estrutural. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00150120, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n9/e00150120/pt/> Acesso em: 31 jul. 2021.

CAPÍTULO 19

A CONJUGAÇÃO DE VONTADES PARA A TERMINAÇÃO DE TRATADOS NO BRASIL

Diogo Abreu Leão

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, embora seja exigida a conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo para a internalização de tratados internacionais, a denúncia dessas convenções internacionais depende somente da vontade do Poder Executivo. O tema permanece em discussão, sendo objeto de análise da ADI 1625, que deve decidir sobre a necessidade de aprovação parlamentar prévia para a terminação de tratados.

Dessa maneira, percebe-se a relevância em analisar, preliminarmente, como se dá o processo de internalização de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, fica estabelecido como objetivo discutir os principais argumentos levantados pelos defensores da conjugação de vontades para a denúncia de tratados e por aqueles que argumentam em defesa da atuação individual do Poder Executivo.

Assim, a polêmica envolvendo o tema serve de justificativa para o presente estudo, que deve, em última instância, em que pese ao respeito às possíveis posições divergentes, buscar uma conclusão acerca de qual seria o critério mais adequado a ser utilizado pelo ordenamento brasileiro.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O trabalho foi realizado eminentemente por meio da pesquisa documental, que inclui a coleta de dados em fontes primárias, como a análise do processo de internalização dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte, bem como outros documentos jurídicos e jurisprudências relevantes, entre as quais se destaca a ADI 1625. Ademais, envolverá também a coleta de dados em fontes secundárias, por meio da pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias e possíveis artigos associados ao tema.

No que se refere aos métodos utilizados, foi realizada uma pesquisa qualitativa, focada no estudo subjetivo do tema proposto. Ainda assim, a pesquisa assumiu também a forma explicativa, uma vez que se pretende analisar ativamente a validade e relevância dos argumentos apresentados pelas duas correntes contrapostas. Com base na pesquisa realizada, foi utilizado o método hipotético-dedutivo para analisar a validade das hipóteses elaboradas, a partir da interpretação das informações obtidas.

3 DISCUSSÃO

3.1 O Conceito de Tratado Internacional

Primeiramente, é indispensável conceituar os tratados como acordos firmados, em regra, entre Estados soberanos. Nesse sentido, de maneira mais formal, Rezek (p. 14, 2008) oferece seu conceito nos seguintes termos:

Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. Na afirmação clássica de Georges Scelle, o tratado internacional é em si mesmo um simples *instrumento*; identificamo-lo por seu processo de produção e pela *forma* final, não pelo conteúdo.

Ainda assim, destaca-se que o principal documento da atualidade a dispor sobre o Direito dos Tratados é a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT/69). Nos termos dessa convenção, em seu artigo 2º, § 1º:

"tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Isto posto, são necessárias breves considerações acerca do processo de internalização de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 O processo de internalização de tratados no ordenamento brasileiro

Inicialmente, é necessário destacar que cada Estado pode possuir processo de internalização de diverso. Mais uma vez ensina Rezek (p. 78, 2008) que:

O direito internacional é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a *recepção* da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Importa-lhe tão-só que o tratado seja, de boa fé, cumprido pelas partes.

A esse respeito, percebemos que os tratados devem ser primeiramente negociados em âmbito internacional, para, em seguida, terem seus termos adotados e autenticados. Só então é possível a assinatura pelo Poder Executivo, a qual, é importante ressaltar, implica em mera declaração de intenção em futuramente obrigar-se definitivamente pelo tratado.

Essa ressalva é indispensável, estando intrinsecamente relacionada ao objeto do presente estudo, pois percebemos que, uma vez assinado, o ordenamento jurídico brasileiro exige que o texto do tratado passe por um processo de aprovação parlamentar. Se houver recusa por parte do Poder Legislativo, fica o Executivo impedido de dar prosseguimento ao processo de internalização.

Por sua vez, havendo a concordância do Congresso Nacional, o tratado pode passar pelo processo de ratificação, promulgação e publicação, permitindo-lhe entrar definitivamente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. O uso do vocábulo "pode" não foi casual, devendo-se ao fato de que a aprovação parlamentar não obriga o Poder Executivo a vincular-se ao documento.

De fato, entende-se que o Poder Legislativo pode atualmente escolher entre quatro caminhos em sua análise. Poderá aprovar integralmente os termos do tratado, caso em que caberá ao Executivo decidir se deseja dar prosseguimento à ratificação. Poderá, ainda, rejeitar integralmente a convenção, hipótese em que o Executivo fica impedido de prosseguir.

Há também a possibilidade de que o documento seja aprovado com ressalvas, as quais deverão ser convertidas em reservas pelo Poder Executivo no momento oportuno. Por fim, é possível que o Poder Legislativo aprove o documento retirando as reservas realizadas pelo Poder Executivo no momento da assinatura, situação em que reservas da mesma natureza não poderão ser realizadas novamente, no caso de ratificação.

3.3 A hierarquia normativa dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro

A seguir, merece menção a possibilidade de entrada em vigor dos tratados internacionais no Brasil com três hierarquias diferentes. Desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil em conformidade com o quórum previsto pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal adentram no ordenamento brasileiro com hierarquia de emendas constitucionais, possuindo o mesmo status de nossa Carta Magna. De fato, o referido dispositivo não deixa dúvidas, ao estabelecer que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dessa forma, todas as normas brasileiras não podem ser criadas em desacordo com as convenções internacionais de direitos humanos aprovadas pelo rito mencionado, o que deu origem a um processo de análise de um Controle de Convencionalidade. Em moldes similares ao realizado pelo Controle de Constitucionalidade, esse novo procedimento é responsável por verificar se as normas nacionais são condizentes com as convenções internacionais em vigor, garantido a harmonia entre as normas que compõem o ordenamento.

De fato, ambas as formas de controle podem ser fundamentadas nos ensinamentos de Pedro Lenza (p. 239,), que explica:

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Ora, a partir do momento em que certos tratados internacionais passam a inserir-se no ordenamento pátrio com hierarquia equivalente às emendas constitucionais, essa realidade lhes confere também uma posição privilegiada no escalonamento normativo mencionado por Lenza. Esses acordos devem também, dessa forma, ser caracterizadas como normas de validade.

Quanto aos demais tratados de direitos humanos não aprovados mediante o quórum do artigo 5º, § 3º da CF/88, possuem hierarquia supralegal, sendo considerados superiores às leis ordinárias, mas abaixo das normas constitucionais. Por sua vez, outros tratados, que versem sobre outros temas, são considerados hierarquicamente equivalentes às leis ordinárias.

Após compreendermos, em linhas gerais, o conceito de tratados internacionais, a forma como são internalizados pelo direito brasileiro e que posição ocupam no escalonamento normativo, podemos, finalmente, adentrar na discussão principal do presente trabalho, relacionada ao processo de denúncia dos tratados internacionais.

3.4 O processo de denúncia de tratados pelo Brasil

A denúncia representa a manifestação estatal de que não pretende permanecer obrigado pelas disposições do tratado. Enquanto regra, quando o texto do acordo for silente, a denúncia é proibida, exceto em situações específicas. Assim dispõe o artigo 56 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados:

1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:
a)se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
b)um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.
2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1.

No ordenamento brasileiro, se o tratado admitir a denúncia, o processo de retirada ocorre unicamente por iniciativa do Poder Executivo. Não há, como no processo de internalização, a exigência de que o Poder Legislativo aprove a retirada. Basta, portanto, que seja emitido um Decreto Presidencial, notificando por escrito do interesse na denúncia e que seja esperado o prazo necessário para que o Brasil deixe de estar vinculado àquelas obrigações (em regra, conforme o artigo 56 da CVDT/69, deve ser observado o prazo de um ano)

É neste ponto, envolvendo os ritos internos de denúncia no Brasil, que surge a controvérsia. Não havendo dispositivo constitucional que especifique o procedimento de retirada, o costume brasileiro ditou que a competência para decidir acerca da retirada seria unicamente do Presidente da República.

De fato, existem argumentos em favor desse procedimento. Em primeiro lugar, o artigo 84, inciso VIII, CF/88 confere ao Presidente da República a competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Ainda que seja exigida a concordância do Congresso Nacional, como analisado anteriormente, a aprovação parlamentar não cria a obrigação de que o Poder Executivo ratifique o tratado.

Seria perfeitamente possível, portanto, que um tratado fosse assinado pelo Poder Executivo e aprovado pelo Legislativo, mas jamais fosse ratificado pelo Brasil. Os defensores dessa corrente, dessa forma, argumentam que, da mesma forma que o Executivo pode optar por não ratificar o tratado, poderia, após sua entrada em vigor, mudar de posicionamento e decidir pela retirada.

De fato, também se argumenta que o cenário internacional e o contexto político podem sofrer alterações significativas ao longo do tempo. Assim, um tratado que atendia aos interesses de um país em determinado contexto histórico, pode deixar de estar alinhado a seus anseios, no futuro.

Outro ponto frequentemente mencionado é a celeridade. Em regra, não existe, no Brasil, um prazo determinado para que uma matéria seja apreciada pelo Poder Legislativo. Um tratado que atentasse contra os interesses brasileiros ou mesmo estivesse em desacordo com o ordenamento pátrio poderia permanecer em vigor por tempo indeterminado, meramente aguardando uma apreciação do Congresso Nacional, caso essa fosse exigida. Seria imperativo, portanto, que o Poder Executivo tivesse a independência para decidir acerca da denúncia de forma unilateral.

De outro lado, chegamos à argumentação contrária, que defende a participação do Poder Legislativo no processo de terminação de tratados. Segundo essa corrente, o Congresso Nacional possui atribuição para fiscalizar o Poder Executivo no que concerne à celebração de acordos ou atos internacionais. Tanto é assim que sua concordância é indispensável para que o Brasil se obrigue perante esses acordos.

Ora, se a CF/88 estabeleceu que seria necessária a conjugação de vontades de ambos os poderes para a entrada em um tratado, seria apenas lógico que essa combinação fosse novamente exigida para a retirada. Ademais, a participação do Poder Legislativo é representação da vontade popular, sendo o poder que exterioriza o interesse do povo. Não seria razoável, portanto, que o Poder Executivo isoladamente decidisse sobre a denúncia de um tratado, ato que poderia potencialmente trazer prejuízos ao povo brasileiro.

Acerca do argumento relativo a mudanças nos cenários político e internacional, os defensores dessa corrente advogam em sentido contrário, ao argumentar que a assinatura de uma convenção internacional não representa apenas um compromisso perante a comunidade internacional, mas também um ato de Estado, que busca trazer benefícios permanentes para o povo brasileiro.

Compromisso de tamanha importância não poderia, portanto, ficar à mercê de mudanças de governo, por sua natureza transitórias, permitindo que governos de momento decidissem acerca da retirada unilateralmente e causassem prejuízos severos à imagem brasileira no exterior.

Exemplo atual nesse sentido poderia ser percebido nos EUA, que, tendo ratificado o Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas durante o Governo Obama, denunciaram o mesmo acordo durante o Governo Trump, apenas para voltarem ao tratado após a eleição de Biden. Para além de discussões subjetivas acerca da importância ou não deste acordo específico, seria a volatilidade percebida nessa situação que se buscaria evitar ao exigir a participação do Executivo no processo de denúncia.

Outros argumentos foram levantados por Clóvis Beviláqua[261], à época consultor jurídico do Itamaraty, em 1926, ao emitir parecer acerca do tema. Primeiramente, o jurista ensina que o ato de denúncia seria meramente administrativo, de forma que a autoridade para realizá-lo teria sido conferida pelo Congresso ao Poder Executivo no momento em que autorizou a ratificação.

[261] Clóvis Beviláqua. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações (parecer do dia 05 de julho de 1926), in Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty, vol.II (1913-1934).

Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a renúncia quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo.

Ademais, Beviláqua acrescenta que a exigência de participação do Legislativo não seria razoável, pois a possibilidade de denúncia está prevista no próprio tratado. Esse ato faria parte, portanto, do rol de atos necessários à execução do acordo internacional, competência do Executivo. Assim prossegue o autor:

A denúncia do tratado é o modo de executá-lo, portanto, numa de suas cláusulas, se acha consignado o direito de o dar por extinto. (…) Se prevalecesse o princípio da necessidade de deliberação previa do Congresso para ser declarada a retirada do Brasil da Sociedade das Nações, logicamente, deveria ser exigida a mesma formalidade para o cumprimento das outras cláusulas do Pacto,e então seria o Congresso o executor do tratado e não o Poder a quem a constituição confia essa função.

Ao percebermos que o parecer de Beviláqua data de 1926, podemos entender o motivo de alguns autores afirmarem que a polêmica já dura quase um século, sem ter chegado a uma solução. O parecer do consultor serviu de fundamento para que fosse firmado o costume adotado pelo Brasil até hoje, no sentido de permitir que o Executivo agisse unilateralmente, ainda que outros doutrinadores de renome advogassem em sentido contrário, como Pontes de Miranda. Este, por exemplo, afirmava que a prática representava verdadeira subversão aos princípios constitucionais.

De fato, inúmeros argumentos envolvem a defesa do equilíbrio entre os três poderes e o sistema de freios e contrapesos. Seria indispensável, portanto que a vontade do Legislativo fosse levada em consideração, de forma a equilibrar a atuação do Poder Executivo. A solução seria, portanto, que a retirada do Brasil de tratados internacionais fosse precedida de um projeto de denúncia, a ser aprovado previamente pelo Congresso, em moldes similares ao procedimento adotado durante a internalização.

A questão voltaria à tona em 1997, quando o Brasil se retirou da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Inconformada, a Central Única dos Trabalhadores daria início à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, até hoje pendente de julgamento definitivo[262].

Espera-se que a decisão de nossa Corte Suprema, no referido caso, estabeleça definitivamente o procedimento a ser adotado, encerrando a polêmica. Isso, contudo, não impedirá que continuem existindo defensores de ambas as teses, bem expressas na contraposição entre os pensamentos de Beviláqua e Pontes de Miranda, resumidos nas palavras de Valério Mazzuoli[263]. Primeiramente, o autor esclarece as ideias de Beviláqua:

[262] Após diversos pedidos de vistas, o julgamento foi retomado em Março de 2021, após a devolução dos autos pelo ministro Dias Toffoli.

[263] MAZZUOLI, Valério. Poder Executivo não pode denunciar tratados sem participação do Congresso. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/valerio-mazzuoli-executivo-nao-denunciar-tratados-congresso

Entendia Beviláqua que a regra jurídica constitucional (então em vigor) que exigia a manifestação do Congresso não havia se referido à denúncia, só tendo feito menção de que necessita aprovação congressual a ratificação. E, se a Constituição silenciou a respeito, é porque a intervenção do Congresso no processo de denúncia seria dispensável.

Em seguida, Mazzuoli torna claros os pensamentos de Pontes de Miranda:

Já para Pontes de Miranda, que lecionava ao tempo da Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969, a denúncia de tratados pelo Poder Executivo, sem autorização do Parlamento, viola o texto constitucional em seus princípios. Dessa forma, do mesmo modo que o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso, dando a ele carta branca para ratificar o tratado, mais consentâneo com o espírito da Constituição seria que o mesmo procedimento fosse aplicado em relação à denúncia

Os diversos argumentos envolvendo ambas as perspectivas deixam clara a complexidade do tema. Isso não pode servir de argumento, contudo, para que nos furtemos de emitir um juízo de valor acerca da questão, sempre respeitando-se os posicionamentos divergentes.

Parece claro, no momento, que a análise fria do ordenamento jurídico brasileiro atual aponta para a possibilidade de que o Executivo denuncie tratados internacionais sem a participação do Poder Legislativo. De fato, a CF/88 conferiu claramente ao Poder Executivo a competência para decidir, em última instância, sobre a ratificação de um acordo dessa natureza.

A argumentação em torno da legitimidade democrática do Poder Legislativo, que seria a expressão da vontade popular, não parece ter sustentação, em especial em um país como o Brasil, em que o Presidente da República, chefe de governo e de estado, é também eleito democraticamente mediante eleições regulares e transparentes.

Ademais, o fato de a aprovação legislativa ser necessária para a internalização de tratados não nos parece ter relação com a decisão sobre a denúncia, uma vez que os elementos analisados para a entrada em um acordo podem divergir significativamente daqueles considerados durante uma possível retirada.

Também é necessário ressaltar que, em certos contextos, a demora na denúncia de um tratado pode causar prejuízos significativos para o país, não sendo razoável que o Poder Executivo, presumidamente alinhado aos interesses da nação, fique refém de decisão do Poder Legislativo, que não teria prazo para ser emitida.

Ainda assim, não se pode negar que a conjugação de vontades teria o condão de reforçar significativamente a legitimidade da decisão de retirada, atenuando a possibilidade de que o processo fosse afetado por questões políticas. Logo, a conjugação de vontades de ambos os poderes seria o melhor cenário, desde que fossem realizadas mudanças no ordenamento brasileiro, garantindo que o Poder Legislativo emitisse sua decisão dentro de um prazo máximo obrigatório.

Em suma, nosso posicionamento é de que o ordenamento jurídico brasileiro atual permite que o Poder Executivo decida sobre a denúncia de tratados internacionais sem a necessidade de aprovação do Poder Legislativo. Defendemos também que a mera

exigência de aprovação do Congresso, dentro das regras atuais, causaria mais prejuízos que benefícios ao país.

Entretanto, advogamos no sentido de que o melhor regramento seria aquele que exigisse a aprovação legislativa prévia para a denúncia de tratados, mas apenas após a realização de mudanças constitucionais que expressassem claramente não só essa exigência, mas que garantissem que, quando necessário, seria respeitado um prazo máximo para as decisões legislativas a esse respeito, nos moldes do que ocorre atualmente com as Medidas Provisórias (mudanças que não se vislumbram em um futuro próximo).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito dos Tratados é tema de grande relevância para o Direito Internacional, servindo de alicerce para as relações internacionais da atualidade. Ainda assim, as peculiaridades nos processos de internalização e denúncia de tratados por cada país podem gerar intensos debates.

No caso do Brasil, a polêmica envolvendo a necessidade ou não de participação do Poder Legislativo no processo de terminação de convenções de que o país faz parte já dura quase um século, contrapondo juristas de grande renome, como Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda.

Em análise no STF há mais de 20 anos, espera-se que o julgamento da ADI 1625 finalmente solucione a questão, expressando qual deve ser o procedimento adotado pelo Brasil. Ainda assim, podemos argumentar que o ordenamento brasileiro atual garante que deve prevalecer o entendimento de Beviláqua, no sentido de não ser necessária a aprovação parlamentar.

Isso não impede, contudo, que a compreensão dos argumentos contrários demonstre que a participação do Poder Legislativo traria contribuições valiosas para a garantia dos interesses nacionais. Ainda assim, defendemos que mudança nesse sentido só deveria ocorrer se precedida de outras modificações no texto constitucional, que impedissem que a participação do Congresso Nacional tivesse o potencial de engessar a atuação do Executivo, que frequentemente ocorre em contextos que exigem certa celeridade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. (1969). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 29 JUL2021

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de direito internacional público*. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2012

COSTA XAVIER, Fernando César. *O presidente, o Congresso e o direito internacional dos tratados*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-25/fernando-xavier-presidente-congresso-direito-tratados. Acesso em: 18MAR 2021

DA COSTA, Joice Martins. *A denúncia unilateral dos tratados internacionais e a necessidade de participação do Congresso Nacional*. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 de outubro de 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-

105/a-denuncia-unilateral-dos-tratados-internacionais-e-a-necessidade-da-participacao-do-congresso-nacional/. Acesso em: 18MAR 2021
FARIA NUNES, Paulo Henrique. *O problema da ratificação e da denúncia dos tratados internacionais no sistema constitucional brasileiro*. **Cuestiones Constitucionales**, México, n.22, p.115-131. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 18MAR 2021
GABSCH, Rodrigo D´Araújo. *Aprovação interna de tratados internacionais pelo Brasil*. Brasília: FUNAG, 2010
GARCIA, Marcio. *Terminação de tratado no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo*. In Revista de Direito UPIS. PP. 11-122
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012
MAZZUOLI, Valério. *Poder Executivo não pode denunciar tratados sem participação do Congresso*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/valerio-mazzuoli-executivo-nao-denunciar-tratados-congresso. Acesso em: 18MAR 2021
NOGUEIRA, Diana. *A necessidade de prévia participação do Poder Legislativo na denúncia de tratados internacionais*. **Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/51411/a-necessidade-de-previa-participacao-do-poder-legislativo-na-denuncia-de-tratados-internacionais. Acesso em: 18MAR 2021
PERREGIL, Fernanda. *Julgamento do STF reabre discussão trabalhista em momento inoportuno*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 de Março de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-15/perregil-stf-reabre-discussao-trabalhista-momento-inoportuno. Acesso em: 29JUL 2021
REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008
SLOBODA, Pedro. *Denúncia de tratado não deve depender de aprovação parlamentar*. **Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53436/denuncia-de-tratado-nao-deve-depender-de-aprovacao-parlamentar#:~:text=A%20compet%C3%AAncia%20para%20denunciar%20tratados,a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20do%20Congresso%20Nacional.&text=Dessa%20forma%2C%20ele%20pode%2C%20mas,tratado%20aprovado%20por%20decreto%20legislativo. Acesso em: 18MAR 2021

CAPÍTULO 20

DIREITOS DOS ANIMAIS – UMA NOVA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Eliete Miranda

1. INTRODUÇÃO

Eles são seres vivos. Demonstram claramente confiança, amizade, fidelidade, medo. Sentem frio, fome, sede, dor, calor. Estes são os animais não humanos.

Os animais são seres que, dependendo da espécie ou subespécie, convivem naturalmente com a espécie humana e vivem em nossa sociedade como se humanos fossem. Outros, não tão sociáveis, vivem em seu habitat natural. Há aqueles que são objeto de abate para fins de alimentação. Enfim, independentemente da sua finalidade e destino, no Brasil, por fazerem parte do meio ambiente, são objeto de proteção legal, contudo, por não serem racionais, a legislação brasileira não os fez titulares de direitos.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 225, inciso VII, estabeleceu que é dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente, incluindo nesse contexto a proteção à fauna e à flora, proibindo qualquer prática que, entre outras, provoque a extinção de espécies ou submeta os animais à crueldade.

Além da Constituição Federal, o meio ambiente é protegido pela Lei n. 9.605, de 1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais. Esta Lei institui à categoria de crime a crueldade praticada contra animais.

Vários Estados do Brasil, autorizados pela Constituição Federal, também criaram leis que tratam do tema.

A Lei de Crimes Ambientais e demais leis estaduais relativas ao assunto, tratam os maus-tratos e o abandono de animais como crimes. O Código Penal brasileiro ainda não prevê, mas legisladores discutem sua reforma para inclusão dessa prática como crime.

Os animais não humanos são considerados parte do meio ambiente e a preservação deste meio é que se constitui em direito e por esta razão são, muitas vezes, tratados como objetos. Apesar da previsão constitucional, os animais não são sujeitos de Direito. Animais não são titulares de direitos fundamentais. É o meio ao qual pertencem que é protegido.

E por que devem ser titulares de Direitos Fundamentais? Porque a proteção do meio ambiente é decorrente dos direitos fundamentais do ser humano. Os animais não humanos, por fazerem parte deste meio, são considerados apenas objeto, como uma árvore, uma pedra, um riacho, uma cachoeira. Certamente que estes componentes da natureza não são de menor importância, mas o que se discute é a nivelação de um ser senciente à qualidade de coisa. E, nesse sentido, não se pode negar que há, na doutrina brasileira, uma corrente que assim considera os animais.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 82 reza “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Ao interpretar este artigo, a doutrina diz “os que se removem de um lugar para outro, por movimento próprio, são os semoventes, ou seja, os animais e, por força estranha, as coisas inanimadas (p. ex., cadeira, relógio, óculos, livro, caneta etc.)”.

Diante da doutrina e da legislação vigente, que trata o meio ambiente como um direito fundamental do ser humano, conclui-se que o animal não humano não é nada mais que uma coisa. Colocando-se o ser humano como centro de tudo, faz-se da natureza um mero objeto de servidão, o que subjuga os animais da mesma forma como no passado eram subjugadas as mulheres, os escravos ou os indígenas. Nesse sentido, temos bem exposto o entendimento de Michael Kloepfer “Se a reivindicação de direitos (legais) para o meio ambiente ou para os animais (*Rechten für die Umwelt oder die Tiere*) parece estranha, isso ocorre não porque contrarie a ordem constitucional atual, mas precisamente porque a reivindicação não se enquadra na imagem tradicional, essencialmente religiosa, segundo a qual o homem, como coroa da criação, faz do mundo (isto é, da natureza e dos animais) seu súdito. Tais imagens tradicionais, por sua vez, são mutáveis, mesmo que estejam fortemente ancoradas em visões sociais e tenham encontrado sua expressão legal dessa forma. Antigamente, era impensável atribuir às mulheres, escravos ou ‘indígenas’ direitos próprios. A Natureza tinha construído uma ‘diferença insuperável’ (*unüberwindlichen Unterschied*) contra eles - assim a convicção prevalecente naquela época.”

Expostos os fatos e a fim de seguir o objetivo do presente artigo que é defender os Animais não humanos como titulares de Direitos e não meros objetos, pelo fato de serem seres sencientes, ou seja, seres que têm a capacidade não apenas de sentir, mas de demonstrar seus sentimentos físicos ou emocionais, cito as palavras do Filósofo Jeremy Bentham “Não importa se os animais são incapazes ou não de pensar. O que importa é que são capazes de sofrer”.

2. MATERIAIS E MÉTODOS UTILIZADOS

Materiais - Para a elaboração do presente trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas fundamentadas e materiais já publicados a respeito do tema, tanto sob o aspecto filosófico, doutrinário e jurisprudencial. As referências aos materiais consultados se encontram ao final.

Métodos: a) **Dedutivo** - Considerando-se que o animal não humano é um ser senciente que, como bem explicou o Filósofo Peter Singer, é um ser capaz de sentir e de demonstrar sentimentos como alegria, tristeza, medo, entre outros, e que tem sentidos como dor, fome, sede, frio, podemos deduzir que ele é capaz de sofrer como o ser humano; b) **Indutivo** – Se o ser humano é capaz de sentir e o animal não humano também e, o ser humano tem direito à vida e à saúde resguardados pela legislação, o animal, da mesma forma, deve ter garantidos tais direitos. O que seria motivo para tal distinção? A racionalidade? Pois então o que seria dos humanos que não têm a capacidade de raciocinar como os portadores de doenças mentais graves, os que se encontram em estado comatoso, os recém-nascidos, enfim, aqueles que não estão em condições de decidir por si? Seriam privados de seus direitos fundamentais? Poderiam

ser esquecidos e abandonados à própria sorte por não poderem manifestar suas necessidades? Obviamente que não. Dessa forma podemos deduzir que os animais não humanos, embora privados de raciocínio (se é que são), porém com capacidade de sofrer, não podem ter negado o direito à vida, à saúde, ao bem-estar, c) **Histórico** – Temos exemplos na história que comprovam que o ser humano sempre acreditou em sua superioridade até mesmo perante sua própria espécie. Neste sentido temos podemos citar o racismo. Apenas por uma diferença de cor de pele ou de compleição física houve tempos em que alguns eram subjugados, eram tratados como coisas, eram considerados seres inferiores, que estavam no mundo apenas para servir os homens. É cediço que isso aconteceu com os negros durante muitos e muitos anos. E não apenas os negros como indígenas foram submetidos à escravidão. E as mulheres, que eram tratadas com diferenças, sem poder de exercício de determinados direitos como o voto ou liberdade de ir e vir, de estudar, de trabalhar.

3. DISCUSSÃO

Como mencionado anteriormente, o Filósofo Jeremy Bentham, citado por Peter Singer em sua obra "*Libertação Animal*" explicou que, em vez de perguntar se um ser vivo é dotado ou não de pensamento racional, deve-se perguntar se ele é capaz de sofrer, vejamos: "Jeremy Bentham, numa passagem que revela grande antevisão, escrita numa altura em que os franceses tinha libertado escravos negros, enquanto nas colônias britânicas eles continuavam sendo tratados como nós tratamos agora os animais, escreveu: 'Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de penas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade do sacrum são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma – que diferença faria? A questão não é: podem eles raciocinar? Nem podem eles falar?, mas podem eles sofrer?'"

A questão central desta discussão não é simplesmente se os animais não humanos são capazes de sentir e de sofrer, mesmo porque isso já é comprovado, mas sim se, por conta disso, podem ser titulares de direitos fundamentais.

E a vida e a liberdade são direitos fundamentais de primeira dimensão, para os seres humanos.

Certamente que não são absolutos, como nenhum direito é, entretanto, é garantido ao ser humano ter uma vida digna, com liberdade de ir e vir.

Como mencionado anteriormente, o direito a um meio ambiente sadio atinge uma coletividade determinável ou indeterminável de pessoas. Nesse meio ambiente que estão acolhidos os animais, de modo que não há um direito exclusivo dos seres vivos que compõem o meio ambiente.

É certo que há penalidades para quem causar danos ao objeto protegido – meio ambiente – contudo, não há como negar que, ignorando ou desprezando tais penalidades, os animais ainda sofrem pela vontade do ser humano. Eles são arrancados de seus habitat naturais e expostos como meros objetos de recreação. Outros são caçados, outros são criados para venda e têm aqueles que depois de recolhidos em lares são cruelmente abandonados à própria sorte. São os animais domésticos que não sabem sobreviver por si mesmos, não têm como se defender da maldade. Passam fome, medo, frio e invariavelmente, são agredidos fisicamente.

Essa realidade ainda está longe de ser mudada, mas não impossível. Nesse sentido temos visto decisões de Tribunais Superiores brasileiros que proibiram a prática de maus-tratos a animais. Vejamos as ementas de algumas decisões:

"COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da 'farra do boi' (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga ('gallus-gallus').

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade houve a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que regulava a vaquejada como prática esportiva e cultural. Embora o Estado seja obrigado a garantir todo o exercício do direito à cultura, além do direito fundamental à proteção ambiental, são proibidas as manifestações culturais que sujeitam os animais à crueldade. Esta decisão foi anterior à Emenda Constitucional n. 96 de 2017 que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da CF. O tema voltou a ser questionado em outras duas ADI's, que ainda estão pendentes de julgamento no STF – ADI's 5728 e 5772.

Além das acima expostas, outras Ações obtiveram decisões favoráveis à vedação de exercício de caça esportiva ou de ações que culminariam na destruição de animais e espécies em qualquer fase de seu desenvolvimento, como o reconhecimento da constitucionalidade de lei estadual que proíbe a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e de limpeza.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, igualmente decidiu e muito bem sintetizou:

"Não há como entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus-tratos e crueldade contra tais seres."

Tendo em mente que uma nova categoria de direitos fundamentais traria a possibilidade de os animais viverem dignamente, devemos entender o que é uma vida digna para os animais. De acordo com o que nos diz Martha Nussbaum, são elementos de uma existência digna a esses seres "desfrutar de oportunidades adequadas de nutrição e atividade física, viver livremente de dor, miséria e crueldade, dispor de liberdade para atuar de modo característico de cada uma das espécies, viver sem medo e gozar de oportunidades para elaborar relações gratificantes com outras criaturas da mesma espécie (ou de outras distintas) e ter a opção de desfrutar da luz e do ar em tranquilidade.

A ideia central desse estudo é a de que a criação de uma nova dimensão dos direitos fundamentais incluindo os animais não humanos como titulares é um enorme progresso da humanidade além de um fortalecimento no Direito Contemporâneo, como nos diz Flávio Martins "admitir que os animais são titulares de direitos fundamentais será um grande avanço na visão contemporânea do Direito, na qual o homem é um ser inserido no ambiente que o cerca, suas condutas não têm um fim em si mesmo, mas devem ser sopesadas à luz de direitos dos outros seres vivos e da própria natureza.

O modelo de tratamento dos direitos dos animais no Brasil é o chamado Constitucionalismo Ecológico Antropocêntrico, que mantém o homem como único titular de direitos fundamentais. O homem no centro de tudo, onde toda a proteção é indireta ao ser humano, cabendo-lhe definir o que deve ser tutelado a fim de preservar única e exclusivamente seus interesses.

Observa-se claramente esse antropocentrismo no ocorrido com a popularmente denominada "vaquejada", evento "cultural" que acontece em determinada região do país. Nesse evento há evidente maltrato a animais, vítimas de crueldades com a finalidade pura e simples divertir e entreter humanos. Essa prática foi contestada

judicialmente por grupos de proteção e defesa animais que obtiveram êxito em ação julgada pela Suprema Corte. Essa decisão, embora de caráter definitivo, não foi cumprida porque o Congresso Nacional reagiu e, por meio de uma Emenda à Constituição Federal que acrescentou um parágrafo ao inciso VII de seu artigo 225 dispondo que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Prevaleceu desse modo, o direito ao lazer e à "cultura" em detrimento da vida de seres viventes e sencientes.

Esse é apenas um dos exemplos de que os interesses humanos se sobrepõem aos da natureza. Há outros casos que foram acolhidos em decisões proferidas pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, como a consideração de que o sacrifício de animais para fins de realização de cultos religiosos é constitucional. A escolha entre o direito de liberdade de culto direito e o de preservação de um meio ambiente sadio pertencem ao ser humano e prevaleceu o primeiro.

Outro caso de insucesso do meio ambiente foi a regulamentação da lei que permite o garimpo em terras indígenas. Nesse caso, apesar de não haver envolvimento de seres viventes, foi sobrelevado o direito à propriedade.

Destarte, é claro que o meio ambiente vem sendo desatendido e subestimado nas contendas em que enfrenta outros interesses voltados ao constitucionalismo ecológico antropocêntrico.

É por essa razão que a ideia do Constitucionalismo Ecológico Biocêntrico vem crescendo e em todo o mundo passou-se a questionar o modelo antropocêntrico.

Nesse modelo biocêntrico o meio ambiente e a natureza são titulares de direitos fundamentais e não somente o ser humano.

Muito bem elucidado por Élida Seguin, Luciane Martins de Araújo e Miguel dos Reis Cordeiro Neto no trecho do artigo que copiamos:

"Este novo olhar para a questão ambiental, excede a esfera eminentemente econômica e passa a ter um caráter vital para a existência de todos os seres. A sustentabilidade passa a ser associada a três pilares: ambiental, social e econômica, impondo a adoção de uma nova postura coletiva, que privilegie os Direitos Humanos e a dignidade de todos os seres, inclusive outras formas de vida. Indo além da visão antropocêntrica, que coloca o ser humano como senhor e possuidor absoluto da natureza, e da simples preocupação econômica que lhe concede o direito de usufruir de todos os recursos naturais, sem qualquer limitação, mas ainda, a meio termo do biocentrismo, corrente que coloca seres humanos e as demais formas de vida como partes integrantes da comunidade de vida da Terra, havendo uma interdependência entre as espécies necessárias à sua sobrevivência, uma vez que o ser humano não é essencialmente superior às outras formas de vida. O biocentrismo, também conhecido como "ecologia profunda", propõe uma ruptura com as éticas ocidentais tradicionais ao defender uma ética ecocêntrica e holística que considera o todo como sede de valor intrínseco e o indivíduo como parte do todo.

As disposições que tutelam o meio ambiente na Constituição brasileira não se enquadram na configuração do biocentrismo, mas também já avançou em relação ao antropocentrismo clássico. Trata-se de uma visão antropocêntrica alargada onde "meio ambiente é objeto de tutela não pelo valor econômico que os recursos naturais possam ter para o ser humano, mas pelo seu valor intrínseco". Dessa forma, o ser humano deixa a posição de senhor e possuidor, para a posição de guardião do meio ambiente.

Reforçando essa visão, o § 1.º do art. 225, estabelece que cabe ao Poder Público assegurar a efetividade desse direito por meio de diversas ações." (grifamos)

Países como Alemanha, Portugal, Bolívia, Equador e outros têm deixado de considerar os animais como "res", como "coisas" e passaram a considerá-los seres vivos dotados de sensibilidade, que devem ser auxiliados e protegidos de toda crueldade, maus-tratos e violência.

Valioso exemplo é a Constituição do Equador que eleva a Natureza à qualidade de titular de direitos, de modo que se tornou desnecessária a demonstração de ofensa a interesses humanos para se lançar mão dos instrumentos jurídicos próprios à proteção do meio ambiente e dos seres que o compõem.

Vejamos o que reza o artigo 71 de referida Constituição:

"Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema."

Como titular de direitos a Natureza pode exigir das autoridades públicas o cumprimento de seus direitos.

Voltando a mencionar o Filósofo contemporâneo Peter Singer, que afirma que se no passado éramos (seres humanos) racistas, hoje somos "especistas", determinando quais espécies são titulares de direito, vemos crescendo e ganhando forma as denominadas "Famílias multiespécie", que são compostas por seres de todas as espécies.

Esse tema tem sido bastante abordado em artigos jurídicos, dos quais destacamos alguns conceitos:

"A família multiespécie é aquela formada por humanos e seus animais de estimação, quando considerados membros ou, até mesmo, filhos. É uma nova realidade afetiva que reclama a proteção do ordenamento jurídico pátrio".

"É possível afirmar que a família multiespécie é implícita na Constituição Federal de 1988, pois é uma nova forma de configuração familiar e é lastreada precipuamente na doutrina e na jurisprudência pátria. Desse modo, Rosa (2019, p. 203) afirma que "na mesma dinamicidade que a vida requer, paulatinamente, as varas de família passaram a reconhecer aquilo que para muitos leitores pode ser uma realidade, qual seja, de que animais de estimação passaram a ser considerados como integrantes das famílias".

Tendo em vista que os casais direcionam o afeto para os animais de estimação, Rosa (2019, p. 203) prescreve que "tal como ocorre nas famílias com prole, quando o amor se transforma em rancor, todas as armas possíveis são utilizadas entre os ex-parceiros, entre elas, a disputa pela companhia do pet". Nessa mesma linha de entendimento, Seguin, Araújo e Neto (2016, on-line) enfatizam:

O que vale nessa nova configuração, a família multiespécie, é a formação do laço social onde se respeite a diferença e a condição de não humanos dos animais relativamente ao cuidado e ao carinho que os animais necessitam e sabem retribuir. Essa relação contribui para o bem estar das pessoas e dos animais que fazem parte dessa nova constituição familiar."

Muitos autores passam a defender a mudança de paradigma – que os animais são sujeitos de direito e não apenas objeto de direito.

Dentre esses autores, destacamos:

Peter Singer, filósofo e professor de bioética da Universidade de Princeton, escreveu o livro "*Libertação Animal"* e defende que "se um ser sofre, não pode haver justificativa moral para deixar de levar em conta esse sofrimento. Não importa a natureza do ser" (2010-14).

Tom Regan, importante formulador de questões da bioética publicou o livro "*Jaulas vazias*" no qual explica que animais, assim como os humanos, são "sujeitos-de-uma-vida" e por isso devem ter direitos. Argumentou que "nossos companheiros animais são criaturas psicológicas complexas, e não menos sujeitos-se-uma-vida que nós".

Jeremy Bentham, conforme citado anteriormente, defendeu a mudança de critério da racionalidade para critério da sensibilidade, considerando que os animais são seres sencientes e pode haver seres humanos irracionais como o que estão em coma e os loucos. São seres que sentem e conseguem demonstrar a dor que sentem. Essa tese tem direcionado muitas decisões e influenciado a doutrina.

François Marie Arouet (Voltaire) observou que as ações e reações dos humanos e dos animais são as mesmas ao escrever "que ingenuidade, que pobreza de espírito, dizer que os irracionais são máquinas privadas de conhecimento e sentimento, que procedem sempre da mesma maneira, que nada aprendem, nada aperfeiçoam."[i]

Cass Sunstein concluiu que "toda pessoa razoável acredita nos direitos dos animais. Até mesmo os mais críticos apoiam as leis anticrueldade (...). Não há nenhuma boa razão para permitir o nível de sofrimento que agora está sendo experimentado por milhões, até bilhões de seres vivos."

E como não mencionar o jurista português, Professor Fernando Araújo que sustenta "o argumento de que os animais não podem defender-se juridicamente, nem representar-se sequer o que são os direitos que lhes atribuiríamos, é cruel, porque fomos nós que convencionámos a inferioridade deles, com base na sua inacessibilidade ao nosso sistema convencional de avaliação da coexistência, quer na crua constatação da desproporção de forças (...)". E, mais adiante pondera "O que falta, em muitos casos, é apenas a especificação de meios de acção que assegurem a defesa espontânea e individual de interesses de animais (...)".

E, por fim, a famosa frase atribuída a Leonardo Da Vinci "Chegará o tempo em que o homem conhecerá o íntimo de um animal e nesse dia todo crime contra um animal será um crime contra a humanidade."

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho é a conscientização de que o modelo atual de proteção e defesa dos animais não é integral por não garantir aos seres viventes não humanos uma vida digna, livre de ameaças, maus-tratos, tratamentos cruéis e possibilidade de extinção.

Para se atingir esse grau de garantia, e que poderíamos chamar de uma nova dimensão de direitos fundamentais, é necessária a mudança de pararadigmas, dos modelos atuais de constitucionalismo ecológico.

Sem a mudança desses modelos, sem a abolição de ideias que consideram o ser humano como superior, como senhor e titular exclusivo de direitos fundamentais, não há como se elevar a condição dos seres viventes não humanos a um patamar de igualdade, no qual poderão em seu próprio nome conquistar a liberdade de ter uma vida digna. Mantendo-se o modelo atual sempre se sobrepujarão outros direitos.

É por isso que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais visa criar parâmetros jurídicos para os países membros da Organização das Nações Unidas sobre direitos animais, como verificamos em seus artigos 1º, 11 e 12.1:

"Art. 1º. Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência."

"Art. 11. Todo o ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é um crime contra a vida."

"Art. 12.1. Todo o ato que implique a morte de um grande número de animais selvagens é umgenocídio, isto é, crime contra a espécie."

Para que se chegue a esse ponto de evolução é necessário deixar para trás todos os preconceitos e teorias como a do "especismo", assim como fora totalmente eliminados o racismo, a escravidão e outras que só geraram injustiças e sofrimento.

Concluímos o presente artigo citando o Filósofo alemão precursor do estudo da bioética, Albert Schweitzer: "Quando o homem aprender a respeitar até o menor ser da criação, seja animal ou vegetal ninguém precisará ensiná-lo a amar seu semelhante".[ii]

CAPÍTULO 21

O ACESSO À JUSTIÇA AO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO DO TRABALHO: breves apontamentos

Evelyn Tomi

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre o acesso à justiça perante o beneficiário da justiça gratuita encontra íntima ligação com os efeitos da implementação dos honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho, advindos da Lei nº 13.467/2017, intitulada como Reforma Trabalhista.

Malgrado o título deste trabalho possa sugerir o ataque cego ao acesso à justiça, sobreleva destacar, desde logo, que não se pretende defender a isenção absoluta das custas do beneficiário da justiça gratuita, mas, sim, discorrer sobre a suspensão de exigibilidade enquanto permanecer o estado de carência econômica do necessitado.

A aprovação a toque de caixa da Reforma Trabalhista trouxe (e continuará trazendo) consequências nefastas ao processo do trabalho, a começar pela obstrução dirigida especialmente ao beneficiário da justiça gratuita ao afrontar princípio constitucional, viga mestra de uma República Democrática de Direito: o acesso à justiça substancial, prevista no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal.

Diante desse contexto, objetiva-se analisar o alcance da regulamentação conferida aos honorários advocatícios de sucumbência, aplicáveis ao processo do trabalho, para que se permita compreender o âmago do acesso à justiça (ou a objeção deste) ante o beneficiário da justiça gratuita.

De mais a mais, é possível apontar inúmeras motivações para a realização deste estudo. O incentivo à reflexão sobre o tema consiste, indubitavelmente, em uma justificativa razoável. Contudo, aspira-se a um objetivo maior: chamar a atenção para o caminho que estamos traçando, diante de uma sistemática cada vez mais “flexibilizada” e submissa ao avanço econômico desenfreado. Ora, a condição mínima de subsistência não pode ser mitigada pelo movimento econômico acintoso em conter o número de demandas a todo custo.

Há de se destacar, também, que a produção acadêmica, além de promover reflexões, deve fomentar questionamentos em relação à inércia e morosidade dos Tribunais Superiores em uniformizar a jurisprudência ou mesmo em direcionar aqueles submetidos ao crivo da Justiça do Trabalho, resultando em uma enorme insegurança jurídica.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Em termos metodológicos, os estudos e pesquisas desenvolvidos ao longo deste trabalho, bem como a apresentação das informações obtidas encontram arrimo em teses doutrinárias e posições jurisprudenciais, principalmente o julgamento da ADI 5.766/STF. Assim, a metodologia utilizada para a pesquisa é o método dedutivo.

3. O BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E O SEU ACESSO À JUSTIÇA

Antes de se adentrar ao estudo do acesso à justiça e das condições do beneficiário da justiça gratuita, faz-se mister perscrutar a respeito do regime dos honorários advocatícios sucumbenciais. Isso porque a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe uma regulamentação superficial em comparação com o Código de Processo Civil e um tanto quanto alheia à realidade processual trabalhista.

3.1. A SISTEMÁTICA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

É imperioso compreender, nesse sentido, que a tentativa de regulamentação da Lei nº 13.467/2017 não só ignorou os avanços apresentados pelo CPC, como também desprezou a relação naturalmente assimétrica e desequilibrada existente entre as partes que compõem a relação processual trabalhista.

Vale dizer que esse desequilíbrio constante entre os sujeitos representa a razão de ser da Justiça Especializada do Trabalho, de modo que deve influenciar categoricamente na produção de normas processuais. O que se verifica, porém, é que a evolução do processo comum tem contrastado com a estagnação e até mesmo involução do processo do trabalho[264].

A título de exemplificação, no que tange aos honorários periciais, a regra da sistemática processual civil apresenta-se mais protetiva ao beneficiário da justiça gratuita do que a regulamentação promovida pela CLT, uma vez que o CPC não permite a compensação dos honorários periciais com eventuais ganhos obtidos na mesma demanda, ou ainda que em outro litígio[265], o que é plenamente possível nas demandas trabalhistas atuais.

Nesse espeque, dois dispositivos da CLT, inseridos pela Reforma Trabalhista, clamam por maior atenção:

Art. 790-B – A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...]

---

[264] MIZIARA, Raphael. *Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho:* Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 77.

[265] § 3º do art. 95 - Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: I – custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão conveniado; II – paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

§ 4º do art. 95 – Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º.

§ 4º - Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa conferida no **caput**, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

§ 4º do art. 791-A – Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Verifica-se que os dispositivos mencionados permitem a compensação de créditos que eventualmente o beneficiário da justiça gratuita receba (na mesma demanda ou em outra) para o pagamento dos honorários periciais e sucumbenciais. Permite-se, portanto, que se retirem valores decorrentes do reconhecimento de uma violação legal perpetrada ao trabalhador em detrimento do pagamento dos honorários periciais e sucumbenciais, sem que tenha havido qualquer alteração de sua condição de hipossuficiência econômica.

Ao fim e ao cabo, o trabalhador que demande por indenização por danos morais e adicional de insalubridade pode apresentar prejuízos financeiros, se, ao reconhecer a caracterização do dano moral, o arbitramento da condenação for menor do que os honorários periciais fixados pela sucumbência do objeto da perícia (que, via de regra, consiste em prova estritamente técnica).

Raphael Miziara expõe com o devido brilhantismo:

"Não se está aqui a sustentar o caráter absoluto do direito à gratuidade da justiça. Longe disso. Mas, da forma como está posto o texto do dispositivo legal acima transcrito, dá ele a entender que a mera existência de outros créditos em outro processo, trabalhista ou não, seria suficiente para afastar a situação de pobreza, o que não é verdade".

Frisa-se, ainda, que além de afrontar o princípio do acesso à justiça, os dispositivos celetistas são contraditórios entre si. Basta analisar o parágrafo 2º do art. 819 da CLT[266], o qual prevê que as despesas do intérprete nomeado pelo juiz ou presidente correrão por parte sucumbente, "salvo" se beneficiária de justiça gratuita.

A Lei nº 13.467/2017 retirou os honorários periciais do alcance da justiça gratuita sob a justificativa de que, diferentemente das custas e emolumentos, que remuneram serviços estatais, os honorários periciais destinam-se a particulares[267].

Assim sendo, não há fundamento razoável para que se retirem os honorários periciais do campo da justiça gratuita e, por outro lado, se mantenha os honorários do intérprete, uma vez que ambos se destinam à remuneração de particular.

Essa regulamentação dada pelo legislador da Reforma Trabalhista revela-se, além de superficial, demasiadamente incoerente. Aliás, não apenas ignorou a oportunidade de aperfeiçoar as normas introduzidas pelo CPC, como também apresentou diversas violações aos princípios e vigas basilares do Direito do Trabalho.

---

[266] § 2º do art. 819 da CLT – As despesas decorrentes do disposto neste artigo correrão por conta da parte sucumbente, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

[267] DA SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT Comentada.* 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 605.

3.2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.766 NO STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, ajuizada em setembro de 2017 pela Procuradoria-Geral da República, pretende a reconsideração destas hipóteses de sucumbência do beneficiário da justiça gratuita, a fim de afastar as expressões "ainda que beneficiário da justiça gratuita" e "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", presentes nos dispositivos que regulam a matéria[268].

Mesmo após mais de três anos das alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13/467/2017, não houve decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal até o momento[269].

A essência da ADI nº 5.766 é exatamente a de que o beneficiário da justiça gratuita pode, sim, ser condenado ao pagamento de custas, honorários periciais e advocatícios. Ocorre que não deve ser obrigado a custear tais condenações com a renúncia de seu próprio sustento ou de sua família. A exigibilidade da condenação deve permanecer suspensa enquanto perdurar o seu estado de necessidade econômica, sob pena de submetê-lo a situação mais gravosa do que a do próprio processo comum.

Demais disso, essa morosidade dos Tribunais Superiores em uniformizar a jurisprudência resulta em uma insegurança jurídica insustentável. Há de se considerar que os honorários advocatícios carregam pesos que influenciam na decisão e na estratégia processual das partes, desde a fase pré-processual.

Nessa vereda, Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo[270] observam o seguinte:

"[...] o exercício de buscar interpretações juridicamente possíveis da Lei nº 13.467/17, para coibir seus efeitos mais nefastos, o que é bastante complexo, envolto mesmo em contradições, talvez não agrade a muitos que interagem com esse assunto por meio de interesses não revelados. Certamente, também não nos agrada. O problema é que enquanto se levar adiante, como única via, no campo jurídico, a aposta na declaração de ilegitimidade – que fica mais distante, quando percebemos o quanto o Direito se integra às estruturas de poder -, o sofrimento dos trabalhadores no dia a dia das relações de trabalho só aumentará (e nada mais)".

Buscando desestimular a litigância abusiva, os dispositivos acabam criando óbices para o acesso à justiça substancial e amplo. Sendo assim, beira o teratológico admitir que o enfraquecimento da litigância abusiva se dê às custas da violação de um princípio constitucional basilar: o acesso à justiça.

3.3. O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

---

[268] PINTO E SILVA, Otavio. Acesso à justiça e honorários advocatícios. In: MIESSA, Élisson (coord.) *Honorários advocatícios na Justiça do trabalho*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. 27, p. 610.

[269] Embora não seja o objeto deste estudo, destaca-se a situação atual do julgado. É certo que não há decisão definitiva, ante o pedido de vista regimental do Min. Luiz Fux. Contudo, o Min. Luís Roberto Barroso (Relator) já apresentou algumas teses, defendendo a cobrança de honorários sucumbenciais, desde que respeitados alguns limites, de modo que se combata a litigância abusiva. Já o Min. Edson Fachin aduz que o direito fundamental à gratuidade da Justiça, ligada ao direito fundamental de acesso à justiça, não permite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo trabalhista, sob pena de violação à proteção conferida pela Constituição Federal.

[270] MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista* – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/blog. Acesso em: 09 jul. 2021.

É salutar, portanto, que o Estado adote posturas ativas, que visem a uma justiça social perante às classes que se encontram à margem do processo de desenvolvimento econômico. Esse aspecto processual também reflete diretamente na realidade material destes trabalhadores. Reconhecer o desequilíbrio social e econômico do beneficiário da justiça gratuita e garantir, ao menos, um acesso à justiça de forma digna de justa, também representam formas de assegurar um direito fundamental ao trabalho digno.

Boaventura de Sousa Santos[271] apresenta ensinamento valioso:

"São essas pessoas, que compõem os mais baixos estratos sociais, veem muito distante o Poder Judiciário, seja porque não possuem conhecimento integral de seus direitos, falta-lhes discernimento para compreender os problemas que as afetam e a possibilidade de solucioná-los juridicamente, temem represálias sociais das mesmas classes sociais que as exploram, não confiam na estrutura burocrática e formalista composta por juízes, servidores e advogados que também integram a dita classe dominante".

Resta evidente que o debate em torno da obstrução do acesso à justiça frente ao beneficiário da justiça gratuita não se limita a um mero capricho formal. Trata-se, primordialmente, de uma sociedade adoecida, presa a um sentimento de egoísmo econômico desequilibrado.

Ricardo Antunes[272] é cirúrgico ao apresentar questionamentos no mesmo sentido:

"Que estranho mito foi esse do fim do trabalho dentro do capitalismo? Terá sido um sonho eurocêntrico? Por que o labor humano tem sido, predominantemente, espaço de sujeição, sofrimento, desumanização e precarização, numa era em que muitos imaginavam uma proximidade celestial? E mais: por que, apesar de tudo isso, o trabalho carrega consigo coágulos de sociabilidade, tece laços de solidariedade, oferece impulsão para a rebeldia e anseio pela emancipação?"

O acesso à justiça pressupõe a efetividade do processo. Além disso, deve ser visto em conjunto com as particularidades de cada litígio, de modo que se diferem de acordo com a complexidade e extensão da controvérsia. Trata-se de premissa básica para compreender a relevância do estudo do acesso à justiça, conforme adverte Mauro Cappelletti[273]:

"Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica".

---

[271] SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice* – o social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 170.

[272] ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão:* o novo proletariado de serviços na era digital. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 25.

[273] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 13.

Com muito mais razão há de se perquirir a respeito do acesso à justiça para o beneficiário da justiça gratuita no processo do trabalho. Exige-se que a Justiça do Trabalho pondere e reconheça as distintas condições existentes entre as partes. Essa garantia a um acesso à justiça efetivo representa extensão do próprio direito fundamental ao trabalho digno.

É de se concretizar não apenas as condições de trabalho dignas, mas igualmente as formas de se fazer valer tais medidas. Nessa perspectiva, vale a pena expor as preciosas lições de Nelson Nery Junior[274]:

"Se a lei, atendendo ao preceito constitucional, permite o acesso do pobre à justiça, como poderia fazer com que, na eventualidade de perder a ação, tivesse que arcar com os honorários advocatícios da parte contrária? Seria, a nosso juízo, *vedar* o acesso ao Judiciário por via transversa porque, pendente essa espada de Dâmocles sobre a cabeça do litigante pobre, jamais iria ele querer promover qualquer ação judicial para a garantia de um direito ameaçado ou violado".

Vale reforçar que a mera existência de outros créditos obtidos pelo beneficiário da justiça gratuita não significa, automaticamente, a superação de sua situação de hipossuficiência. Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo elucidam que tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, comparativamente ao que se verifica em outros ramos, equivale a tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe[275].

Na mesma toada, Gabriela Neves Delgado, em sua obra *"Direito fundamental ao trabalho digno"*, defende que a desregulamentação de direitos consiste em fenômeno abarcado pelo neoliberalismo, estruturado em um Estado mínimo, que exige uma ausência de regulamentação estatal perante as questões sociais, inclusive as de cunho trabalhista, em prol da regulação autônoma, privada, individual ou coletiva[276].

O trabalho representa uma das facetas da essência humana, no sentido de dever de valorização pessoal e de integração social. O Direito do Trabalho, dessa forma, tem papel fundamental nesse processo.

Gabriela Neves Delgado[277] prossegue:

"No desempenho das relações sociais, onde se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio. O que também indica que o sistema de valores a ser utilizado como diretriz do Estado Democrático de Direito não poderá se revelar utilitarista. Deverá, em contrapartida, concentrar-se no ser humano enquanto pessoa".

A hodierna insegurança jurídica recai em um empecilho ainda maior: não mais se trata de concretizar a aplicação da letra de lei, porquanto, como se verifica, esta encontra-se viciada de inconstitucionalidade. Por ora, o que se almeja é a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos abarcados. Contudo, à longo prazo, há de se ter

[274] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 10 ed. São Paulo: RT, 2014. 415 p.

[275] MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista* – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/blog. Acesso em: 09 jul. 2021.

[276] DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 173.

[277] DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 180.

esperança em leis trabalhistas protetivas o suficiente para que, ao menos, não seja necessário discutir a respeito do acesso à justiça.

Essa luta constante em prol de uma Justiça eficaz e consistente deve permanecer ativa na mesma proporção em que se apresentam injustiças materiais e processuais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a sensibilidade que se exige, a pesquisa visou a apontar as fragilidades e inconstâncias dos dispositivos que versam sobre a relação entre a condição do beneficiário da justiça gratuita e a sua relação com o acesso à justiça.

Para tanto, foi fundamental perscrutar a respeito dos honorários advocatícios sucumbenciais, especialmente os dispositivos inseridos pela Lei nº 13.467/2017, alcunhada de Reforma Trabalhista: art. 790-B, § 4º e art. 791, § 4º, ambos da CLT.

Além disso, apresentou-se a deficiência técnica (e, por vezes, contraditória) da regulamentação conferida pelos artigos celetistas, em comparação com a sistemática do Código de Processo Civil. Juntamente com uma breve análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, evidenciou-se a insegurança jurídica que reina na Justiça do Trabalho, inclusive ante a significativa demora na uniformização de jurisprudência pelos Tribunais Superiores.

Isso porque, ainda que não se defenda a isenção absoluta das custas e honorários advocatícios, a pesquisa demonstrou a necessidade de admitir a suspensão da exigibilidade de tais despesas, enquanto perdurar a condição de necessidade do beneficiário da justiça gratuita, sob pena de afrontar, de forma substancial, o acesso à justiça.

É de se destacar que a mera existência de outros créditos, obtidos na mesma ou em outra demanda, não afasta, per si, o estado de hipossuficiência. Assim, da mesma forma que o CPC abrange os honorários periciais e advocatícios no campo da justiça gratuita, com muito mais razão há de se garantir na Justiça do Trabalho.

É crucial que se entenda que a regulamentação dada pela CLT no que tange aos honorários advocatícios sucumbenciais atinge diretamente a dinâmica social e material do trabalhador hipossuficiente, não se limitando a uma pura questão processual.

Ao se permitir que o beneficiário da justiça gratuita saia financeiramente prejudicado ao final de uma demanda, indubitavelmente se induz à não propositura de demandas, sobretudo aquelas cujo objeto se relaciona a produção de provas técnicas.

Esse anseio em conter a litigância abusiva e impedir os aventureiros de buscar a sorte na Justiça do Trabalho não deve ser mediante a obstrução do acesso à justiça perante o beneficiário da justiça gratuita. Em verdade, esse movimento de flexibilização para conferir maior solidez aproxima-se muito mais de um mecanismo empresarial capitalista para se desenvolver às custas dos economicamente desfavorecidos do que uma tentativa de enfrentamento das peculiaridades desta Justiça Especializada.

Por fim, sempre acompanhado de teses doutrinárias, a pesquisa centrou-se em demonstrar que o óbice ao acesso à justiça pelo beneficiário da justiça gratuita representa, ao fim e ao cabo, um panorama geral de contexto em que a Justiça do Trabalho se encontra, o que deve ser combatido.

Na esperança de dar continuidade às inúmeras conquistas sociais significativas alavancadas em cada momento histórico de inseguranças e pressões empresariais, esta pesquisa se revela como mais um ato de resistência e indignação, cada qual em sua extensão e em seu momento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*: o novo proletariado de serviços na era digital. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 25.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

DA SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT Comentada*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista* – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/blog. Acesso em: 09 jul. 2021.

MIZIARA, Raphael. *Honorários Advocatícios Sucumbenciais no Processo do Trabalho:* Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: RT, 2014. 415 p.

PINTO E SILVA, Otavio. Acesso à justiça e honorários advocatícios. *In:* MIESSA, Élisson (coord.) *Honorários advocatícios na Justiça do trabalho*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. 27, p. 603-616.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice* – o social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

CAPÍTULO 22

Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Análise histórica e atual do instituto no Código de Processo Civil

Fabiana Monaco Bonini

1.- Repercussão Geral

A Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre as diversas novidades que trouxe para o direito constitucional e direito processual civil, a que interessa nesse trabalho é que estabeleceu um novo pressuposto para o cabimento do recurso extraordinário. É o que o § 3º do art. 102 da C.F.[278]chama de "repercussão geral".

O fato de a repercussão geral ter sido introduzida no cenário processual civil brasileiro por Emenda Constitucional, votada e aprovada em consonância com o devido processo legislativo, é suficiente para afastar a alegação de inconstitucionalidade no sentido processual e material.

No que tange ao processual, como as hipóteses de cabimento do RE não podem ser compreendidas como "cláusulas pétreas" (que estão previstas no art. 60, § 4º da C.F.), não há qualquer óbice na sua alteração, desde que realizada por Emenda Constitucional, seja para ampliar ou restringir a norma. Já em relação ao material, pela natureza e finalidade do RE é possível e inclusive desejável, que o constituinte estabeleça verdadeiros "filtros" ao S.T.F. (e também para o S.T.J.) para viabilizar que ele melhor desempenhe a sua função de traçar parâmetros seguros e objetivos de aplicação do direito federal em todo o território nacional.

Conforme já foi visto, atualmente o instituto é regulamentado pelo Art. 1.035 do C.P.C., e também é o objeto de disciplina pelos arts. 323 a 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da interpretação da C.F. em todo o território nacional, o que fica ainda mais evidente com a circunstância de só serem admitidos os recursos extraordinários que ofereçam repercussão geral que ultrapasse "os interesses subjetivos da causa". A repercussão geral é uma questão relacionada à admissibilidade do recurso extraordinário, e será objeto de estudo mais detalhado a seguir.

---

[278] *"**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
(...)
§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."

1.1.- Conceito de Repercussão Geral

O instituto da repercussão geral foi composto por vocábulos cujo conteúdo semântico é razoavelmente indicativo do objetivo almejado pelo constituinte. O substantivo repercussão provém do latim *repercussione* que significa 'ato ou efeito de repercutir'. O verbo repercutir, por sua vez, tem origem no latim *repercutere* que pode ser entendido como 'fazer sentir indiretamente a sua ação ou influência.' Já o adjetivo geral, também vem do latim *generale*, e significa 'comum à maior parte ou à totalidade de um grupo de pessoas.'

Portanto, de forma literal pode-se dizer que a repercussão geral se refere à necessidade de que as questões constitucionais impugnadas pelo RE tenham a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência.

Bruno Dantas, conceitua repercussão geral da seguinte forma:

"Repercussão geral é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentara qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico"[279].

Para esse autor, o conceito de repercussão geral é composto por três partes principais, como elementos integrativos do conceito de repercussão geral, quais sejam:

a) Em primeiro lugar, é que a repercussão geral não é requisito de admissibilidade autônomo, mas sim é pressuposto de cabimento do RE, ou seja, um requisito intrínseco de admissibilidade.
b) Em segundo lugar, a repercussão geral é pressuposto especial de cabimento por dois motivos: i) é aplicável exclusivamente ao RE e a nenhum outro recurso; ii) em função da sua especialidade, o constituinte derivado concebeu um quórum qualificadíssimo para deliberação sobre a inadmissibilidade de um RE (2/3 dos membros do S.T.F., que será tratado em tópico próprio mais adiante).
c) Em terceiro lugar, é indissociável o conceito do instituto a imposição por ele gerada de que se examine o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais discutidas terá na sociedade.

Outro conceito, também muito interessante, é o apresentado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que afirmam que:

"A repercussão geral trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional. (...) A razão da repercussão geral: velar pela unidade do Direito através do exame de casos significativos para a ótima realização dos fins do Estado Constitucional, sem sobrecarregar o Supremo Tribunal com o exame de

[279] Dantas, Bruno. *Repercussão geral*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012 – recursos no processo civil, p. 260 – item 5.2.8.

casos sem relevância e transcendência, cujas soluções não importem, tudo somado, contribuição do Supremo Tribunal Federal para compatibilização vertical das decisões e/ou desenvolvimento do Direito brasileiro."[280]

O instituto da repercussão geral está previsto expressamente no art. 1.035 do C.P.C., *in verbis*:

"Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal .

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus .

§ 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão".

A partir da definição de repercussão geral, iremos tratar dos outros aspectos relevantes do instituto.

1.2.- Natureza jurídica e matéria de ordem pública

[280] Marioni, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário / Luiz Guilherme Marioni e Daniel Mitidiero* – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012 – pp. 24 a 26 – item 1.2.

A natureza jurídica da repercussão geral, segundo Bruno Dantas[281], é de *pressuposto específico de cabimento* do recurso extraordinário que está inserido no juízo de admissibilidade do recurso, apesar das peculiaridades existentes. Esse entendimento é baseado no disposto no texto constitucional, quando menciona que se deve demonstrar a repercussão geral "a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso." Percebe-se que a repercussão geral do RE é considerada um requisito de admissibilidade autônomo cujo escopo é o estabelecimento de filtro de acesso ao S.T.F. pela via recursal.

Denota-se claramente que é preciso existir a vinculação direta entre a repercussão geral e o conteúdo da decisão recorrida, na qual devem ser buscadas as questões constitucionais, que levadas ao conhecimento do S.T.F. no bojo de um RE, serão hábeis a oferecer amplo impacto indireto no grupo social relevante. Por estar intimamente ligado com o conteúdo da decisão recorrida, a repercussão geral é um requisito intrínseco de admissibilidade do RE.

Portanto, a natureza jurídica da repercussão geral do RE é um pressuposto da recorribilidade da decisão que se pretende impugnar, isto é, refere-se ao cabimento do RE.

E ainda, entende-se que a natureza jurídica da repercussão geral sobreveio ao ordenamento jurídico mediante norma de ordem pública, de aplicação cogente. Disso decorre que o exame de seu exame deve ser realizado *ex officio*, pelo S.T.F; entretanto, por se tratar de norma cogente, a Corte não pode em nenhuma hipótese pode não analisar a questão da repercussão geral e avançar diretamente sobre o mérito, sob pena de violação do texto constitucional.

Por se tratar de pressuposto de cabimento do RE e matéria de ordem pública, o instituto da repercussão geral não pode ser negligenciado pelo S.T.F., mesmo que os argumentos das partes sejam insuficientes.

Vale ressaltar, portanto, que é absolutamente irrelevante o fato do recorrente argumentar de modo não convincente em matéria que efetivamente tem repercussão geral, ou do recorrido não oferecer contrarrazões em matéria desprovida de repercussão geral. Em ambas as situações, o S.T.F. deverá se manifestar sobre o instituto da repercussão geral, mesmo que seja para declarar a presença do instituto no recurso.

1.3.- Identificação da Repercussão Geral

Estabelece o § 1º do art. 1.035 do C.P.C. que, "para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". É possível perceber que o referido artigo não definiu de modo individualizado as questões em que há repercussão geral, mas sim valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido será fixado com precisão pelo próprio S.T.F. Trata-se de hipóteses típica de interpretação de conceito vago ou indeterminado, entretanto existem critérios para que se possam identificar as questões relevantes determinadas no art. 1.035, § 1º do C.P.C.

[281] Dantas, Bruno. *Repercussão geral*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012 – recursos no processo civil, pp.227ª 232 – item 5.2.1.

Interpretar um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação de uma norma posta, ou de um princípio jurídico, que contenha um conceito dessa natureza em sua formulação. Logo, a interpretação é tida como um processo de qualificação da realidade que se consubstancia no núcleo do processo de aplicação da norma; ou seja, o legislador possui discricionariedade na criação das leis, mas não possui o administrador do direito (juiz) a mesma discricionariedade ('liberdade'), pois deve procurar atingir a finalidade que está prevista em lei[282].

Apesar dos conceitos vagos serem muitas vezes um problema linguística, por se tratar de um problema eminentemente jurídico deve ser resolvido juridicamente. Ou seja, o resultado do raciocínio não pode ser, pura e simplesmente, a declaração de que se está diante de uma questão duvidosa e que várias respostas seriam aceitáveis. Por isso, o fato de os Tribunais decidirem com base em normas que contêm conceitos vagos não podem servir de justificativa para manter a jurisprudência conflitante, criando insegurança no sistema Judiciário.

O S.T.F. deve, portanto, decidir as questões que possuem relevância + transcendência = repercussão geral, que uma vez caracterizada obriga o S.T.F. a conhecer o RE. Os próprios casos já decididos pelo S.T.F. sobre a questão da repercussão geral, acabam por servir de controle da atividade jurisdicional da Corte; pois determina as causas que tenham configurado a relevância e a transcendência[283].

Seguem alguns exemplos de questões relevantes que estão previstas no art. 1.035, § 1º do C.P.C.:

---

[282] Nesse sentido é o entendimento de Luiz Manoel Gomes Junior, no livro *A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal.* – 1ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[283] Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, "as questões devem ser relevantes para a República Federativa do Brasil. Relevantes, igualmente, para efeitos de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário.

De se notar, ainda, que a relevância da questão debatida tem de ser aquilatada do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico. Não se tire daí, como é evidente, a exigência que a controvérsia seja importante sob todos esses ângulos de análise: basta que reste caracterizada a relevância do problema debatido em uma dessa perspectivas. Impõe-se que a questão debatida, além de se ensartar como de relevante importe econômico, social, político ou jurídico, ultrapasse o âmbito de interesses das partes. Vale dizer tem de ser transcendente. Também aqui o legislador infraconstitucional alça mão de linguagem propositadamente vaga, consentindo ao Supremo Tribunal Federal a aferição da transcendência da questão debatida a partir do caso concreto.

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa e quantitativa. Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).

(...)

A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequação da decisão ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Importa que a Constituição seja concretizada; a todos interessa essa fiel observação." (Marioni, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário / Luiz Guilherme Marioni e Daniel Mitidiero* – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012 – pp. 43 a 47 – item 2.2.1).

a) Relevância do ponto de vista econômico: dúvida sobre a constitucionalidade de determinado tributo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais (como telefonia, saneamento básico, entre outros);
b) Relevância do ponto de vista político: questão que interfira de modo profundo na atuação dos partidos, ou que diga respeito às relações do Brasil com estados estrangeiros ou com organismos internacionais;
c) Relevância do ponto de vista social: questão relativa à proteção de direitos ou interesses de vastas camadas da população, sobretudo das mais carentes, e notadamente em processos coletivos e da legitimidade do MP para propor certas ações;
d) Relevância do ponto de vista jurídico: questão concernente à definição de instituto fundamental do ordenamento brasileiro, ou à divisão de competência entre a União e os Estados-membros para legislar sobre certa matéria.

Com frequência, a repercussão geral poderá manifestar-se em mais de um campo dentre os mencionados no § 1º, eles não são reciprocamente excludentes.

Por fim, estabelece o § 3º do art. 1.035 do C.P.C. uma presunção de repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que "contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal" e que "tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da C.F."[284]. Isto é, a demonstração da repercussão geral ficará reduzida à prova da contrariedade entre a teses jurídica da decisão recorrida e alguma das consagradas na Súmula ou na jurisprudência dominante da Corte Suprema; bem como contrariedade a tratado internacional ou lei federal.

1.4.- *Quórum* e apreciação da Repercussão Geral

O § 2º, do art. 1.035 do C.P.C. cumulado com os artigos 322 a 392 do R.I.S.T.F. disciplinam o procedimento que deve ser observado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na constatação da existência, ou não, da repercussão geral, que é dispensada nos casos em que a repercussão geral já foi reconhecida ou em que ela é presumida (art. 323, § 2º do R.I.S.T.F[285].). A questão da repercussão geral deve ser manifestada em preliminar ao recurso; por isso a simples ausência de preliminar de demonstração da repercussão geral pode levar a inadmissão do recurso, nos termos do art. 327 do R.I.S.T.F.[286]

---

[284] "**Art. 97**. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)"

[285] "**Art. 323.** Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o (a) Relator (a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010).
(...)
§ 2º. Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)."

[286] "**Art. 327**. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e Fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).

Importante destacar que o exame da existência ou inexistência da repercussão geral no recurso extraordinário depois que registrado e distribuído o recurso, o relator proceder previamente ao exame de admissibilidade deste e verificar que presentes os outros requisitos de admissão, tais como a intempestividade ou por ausência de afirmação de violação de questão constitucional na decisão recorrida. Se por qualquer outro requisito de admissibilidade o recurso extraordinário não for admitido, não se levará neste caso o recurso à Turma para apreciação da existência ou não da repercussão geral da controvérsia constitucional; pois essa decisão não irá interferir no julgamento do recurso.

Caso o relator entenda que não é o caso de se admitir o recurso, porque a questão não tem repercussão geral ou porque ausente da peça recursal em preliminar, a decisão a este respeito não caberá a eles, mas sim ao Plenário. De acordo com o § 3º do art. 102 da C.F., o S.T.F. somente poderá recusar o RE em razão da ausência de repercussão geral "pela manifestação de dois terços de seus membros". Portanto, a decisão de inadmissibilidade do RE, pela ausência de repercussão geral somente poderá ser proferida pelo Plenário.

Com o intuito de agilizar o processo, facilitar o trabalho dos ministros e que fosse necessário marcar outra sessão para o julgamento da admissibilidade do RE pela existência ou não da repercussão geral; o julgamento poderá ser feito pelo meio eletrônico.

O relator submeterá, pela via eletrônica, cópia de sua manifestação sobre se o caso oferece ou não repercussão geral. Com o recebimento desta manifestação os demais Ministros terão prazo comum de vinte dias para se pronunciar sobre o tema, enviando ao relator, também por meio eletrônico, sua manifestação (art. 324, R.I.S.T.F.[287]).

---

§ 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).
§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).

[287] "**Art. 324.** Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 31, de 29 de maio de 2009).
§ 1º. Somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020).
§ 2º. A decisão da maioria absoluta dos ministros no sentido da natureza infraconstitucional da matéria terá os mesmos efeitos da ausência de repercussão geral, autorizando a negativa de seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020).
§ 3º. O ministro que não se manifestar no prazo previsto no *caput* terá sua não participação registrada na ata do julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020).
§ 4º. Não alcançado o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência, ou não, de repercussão geral, o julgamento será suspenso e automaticamente retomado na sessão em meio eletrônico imediatamente seguinte, com a coleta das manifestações dos ministros ausentes. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020).
§ 5º. No julgamento realizado por meio eletrônico, se vencido o relator, redigirá o acórdão o ministro sorteado dentre aqueles que dele divergiram ou não se manifestaram, a quem competirá

Se o prazo se findar sem manifestações da maioria absoluta dos ministros sobre a repercussão geral, conforme previsto no § 1º do art. 324 do R.I.S.T.F., não será reconhecida a existência de matéria constitucional.

Tanto o julgamento pelo meio eletrônico, quanto o julgamento realizado em sessão de Plenário; a decisão que não admite o RE em razão da ausência de repercussão geral deve ser fundamentada. E ainda, em conformidade com o contexto atual do direito brasileiro (art. 93, IX da C.F[288].), a decisão proferida deve ser dada em sessão secreta.

Apesar da C.F.C não ter dito nada a respeito de o órgão *a quo* poder negar a subida do RE por este fundamento; coerentemente com o texto constitucional, o § 2º do art. 1.035 do C.P.C. estabelece que neste caso, a competência é exclusiva do S.T.F. Por isso, não pode o juízo *a quo* negar seguimento ao RE, afirmando que aquele caso não tem repercussão geral, tal como o faria se ausentes outros de seus requisitos de admissibilidade. Logo, uma decisão assim proferida, por atentar contra competência exclusiva do S.T.F., pode ser impugnada por reclamação (art. 102, inciso I, alínea "l" da C.F.[289]).

Entretanto, existem exceções para a competência exclusiva do S.T.F. para julgar a admissibilidade do RE com base na repercussão geral, quais sejam: i) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o S.T.F. não tenha reconhecido a existência de repercussão geral; ii) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do S.T.F. exarado no regime de repercussão geral; ou iii) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do S.T.F. exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

1.5.- **Terceiros que podem intervir na análise da Repercussão Geral**

O § 4º do art. 1.035 do C.P.C. admite que, na análise da repercussão geral, terceiros manifestem-se nos autos para sustentar suas razões relativas ao casos oferecer (ou não) repercussão geral, desde que representados por procuradores habilitados (conforme também § 2º do art. 323 do R.I.S.T.F.). A norma, admite assim, a intervenção do *amicus curiae* à semelhança do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.

---

relatar o caso para o exame do mérito ou de eventuais incidentes processuais. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020).

[288] "**Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
(...)
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação da pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)."

[289] "**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhes:
I – processar e julgar, originariamente:
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;"

A figura do *amicus curiae* nasce da necessidade de se observar o processo civil sob a ótica dos valores constitucionais. Trata-se, como a própria expressão sugere, de um 'amigo do juiz' ou 'colaborador do juiz', que deve agir como vetor interpretativo dos valores adotados pela sociedade, por exemplo, de modo que o Poder Judiciário leve em consideração ao decidir.

A previsão do § 4º do art. 1.035 do C.P.C., deve ser interpretada de maneira expressiva, de modo que o recorrente que teve o procedimento de seu recurso sobrestado, em razão da subida de recurso extraordinário "com fundamento idêntica controvérsia" interposto por outra pessoa, poderá manifestar-se com o intuito de ver reconhecida a repercussão geral da questão.

Isto quer dizer que a pessoa que teve seu recurso sobrestado pelo órgão *a quo* pode se manifestar-se no RE, pois seu recurso pode apresentar argumentos diferentes daquele do recurso que foi levado a julgamento do S.T.F. que se não forem apresentados neste momento, não serão apreciados. Ou seja, terceiros poderão ser manifestar-se acerca da questão atuando em prol da construção de precedentes que sejam favoráveis aos seus próprios interesses ou, mais amplamente, em prol dos interesses que representam.

1.6.- Repercussão Geral e os casos múltiplos

Como já foi dito no tópico anterior, pode acontecer de existirem dois ou mais recursos extraordinários com invocação de igual fundamento no que tange a repercussão geral.

Com o intuito de evitar-se que o S.T.F. precisasse apreciar repetidas vezes a repercussão geral das mesmas questões suscitadas pelos recorrentes, o art. 1.035, § 5º do C.P.C. adotou o procedimento, que pode ser denominado como "recursos extraordinários por amostragem". Nestes casos, caberá ao relator no S.T.F. "determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional".

Importante destacar que, no caso de ocorrer o sobrestamento indevido da tramitação de algum RE, deverá ser admitido agrado interno para o S.T.F., conforme disposto no art. 1.035, § 7º do C.P.C.; desde que demonstrado que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionado pelo S.T.F.

Nos termos dos arts. 328 e 329 do R.I.S.T.F[290]., a presidência do S.T.F. ou o relator do RE também poderão comunicar a existência de recurso cuja questão seja suscetível

[290] "**Art. 328**. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).
Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas do juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).
(...)

de ser reproduzida em múltiplos feitos aos tribunais locais e turmas recursais de juizados especiais, com o objetivo de que sejam sobrestadas todas as demais causas com questão idêntica.

Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional.* 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARRUDA ALVIM. *A falta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. STJ 10 ANOS: obra comemorativa 1989-1999.* Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, volume 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais / Cassio Scarpinella Bueno*. – 5ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010) / Cassio Scarpinella Bueno.* – São Paulo: Saraiva, 2014.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 de julho de 2021.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de julho de 2021.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais / Brunos Dantas* – 3ª Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário / Maria Helena Diniz* – São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel (1971 -). *A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal.* – 1ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado / Marcus Vinícius Rios Gonçalves* – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES JÚNIOR, José Luiz. *Repercussão geral.* Dissertação de Mestrado. Mestrado em direito das relações sociais – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2008.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial.* São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário / Luiz Guilherme Marioni, Daniel Mitidiero* – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional / Flávio Martins* – 4ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização do banco eletrônico de dados a respeito. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)".

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário / José Miguel Garcia Medina.* – 6ª Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação / José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier* – 2ª Ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2012 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Processo civil moderno; v. 2).
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes.* – 27. Ed. – São Paulo: Adas, 2011.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume 5: arts. 476 a 565 / José Carlos Barbosa* – 17. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.
MOREIRA, José Carlos Barbosa (1931 -). *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.* - 28. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.
NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, volume 11 / coordenação Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier.* Editora Revista dos Tribunais, 2007.
SEVERINO, Antônio Joaquim (1941 -). *Metodologia do trabalho científico / Antônio Joaquim Severino.* – 23. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Cortez, 2007.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 30 de julho de 2021.
TALAMINI, Eduardo. *Repercussão geral no recurso extraordinário: deliberação do plenário do STF por meio eletrônico. Informativo Eletrônico Justen, Perreira, Oliveira e Talamini Advogados Associados,* n. 5, jul., 2007.
WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini.* – 12. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória / Teresa Arruda Alvim Wambier.* - 2ª Ed. reformada e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPÍTULO 23

LIMITAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA: contornos sobre liberdade religiosa no Brasil

Fernanda Regina Pacífico

1 INTRODUÇÃO

Com provável surgimento na China, no final do ano de 2019, o novo vírus, pertencente à família dos coronavírus, identificado como SARS-CoV-2, causador da doença Covid-19, foi declarado como pandêmico[291] pela Organização Mundial da Saúde – OMS no dia 11 de março de 2020. Isso porque, em razão da alta transmissibilidade de tal organismo, tornou-se questão de tempo o atingimento dos mais variados países.

Com o intuito de atuar preventiva e repressivamente à disseminação do agente patógeno e visando minorar os impactos sociais da crise sanitária, governantes iniciaram a edição e execução de diversos atos limitativos de direitos, incluindo neste rol alguns direitos fundamentais.

Tal contexto limitativo de direitos fundamentais, por conseguinte, revelou a necessidade serem reavivados conceitos e definições inerentes a tal classe de direitos, suas características, núcleos essenciais, limites e método de ponderação, com o objetivo serem aplicados à ponderação de um direito fundamental em espécie que, ainda que muito diferente dos que comumente foram afetados pela crise sanitária, também o foi pelas limitações impostas pelo Poder Público, em menor medida, verdadeiramente, mas que demonstra o alcance das restrições em tempos excepcionais, sendo ele: a liberdade religiosa.

O método da proporcionalidade, aplicado ao caso concreto, revela a possibilidade de que tal direito seja limitado, pois não atingido o núcleo essencial que o embasa, composto essencialmente pelo aspecto interno ao ser humano. Por outro lado, o aspecto externo do direito está sob a égide do ato restritivo, quando necessário à manutenção da saúde e segurança dos demais indivíduos componentes da sociedade, nos moldes impostos pelo Estado Democrático de Direito.

2 CONTEXTO LIMITATIVO: A PANDEMIA DA COVID-19

[291] É a disseminação ou transmissão sustentada, de pessoa para pessoa, de uma nova doença. Diferentemente da epidemia, que afeta uma região específica, a pandemia possui escala de contaminação mundial. Disponível em: < https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia > Acesso em 06.05.2021.

Diante da iminência de chegada do vírus ao território brasileiro e com o intuito de frear os impactos da pandemia da Covid-19, diversas medidas administrativas e legislativas foram tomadas pelo Poder Público, nos âmbitos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Tal modo de atuação, embasado na competência comum prevista no inciso II do artigo 23 da Constituição Federal, foi inclusive objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, por sua vez, reafirmou a competência comum de todos os entes federativos.[292]

Sendo assim, medidas como quarentenas, isolamento físico, proibição de aglomerações, uso obrigatório de máscaras, suspensão de funcionamento de determinados tipos de serviços, restrições de atendimento em comércios e serviços, realização compulsória de exames médicos, laboratoriais, coleta de amostras, vacinação, restrição temporária de entrada ou saída do país, fechamento temporário de escolas, restrições em transportes coletivos, dentre tantas outras, passaram a ser implementadas.

A execução de tais medidas, por conseguinte, teve o condão de limitar o exercício de diversos direitos, inclusive direitos tutelados como fundamentais, tal como a liberdade de religião e de crença, ante às determinações de fechamento.

Com tal atuação, alguns direitos foram inviabilizados total ou parcialmente por diversos momentos, sobretudo nos meses iniciais da pandemia, o que fez surgir questionamentos a respeito da legalidade e constitucionalidade das medidas adotadas, o que impõe o reavivamento de conceitos e características, a fim de se aplicar o método da ponderação.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceito e relação com direitos humanos

O movimento do constitucionalismo, que, dentre outros aspectos, teve bases históricas, filosóficas, políticas, ideológicas e sociológicas, inicialmente voltadas à promoção da liberdade, foi o responsável por moldar os direitos fundamentais conhecidos hoje, de modo que eles se mostram como produtos de uma contínua e longínqua evolução.

Assim, se o constitucionalismo pretendeu inicialmente promover a separação dos poderes, garantir direitos e frear arbitrariedades, o fato é que tal atuação foi útil para a identificação e consolidação de diversos direitos tidos como essenciais para a vida do ser humano. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, são direitos sem os quais o ser humano não vive, convive ou sobrevive (2007, p. 401).

No entanto, como ressalta Fonteles (2021, p. 15), tal acepção não é suficiente para a identificação do que é um direito fundamental ou não. Para que isso seja possível, necessárias são algumas noções sobre direitos humanos.

Comumente utilizada na atualidade, a expressão "*direitos humanos"* começou a se delinear no final do século XV e início do século XVI, cujo impulso decisivo ocorreu no transcurso do século XVIII (BARROSO, 2020, p. 508). O mesmo autor ressalta que, de modo subjacente à ideia de direitos humanos, encontravam-se em evidência os

[292] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271, DIVULG 12-11-2020, PUBLIC 13-11-2020.

ideais jusnaturalistas e dos direitos naturais, de Thomas Hobbes e John Locke, respectivamente (2020, p. 508).

A noção de direitos humanos, ultrapassando o ideário dos filósofos políticos, alcançou a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, ganhando o nome de *direitos inalienáveis* e, de modo similar, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com a denominação *"direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem"* (BARROSO, 2020, p. 508).

A percepção atual do que são os direitos humanos é fruto nascido no período pós Segunda Guerra Mundial. Assim:

Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, um novo conceito, cujas raízes se encontravam na religião e na filosofia, ingressa com grande impacto no discurso político e jurídico dos vencedores do conflito: *a dignidade humana* (BARROSO, 2020, p.509).

A inserção da dignidade humana nos mais variados documentos internacionais e nacionais, bem como a percepção de que ela subsiste em todas as ordens democráticas - ainda que não positivada -, demonstra seu funcionamento como justificativa moral e fundamento normativo dos direitos humanos (BARROSO, 2020, p. 509). E, por isso:

A dignidade humana e os direitos humanos são duas faces de uma mesma moeda: uma voltada para a filosofia moral e a outra para o Direito. Direitos humanos são valores morais sob a forma de direitos ou, como sugere Habermas, "uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito" (BARROSO, 2020, p. 509-510).

A consolidação da dignidade humana em documentos internacionais, por conseguinte, permitiu que os ordenamentos passassem a receber influências destas novas fontes de irradiação de direitos humanos.[293] Portanto:

Direitos humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça. E – por que não? – também a busca da felicidade. São direitos dotados de fundamentalidade material e que têm uma dimensão jusnaturalista, não dependendo, para sua validade, de institucionalização, positivação ou mesmo efetividade social. Eles são, portanto, pré e supraestatais, e funcionam como medida de legitimidade do próprio ordenamento jurídico do Estado (BARROSO, 2020, 511).

Por meio do reconhecimento de tais direitos em âmbito internacional, os sistemas jurídicos internos iniciaram processos de fundamentalização de direitos. A fundamentalização formal, de tal modo, é a positivação – na Constituição – de direitos reconhecidos no âmbito dos direitos humanos e de outros elegíveis segundo as especificidades de cada sociedade (FONTELES, 2019, p. 19 – 20). Sendo assim, direitos fundamentais são todos aqueles elegidos pelo constituinte como tais e, portanto, inseridos explicitamente na Constituição (FONTELES, 2021, p. 17-18).

No entanto, a Constituição de 1988 foi além da fundamentalização formal, sedimentando no §2º do art.5º a fundamentalização material (FONTELES, 2021, p. 18). O dispositivo dispõe que "[o]s 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".

[293] Tais como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Assim, por reconhecimento e imposição implícita da própria Constituição, há a necessidade de análise de conteúdo para delimitar a condição de direito fundamental ou não. Fonteles (2021, p. 18) relata, portanto, que "(...) haverá direitos fundamentais não escritos na Carta Magna, mas com a mesma envergadura dos que foram nela positivados". Em vista do disso:

(...) os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos usualmente relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado (e, às vezes, aos próprios particulares), salvaguardando o indivíduo, a coletividade ou a humanidade (FONTELES, 2021, p. 16).

Ao tratar do conceito de direitos fundamentais, Silva (2021, p. 101) elucida que, embora a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos com base no âmbito de positivação seja algo simplista - os primeiros positivados nas constituições e os segundos nos documentos internacionais –, tal distinção básica foi feita pelo constituinte na redação original[294] da Constituição brasileira e, posteriormente, por meio de algumas emendas, a exemplo da EC nº 45/2004 (art. 5º, §3º, art. 109, V-A e art. 109, §5º).[295]

Embora a apresentação de um conceito seja necessária, o fato é que ele não se mostra suficiente para a identificação de um direito fundamental, motivo pelo qual demanda a enunciação de suas características mínimas, passíveis de análise diante da fundamentalização material.

3.2 Características

Diante da especificidade que os cerca e da categoria autônoma que compõem, os direitos fundamentais apresentam características distintas de outros direitos, motivos pelos quais tais características servem para identificar e compreender os direitos fundamentais, contribuindo até mesmo para o alcance de incidência.

A primeira dessas características é a *inalienabilidade*, pela qual o direito fundamental se revela intransmissível a título oneroso (compra e venda) ou gratuito (doação). Para Martins (2021, p. 723), "[i]sso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente".[296]

A *irrenunciabilidade,* por sua vez, é a impossibilidade de abdicação, mesmo que o titular jamais o exerça (FONTELES, 2021, p. 23). Vale ressaltar a existência de corrente diversa, que entende que a irrenunciabilidade não é uma característica inerente aos direitos fundamentais.[297]

---

[294] CF, 1988, art. 4º, II; e art. 7º do ADCT.

[295] Virgílio Afonso da Silva esclarece que a expressão "direitos humanos" inserida no art. 134 da Constituição Federal, por meio da EC nº 80/2014, utiliza a expressão fora do contexto internacional.

[296] Há que se ressaltar, no entanto, a possibilidade de mitigação dessa característica, tal como acontece com o direito autoral, por expressa previsão constitucional (FONTELES, 2021, p. 22).

[297] Virgílio Afonso da Silva, em seu curso de Direito Constitucional Brasileiro (2021, p. 112-113), ressalta que o ponto central da corrente dominante é a irreversibilidade da renúncia. No entanto, ele destaca que a ideia de irrenunciabilidade a um direito fundamental é questão complexa e que pode ter mais de um significado, além da conhecida irreversibilidade. Para ele, a opção de um brasileiro nato em adquirir outra nacionalidade, nos termos do §4º do art.12 da CF é exemplo de renúncia a todos os direitos fundamentais, não só da nacionalidade, configurando-se de modo definitivo. A renúncia ao direito de herança (inciso XXX do art.5º, CF), nos termos do art. 1806 do Código Civil, também ilustra a renúncia definitiva a um direito fundamental, mas exclusivamente em relação a ele. Por fim, a mitigação da liberdade profissional

A *indisponibilidade*, derivada das características anteriores, refere que se o direito não pode ser alienado e nem renunciado, está fora do alcance de disposição do titular (FONTELES, 2021, p. 23-24).

A *historicidade,* a seu turno, liga-se sobretudo às constituições classificadas como *dogmáticas,* que, diferentemente das *históricas*, revelam um esforço episódico de reconhecimento de direitos. Ou seja, ela "fotografa os valores de uma sociedade, em um dado momento no curso da História (FONTELES, 2021, p. 24-25). Tal característica demonstra – ao mesmo tempo - que os direitos fundamentais decorrem de uma evolução contínua e, em determinado momento da história, passam pelo processo de fundamentalização formal e ou material.

Outra característica é a *imprescritibilidade,* pela qual se entende que "o passar do tempo não retira a possibilidade de exercício do direito fundamental" (MARTINS, 2021, p. 724), porque a prescrição é um instituto que atinge somente a exigibilidade dos direitos patrimoniais, não os personalíssimos, que nunca deixam de ser exigíveis (MARTINS, 2021, p. 724).

A *relatividade,* enquanto isso, se relaciona com a existência ou não de direitos absolutos. A justificativa para a relatividade de um direito fundamental decorre do embasamento que o abriga; no caso, os princípios. Se os princípios admitem ponderação diante de situações de conflito, a fim de que nenhum deles seja extirpado do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais - que os têm como base - também não podem ser absolutos, surgindo daí sua relatividade (FONTELES, 2021, p. 26-30).

Vale destacar, neste ponto, que parcela da doutrina pátria entende pela existência de alguns direitos absolutos, tais como os direitos de não ser torturado e de não ser escravizado (FONTELES, 2021, p. 27). A justificativa para isso residiria no fato de que a relativização de um direito fundamental só se sustenta enquanto não atingir o núcleo essencial de tal direito, cujo princípio regente é a dignidade humana.[298]

Além das características acima, Martins (2021) acrescenta a *universalidade,* que pode ser conceituada como a destinação indistinta de direitos fundamentais a todos os seres humanos, com algumas exceções inseridas na própria Constituição (MARTINS, 2021, p. 719); a *concorrência,* que é o exercício simultâneo de diversos direitos fundamentais (MARTINS, 2021, p. 722); e a *vinculação aos Três Poderes,* isso porque aquilo que consagra os direitos fundamentais vincula a função dos poderes estatais (MARTINS, 2021, p. 724).

As características dos direitos fundamentais, por conseguinte, mostram-se como instrumentos facilitadores no tortuoso caminho de reconhecimento de direitos. Mas além das características, faz-se necessária uma análise acerca das limitações que podem atingir os direitos fundamentais, sem que isso configure violação ao núcleo essencial deles componente.

3.3 Núcleo essencial e limitação dos direitos fundamentais

Ao descrever o objeto de sua obra, Silva (2014, p. 23) relata ser até intuitivo que direitos, de modo geral, possuam um conteúdo mínimo, isso porque se ausente tal garantia mínima, a garantia do próprio direito não teria serventia nenhuma. Esse

(inciso XIII do art.5º, CF) de um juiz se configura como uma renúncia reversível de um direito fundamental, enquanto perdurar a judicatura.

[298] Entendimento utilizado como fundamento na Apelação Cível nº 70037772159, 5ª Câmara Cível, TJ/RJ, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, 20/04/2011.

conteúdo mínimo, essencial, destina-se ao legislador ordinário, na tarefa de concretizar os direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 24).

Diferentemente das constituições alemã[299], portuguesa[300] e espanhola[301], a brasileira não previu expressamente a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais ou mesmo a existência de um conteúdo essencial inviolável.

No que tange esse conteúdo essencial, todavia, Silva (2014, p. 202) ressalta que essa ausência de previsão não se mostra como um problema, porque "(...) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma simples decorrência do respeito à regra da proporcionalidade (...)." E completa:

(...) qualquer eventual dispositivo constitucional acerca da questão tem valor meramente declaratório. Isso não significa, é claro, que tais dispositivos sejam desprovidos de função; mas essa função é mais simbólica que constitutiva (SILVA, 2014, p. 202).

O conteúdo e a extensão da limitação a um direito fundamental, deste modo, nos termos da Constituição brasileira, foi tarefa relegada à doutrina e ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição.

A fim de se determinar o conteúdo do núcleo essencial, Silva (2014, p. 187-202) apresenta as teorias absoluta e relativa. A primeira delas considera que os direitos fundamentais possuem um núcleo intangível e apriorístico, infenso a qualquer tipo de ataque, muito embora possa não ser imutável. A segunda teoria, por sua vez, defende a inexistência de um núcleo apriorístico, isto é, fixo desde o início, isso porque tal núcleo pode se modificar diante da colisão entre direitos. Sendo assim, o que determina o núcleo essencial é a regra da proporcionalidade aplicada ao caso concreto (FONTELES, 2021, p.56-57).

Para Silva (2021, p.120), por conseguinte, o teste da proporcionalidade é o critério definitivo para identificar uma restrição a direito fundamental como compatível ou não com a Constituição Federal.

3.4 O método da proporcionalidade para a limitação de direitos fundamentais

O contexto limitativo narrado em linhas anteriores, por conseguinte, reúne a excepcionalidade, especificidade e temporalidade necessária para que possa haver a restrição de direitos fundamentais. Em tal conjuntura, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da Resolução 1/2020, denominada "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", recomendou que os Estados membros adotassem:

(...) imediatamente, com urgência e com a devida diligência, todas as medidas cabíveis para proteger os direitos à vida, à saúde e à integridade pessoal das pessoas que se

[299] Constituição da Alemanha. Artigo 19, (2): Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. Disponível em: < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf > Acesso em: 30 abr. 2021.

[300] Constituição de Portugal. Artigo 18.º, 3: As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx > Acesso em: 29 abr. 2021.

[301] Constituição da Espanha. Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

encontram em suas jurisdições contra o risco representado por esta pandemia (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020, p. 8, tradução nossa)

Mas, ao mesmo tempo, reconheceu que em determinadas circunstâncias, com o objetivo de promover o adequado distanciamento físico, pode ser imperativa a limitação do gozo de alguns direitos humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020, p. 6). Em vista disso, as medidas adotadas devem ser guiadas de acordo com alguns princípios gerais, tais como:

f. As medidas que os Estados adotem, em particular aquelas que resultem em restrições de direitos ou garantias, devem obedecer aos princípios "pro persona" da proporcionalidade e da temporalidade e devem ter como finalidade legítima o cumprimento estrito dos objetivos de saúde e proteção pública integral, com a devida e oportuna atenção à população, acima de qualquer outra consideração ou interesse de natureza pública ou privada.

g. Mesmo nos casos mais extremos e excepcionais em que a suspensão de certos direitos pode ser necessária, o direito internacional impõe uma série de requisitos - como legalidade, necessidade, proporcionalidade e temporalidade - destinados a prevenir medidas como o estado exceção ou de emergência sejam utilizadas de forma ilegal, abusiva e desproporcional, causando violações dos direitos humanos ou danos ao sistema democrático de governo (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020, p.9, tradução nossa).

Os princípios anteriormente citados demonstram que, diante da importância dos direitos humanos (e fundamentais, por via de consequência), é imprescindível que as restrições a tais direitos ocorram de modo controlado. Para que tais limitações se deem, por conseguinte, faz-se necessária a aplicação do método da proporcionalidade, por meio das três fases consecutivas e prejudiciais: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação da regra da proporcionalidade, portanto, depende que sejam estabelecidos alguns conceitos iniciais a fim de nortear sua incidência. Primeiro, deve-se verificar qual o objetivo a ser perseguido. Posteriormente, quais serão as medidas adotadas com o intuito de praticar o objetivo estabelecido. Ao final, devem ser aplicadas as três fases citadas.

Na primeira fase, da adequação, deve-se responder se a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido. Na segunda fase, da necessidade, deve-se perquirir se há uma alternativa disponível que seja tão ou mais eficiente quanto àquela adotada, que possa fomentar o objetivo, e, ao mesmo tempo, restrinja menos o direito atingido. Na terceira e última fase, da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se analisar se o grau de restrição ao direito fundamental é justificado pelo grau de realização do outro direito.

4 LIMITAÇÃO EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA: método da ponderação aplicado ao direito à liberdade religiosa

O direito à liberdade religiosa pertence ao âmbito dos direitos fundamentais, no subgrupo dos direitos individuais, por expressa previsão da Constituição brasileira, isto é, pela via da fundamentalização formal. Vale também pontuar que, se estivesse ausente do texto constitucional, o conteúdo dele emanado seria abarcado pela fundamentalização material de direitos, conforme explanações desenvolvidas em tópicos anteriores.

No entanto, diante da característica da relatividade inerente a tal classe de direitos, a liberdade religiosa pode ser limitada em situações específicas, desde que seu núcleo essencial não seja atingido.

As medidas restritivas de direitos, tomadas por governantes no âmbito do contexto limitativo, por conseguinte, só se justificam se pautadas em fins legítimos, que, em regra, são as realizações de outros direitos fundamentais. Assim, diante da necessidade de medidas emergenciais de combate à pandemia, foram editados atos normativos que vedaram, temporariamente, a realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo, o que ensejou diversos questionamentos, inclusive na via judicial.

A Constituição Federal de 1988 dispõe ser "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (art. 5º, VI). Destaque-se que a liberdade de crença e de culto pode ser reduzida em fórmula genérica mais singela, mas que engloba tais situações: a liberdade religiosa.

Vale destacar que a liberdade religiosa também está prevista no artigo 18[302] da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Sendo que nesta última consta a seguinte especificidade:

Artigo 12. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

De modo semelhante, o art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata das liberdades fundamentais de pensamento, consciência e religião, estabelece que:

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou crenças está sujeita apenas às limitações que são prescritas por lei e necessárias em uma sociedade democrática no interesse da segurança pública, para a proteção da ordem pública, saúde ou moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950, p.11, tradução nossa).

Referindo-se à limitação constante no artigo 9º, 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, Hill QC (2020) esclarece que:

O aspecto interno do Artigo 9 - o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião - é um direito absoluto que não pode ser restringido. Em contraste, o aspecto externo do Artigo 9, o direito de manifestar uma religião ou crença em 'culto, ensino, prática e observância', está sujeito às limitações do Artigo 9 (2) (HILL QC, 2020, p. 2, tradução nossa).

Faz-se perceptível, por conseguinte, dois níveis de proteção do supracitado direito, a depender da dimensão (interna ou externa) abordada. Dúplice dimensão essa

[302] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos > Acesso em: 20 jul. 2021.

que foi albergada no texto da Constituição Federal de 1988.[303] Sendo assim, cinge-se a controvérsia no aspecto externo, consubstanciado na possibilidade de restrição do direito no âmbito das celebrações coletivas.

Aplicando-se o método da ponderação ao caso concreto, isto é, às medidas editadas pelo Poder Público, percebe-se que os requisitos essenciais iniciais foram efetivamente delimitados. O objetivo a ser perseguido foi a diminuição da proliferação do agente patógeno, por meio da proibição temporária de reuniões em templos religiosos (que é a medida, como segundo requisito), estando o ato limitador de direitos embasado e motivado por *standards* técnicos e evidências científicas, o que de plano faz presumir sua legitimidade.

Observando-se as três fases do método da ponderação, têm-se a adequação da medida, que se mostra efetiva para a realização e fomento do objetivo perseguido, porque pode efetivamente diminuir a disseminação da doença, consubstanciando-se no distanciamento físico e social.

A fase da necessidade, por sua vez, encontra fundamento na inexistência – à época – de medida diversa que pudesse conter a disseminação do vírus com menor restrição do direito ora tratado, tal como a vacinação em massa, que ainda não havia iniciado no momento da edição do ato restritivo.

A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, pressupõe equacionar se o grau de restrição ao direito fundamental à liberdade religiosa, em seu aspecto externo, se justificou diante da realização do outro direito, que, neste caso, é a saúde e segurança pública. A ponderação, no caso concreto, revela que a limitação não inviabilizou o exercício do primeiro direito, haja vista o núcleo anímico (interno) sequer ter sido tangenciado. Isto é, não se limitou que a fé fosse professada pelo titular do direito (aspecto interno), mas, sim, o modo de seu exercício coletivo (aspecto externo), que está sob os ditames da lei.

O direito fundamental à saúde, por sua vez, pertencente ao subgrupo dos direitos sociais, voltado a todas as pessoas e dever do Estado, deve ser garantido mediante políticas que reduzam o risco de doenças ou outros agravos, promovendo o acesso universal e igualitário para sua promoção (art. 196, CF). Percebe-se, com isso, que sendo um dever estatal a promoção da saúde e a diminuição do risco de doenças, por expressa imposição constitucional, nada mais acertado que, estando em risco a saúde coletiva e a própria capacidade de atendimento no âmbito do sistema de saúde, outros direitos sejam temporariamente mitigados.

Verifica-se, assim, que o grau de restrição ao direito fundamental à liberdade religiosa se justificou pelo grau de realização do outro direito (saúde coletiva). Assim, no âmbito da teoria relativa de restrição dos direitos fundamentais, têm-se que a limitação aplicada a um direito em espécie deve ser ponderada em face da realização de outro direito, sem que o núcleo essencial deles seja atingido. Modifica-se o núcleo essencial, no entanto, em razão do caso concreto. Na ponderação entre direito à liberdade religiosa, no aspecto externo, e a promoção da saúde pública, sobressaiu essa última, por não incorrer em ato excessivo emanado do Poder Público.

[303] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 811, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2021 PUBLIC 25-06-2021.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 576 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção americana sobre os direitos humanos: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em: 23 jul. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução 1/2020. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Adotado pela CIDH em 10 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf > Acesso em: 22 jul. 2021.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 1950. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf > Acesso em: 22 jul.2021.

FONTELES, Samuel Sales*. Direitos Fundamentais.* 4.ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* 1948. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos > Acesso em: 20 jul. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro.* 1.ed. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

HILL QC, Mark. *Coronavirus and the Curtailment of Religious Liberty*. Laws, v. 9, 4, 2020, pp. 3-4, disponível em: https://doi.org/10.3390/laws9040027.

CAPÍTULO 24

EDUCAÇÃO CONSTITUCIONALISTA

Fernando Monteiro Amorim

1. INTRODUÇÃO

A educação sempre foi objeto de grande importância àqueles que desde os primórdios da humana buscam estabelecer e perpetuar as coisas do mundo ideal no mundo real. E é quando esse processo requer a participação de outros indivíduos que a educação se mostra necessária, porque através dela se estabelece o enlace cooperativo necessário àqueles objetivos.

Desse entendimento resta óbvio que a educação é peça primordial e fundamental à existência social, mas isso não quer dizer que ela seja originariamente boa nem que será utilizada apenas para propósitos bons. Na verdade, a educação é uma arma que se amolda aos objetivos daquele que a empunha.

Tendo isso em mente, discorreremos a educação através da ótica da filosofia jurídica buscando estabelecer um elo entre o grau de atenção dispensado a ela e a eficácia horizontal e vertical dos direitos sociais e individuais.

Ao final, objetivando apresentar o que entendemos como educação ideal possível ao mundo real, isenta de limitações desproporcionais à individualidade daqueles que compõem o meio social, trataremos de estabelecer congruências entre o constitucionalismo e a educação.

A presente pesquisa seguirá a metodologia dedutiva fundada nas obras literárias de renomados juristas e filósofos do direito.

2. DISCUSSÃO

O ser humano, desde sempre, procura estabelecer verdades incontestáveis que possam fornecer respostas absolutas às questões pertinentes ao cerne de sua existência. Elas são para ele a sólida base da qual será impulsionado a um norte evolutivo também originário delas.

É no alvorecer da filosofia que a ideia de verdades absolutas se tornou amplamente difundida, principalmente em meado do surgimento da democracia[304], porque buscava-se estabelecer uma mentalidade uníssona a todos da sociedade.

Da vontade de propor verdades isentas de contestações surgiu o ensinamento de que elas se originavam fora da nossa realidade física. Platão (427-348 a.C.), também

[304] Forma de governo implantada por Clístenes no século VI a.C. na Cidade-Estado grega Atenas; que durou até a dominação macedônica no século IV a.C.

chamado Arístocles, discípulo de Sócrates (talvez 469-399 a.C.), dando continuidade aos ensinos de seu mentor, procurou estabelecer que "[...] as essências ou verdades são anteriores à existência do nosso mundo, não pertencem a ele e, por isso mesmo, não são materiais."[305]

Atrelado a esse entendimento adveio a seguinte máxima platônica: "Se as verdades não são materiais, elas não se transformam (não nascem, não se modificam, não perecem) pois só o que é material está submetido ao tempo (medida do movimento, do surgimento e do desaparecer); portanto, são **eternas** e **imutáveis**."[306]

Essa máxima ainda reverbera na forma de ensinar dos dias atuais, e isso é evidente quando as verdades nos são apresentadas como descobertas e não como construções sociais.[307]

A verdade é fruto do processo histórico de experiências que resultam em constatações momentâneas e não absolutas, e se a história é construída coletivamente então a verdade é também uma construção social. "Com isso, percebe-se que algo pode constituir uma verdade numa sociedade e pode não ser em outra, ou pode ser verdade num dado momento histórico e não ser em outro."[308]

Tal compreensão pode ser percebida nos ensinos de Aristóteles (384-322 a.C.), aluno de Platão, segundo ele: "[...] o conhecimento verdadeiro procede da experimentação e observação do mundo em suas particularidades e dessas (usando a Razão como ferramenta afiada pela Lógica) posso indutivamente chegar a verdades gerais."[309]

Disso podemos resumir que:

[...] a relação de conhecimento é uma relação entre sujeito e objeto; tem que haver um sujeito que conhece e um objeto que é conhecido, mas a **verdade** não está nem no pólo do sujeito e nem no pólo do objeto e sim, **na relação** entre eles.[310]

Por isso é crucial produzirmos uma reflexão em torno da relação existente entre a educação e o conhecimento; para estabelecer referências que orientem o sentido da ação humana.[311]

Tendo isso posto, primando melhor entendimento, através de uma ilustração conceitual, passaremos a delinear os mecanismos necessários à interação da psique humana com o mundo físico ao redor, que faz resultar numa cadeia de eventos sequenciais.

Primeiro é necessário existir uma inteligência apta a contemplar (interagir) e, por óbvio, algo sobre o qual possa exercer contemplação (interação). Chamaremos o objeto da contemplação de saber; ele pode ser material ou imaterial.

Da contemplação resultará à inteligência o conhecimento daquele saber com o qual interagiu; e conhecimento é compreensão mais aprofundada do saber.

Ainda que o saber por si só não exerce vontade sobre a inteligência, até o surgimento do conhecimento, somente ele a influenciará (modificará) sem ser por ela influenciado (modificado).

---

[305] (CORTELLA, 2008, p. 67)
[306] (Ibid., p. 67 - grifo do autor)
[307] (Ibid., passim)
[308] (Ibid., p. 79-81)
[309] (Ibid., p. 75)
[310] (Ibid., p. 79 - grifo do autor)
[311] (Ibid., p. 80)

É com o nascimento do conhecimento que a inteligência poderá também influenciar o saber em contemplação, e é em posse desse conhecimento que a inteligência constatará verdades sobre ele.

Essas constatações podem ser positivas (boas) ou negativas (más), e ainda podem ser falsas, mas sempre serão verdades. Delas surgirá a sabedoria; que é o resultado da influência da inteligência sobre o saber.

Por fim, esse novo ou modificado saber poderá ser contemplado pela mesma ou por uma nova inteligência e resultar em novas verdades ou modificação das já existentes.

É dessa situação que resulta o ensino e, consequentemente, a educação; o ensino parte da necessidade de influir sobre todos os membros da sociedade o mesmo saber; a educação, por sua vez, nada mais é do que a eleição dos parâmetros que se aplicarão ao exercício do ensino.

À relação ensino e educação perfeitamente agasalha a compreensão de KELSEN (1998, p. 42)[312], segundo ele: "[...] estas normas apenas surgem na consciência de homens que vivem em sociedade. [...] Para um indivíduo que vivesse isolado não teriam sentido."

Então, uma ordem social (norma), assim como o ensino e a educação, só fará sentido se ela prescrever uma conduta aos indivíduos diferente daquela que, por razão de suas próprias inclinações ou interesses egoístas, seguiriam naturalmente.[313]

A influência da ordem social só é imediata na conduta do indivíduo, mas não na vontade que a originou; porque querendo nela influir precisará estabelecer meios (mediatos) de induzir nele a vontade que fará originar a conduta prescrita, e é nesse ponto que o ensino através da educação se faz necessário.

É notório então dizermos que no meio social o império da norma é pleno, e que nada escapa ao seu olhar altivo. Dela resultam duas condições aos indivíduos da sociedade: aceita-la por meio da educação ou renega-la e sofrer sanções. Em ambas as situações o ensino se mostra fundamental, porque aquele que aceita precisa conhecer o que está aceitando, e se a sabedoria lhe induzir questionar a norma, então a própria norma lhe forçará aceita-la.

A liberdade está em aceitar a norma de bom grado, e isso é de direito, porque o direito só existe para aqueles que estão inseridos na sociedade, e é a vontade geral quem estabelece direitos. Consequentemente, é dessa mesma vontade que resultam a norma, a educação e o ensino. Logo, aquele que não desejar ser parte do corpo social nele não deve permanecer, porque não suportando a vontade geral buscaria impor sua própria vontade.[314]

À primeira vista somos induzidos a idealizar esse poderio reunido sob a vontade suprema de um único ou poucos indivíduos e então o demonizamos, mas, na verdade, ele é natural da sociedade. É em negligenciá-lo que permitimos sê-lo usurpado pela individualidade que passará subjugar a sociedade fazendo-a crer ser ele (indivíduo) o único capaz de suportá-lo.

Por essa razão, ROUSSEAU (2019, p. 25) aponta que: "Antes, portanto, de examinar o ato pelo qual o povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual o

[312] Quando tratou as normas morais como normas sociais.
[313] (KELSEN, 1998, p. 43)
[314] (ROUSSEAU, 2019, passim)

povo é um povo porque esse ato, sendo necessariamente anterior ao outo, constitui o verdadeiro fundamento da sociedade."

A sociedade é funda por um pacto entre seus membros, e:

[...] o pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade que todos se engajam sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos. Desse modo, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de maneira que o soberano conhece apenas o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que a compõem. Que é, pois, na realidade, um ato de soberania? Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros. Convenção legítima, porque tem por base o contrato social; equitativa, porque é comum a todos; útil, porque não tem outro objeto senão o bem geral; e sólida, porque possui como fiador a força do público e o poder supremo.[315]

Não nos sobra espaço para destilar as ideias impactantes desse renomado filósofo, entretanto, daquilo que importa ao tema, podemos assim sintetizá-la: o soberano é o povo, sua vontade é geral, e da eleição de representantes iniciar-se-á a luta para mantê-la com o povo; porque vontade não se representa.[316]

MONTESQUIEU (1996, p. 20-21) também discorre esse entendimento e não descartar a necessidade de eleição de ministros para fazer aquilo que o povo por si só não consegue fazer bem (dar celeridade aos negócios).

Entretanto, em ambos os casos, resta evidente que o perigo de os eleitos enganarem o povo para usurpar-lhe a soberania e subjuga-lo é constante e insolúvel por outro meio que não seja o ensino.

O ensino precisa inspirar no povo o amor pela soberania que lhes pertence e, consequentemente, a primazia pelo interesse público. E é no seio familiar que esse processo se inicia.

Normalmente, temos o poder de transmitir nossos conhecimentos a nossos filhos; temos o poder ainda maior de transmitir-lhes nossas paixões.

Se isto não acontece, é porque o que foi feito na casa paterna foi destruído pelas impressões de fora.

Não é a nova geração que degenera; ela só se perde quando os adultos já estão corrompidos.[317]

Nisso, aquilo dito por ROUSSEAU (2019, p. 60), se confirma: "Pode-se adquirir a liberdade, mas nunca recuperá-la."

Para melhor compreender tal afirmação é preciso considerar que:

As leis da educação são as primeiras que recebemos. E, como nos preparam para sermos cidadãos, cada família particular deve ser governada no mesmo plano da grande família que compreende todas.

Se o povo em geral tem um príncipio, as partes que o compõem, isto é, as famílias também o terão.[318]

Se o povo é anterior ao ato de instituir reis (a norma), é ele também anterior a educação, porque ela nasce da norma. Mas anterior ao povo está a família, e anterior a

[315] (ROUSSEAU, 2019, p. 47)
[316] (Ibid., passim)
[317] (MONTESQUIEU, 1996, p. 46)
[318] (MONTESQUIEU, 1996, p. 41)

educação está o ensino; este, por sua vez, é o fundamento máximo que originou todas e quaisquer sociedades.

Uma sociedade, por mais insignificante que seja, só é possível se seus membros originários conseguirem transmitir aos novos membros os progressos por eles já alcançados, dessa forma o progresso fluirá em ascendência constante.

Quando o povo não mais distingue o ensino da educação é que ele começa a perder o controle de sua soberania e, progressivamente, sua liberdade. A educação origina-se da vontade do soberano (povo) e retorna a ele por meio da norma, mas o ensino é natural do soberano e não deve ser mediado pela norma, porque é nele que repousa as liberdades do povo; de onde nascem todos os direitos empregados na norma.

TAVARES (2012, p. 876), sobre a educação, sabiamente aponta que:

[...] esse direito significa, primariamente, o *direito de (igual) acesso* à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino. Assim, o conteúdo inicial (mínimo) do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e capacitações, que devem ser oferecidas de forma regular e organizada.

[...] Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.

Ora, não é a educação quem ensina o povo, mas é o povo quem ensina e si próprio, porque o ensino e o aprendizado são intrínsecos nele. A educação nada mais é do que a sintetização do mínimo necessário para que eles (ensino e aprendizado) sejam exercidos no meio social através do individual.

Sendo de interesse geral que haja sociedade, então ao soberano (povo) a educação não é um direito, mas um dever. Cabe-lhe dispor de recursos e estratégias úteis para garantir que todos da sociedade tenham acesso ao mínimo necessário que lhes proporcionará fazer-se cidadãos.

[...] a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como "direito", este direito é apenas um reflexo daquele dever.[319]

O direito à educação é então um reflexo do dever do soberano (povo) para com a sociedade. Ela é o sujeito do direito, não é ele e nem mesmo os membros dela; esses últimos é o meio pelo qual o direito se consolida.

Nessa simbiose inexistirá problemas se a soberania estiver resguardada no povo, pelo próprio povo. Assim a educação só refletirá aquilo já existente nele, e não buscará impor-lhe algo contrário.

Igual pensamento podemos atribuir à norma, não é ela objeto de imposição, mas de homologação. E uma vez homologada torna-se imposta somente àqueles contrários à vontade geral; mas a vontade geral nunca será submissa à norma, porque a validade da norma está justamente em dizer a vontade geral.

O povo então precisa estar atento e fiscalizar se a vontade geral de fato está refletida na norma e, como já vimos, isso se dá na casa paterna. Se a norma não mais refletir a vontade geral, então a educação não mais coadunará com o ensino em tela e

[319] (KELSEN, 1998, p. 90)

passará impor algo travestido de vontade geral que, paulatinamente, minará o soberano (povo) impedindo-o de propagar o saber que lhe originou.

A liberdade perdida por meio desse processo não mais será recuperada, porque os indivíduos do povo, estando num estado de inanição jurídica geral, negligenciará sua soberania até que ela faleça. Mas isso não é o fim, eles ainda podem adquirir uma nova liberdade (soberania), porém isso não ocorrerá naturalmente; precisarão lutar.

Nisso podemos valer das palavras de IHERING (2019, p. 53): "Uma vez que todo o povo só pode confiar completamente em si mesmo, não há qualquer outro poder superior que se encarregue da proteção do seu direito."

Mas para que o povo esteja fortalecido, unido e empenhado na defesa de seus direitos é preciso que seus integrantes corpatilhem do desejo de manutenção do corpo social, e não a outro meio legítimo para que isso corra se não pela disseminação do ensino na casa paterna.

"Ninguém se atreverá a surrupiar dos seus valores mais elevados um povo junto ao qual se difundiu o costume de cada um de seus integrantes defender valorosamente o seu direito, inclusive no que toca à coisas modestas e mínimas."[320]

Se os membros do povo não empenhar em defender-se como um povo, seus representantes eleitos e suas intituições nada farão para que isso ocorra. Um povo fracaçado, em que seus membros já não mais lutam em prol da soberania, logo tornar-se-á refém do corpo político com quem outrora comungava. E isso decorre do fato de o corpo político não poder subsistir sem o povo, então, se na negligência da soberania o povo deixa de ser um povo, o corpo político não poupará forças para subjuga-lo a fim de se manter vivo.

Ainda nas palavras de IHERING (2019, p. 25): "O fim do direito é a paz, e o meio para atingi-lo é a luta."

Essa luta não tem por propósito estabelecer um vencedor e um perdedor, e a paz que se almeja não é o ócio. Pode-se dizer que a luta é a continua persecução pela manutenção do direito, e a paz é agarantia da existência do direito exequível.

Nesse sentido, se o direito apenas existe no contexto social então aquele que luta não deve lutar somente por interesses individuais, antes, deve lutar pela preservação dos interesses sociais, porque é através destes que aqueles estão garantidos. Nisso concluimos que a horizontalidade do direito está em ele ser resultante da vontade geral, enquanto que sua verticalidade está em ser alcançado pela individualidade de todos.

Num último momento, resta-nos demonstrar aquilo que entendemos como modalidade ideal de educação. Para nós, ela deve ser:

[...] consistente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como "versões oficiais da História" impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões ideológicas, políticas ou morais).[321]

[320] (IHERING, 2019, p. 74)
[321] (TAVARES, 2012, p. 879)

Assim como se vê no constitucionalismo, que basicamente resume-se em duas etapas: limitação do poder arbitrário e existência de carta constitucional (constituição) escrita[322], também é possível ilustrar o ensino como sendo o meio apto para inibir abusos contrários ao soberano (povo), e a educação a consolidação desse meio.

Entretanto, fazemos uma derradeira resalva: do mesmo modo que o constitucionalismo abusivo[323] se faz por meio da constituição, os abusos ao ensino se consolidam através da educação.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é tarefa fácil discorrermos questões estruturais pertinentes à existência do ser humano, mas no que tange à convivência social pareceu nos que é algo mais emocional do que racional.

O ser humano é inconstante e tudo questiona, e isso lhe é essencial, portanto, tudo aquilo que lhe for apresentado será tão logo analisado, questionado e aprendido, mas poderá não ser aceito e terminar rejeitado.

É aqui que nos deparamos com o impasse de como induzir nos novos membros da sociedade que eles, espontaneamente, atuem em favor da ordem social.

A resposta mais razoavel é buscar despertar neles um desejo sentimental pelas questões sociais, e não a racionalidade das normas já existentes; porque isso virá naturalmente.

Esse sentimento deve se manter no linear do amor e da razão; amor em excesso gera obsessão e razão sem amor causa desprezo, ambos inúteis e prejudiciais à sociedade.

De qualquer forma, é dever primário da família transmitir a seus membros as questões inerentes à convivência social, porque ela é a primeira sociedade com quem farão contato.

Estando ela corrompida, então caberá aqueles da sociedade estatal proporcionar a eles aquilo que ela negligenciou; porque aqueles ensinos são fundamentais para a existência desta.

No caso de a sociedade estatal também estiver corrompida, restão então uma última alternativa: que os representantes eleitos e às instituições do povo cumpram com aqueles papeis.

Constatamos, por fim, que a corrupção não extirpada a tempo da casa paterna certamente fará ruir todo o meio social que nela está baseado, e nisso há uma verdade: a liberdade perdida nunca mais será recuperada.

4. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

CORTELLA, M. S. *A Escola e o Conhecimento: Fundamentos Epistemológicos e Políticos*. 12ª. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

[322] (Ibid., p. 23)

[323] (LANDAU, 2013, p. 195) (que o define: "[…] as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before.") (em tradução livre: "[…] como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um estado significativamente menos democrático do que era antes.")

IHERING, R. V. *A Luta Pelo Direito*. Tradução de Edson Bini. 2ª. ed. São Paulo: Edipro, 2019.
KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LANDAU, D. *Abusive Constitutionalism*. UC David Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.
MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
ROUSSEAU, J. J. *O Contrato Social: (Princípios do Direito Político)*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2019.
TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional.* 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPÍTULO 25

AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS: AS PRINCIPAIS MUDANÇAS PROMULGADAS EM CADA NOVA REFORMA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Gabriel Arcanjo de Miranda

1 INTRODUÇÃO

A previdência, de forma sucinta, é o meio pelo qual as pessoas têm acesso a uma série de benefícios após completados determinados requisitos, sejam eles: tempo de contribuição e idade.

A seguridade nada mais é do que aqueles 3 benefícios, quais sejam: saúde, assistência social e previdência social. Vale frisar que somente foi exposto em qual ramo do direito a previdência está enquadrada, pois esse não é o foco do trabalho como foi sobreposto pela delimitação do tema.

É conclamando a nossa Carta Constitucional de 1988, mais especificamente em seu artigo 194, o qual define que "a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social" *(BRASIL, 1988)*.

Para *Kertzman (2014,* p. 32), é reiterado que o Direito Previdenciário agrega somente um desses ramos, qual seja, o da Previdência Social, mas é válido que saibamos que faz parte de algo muito maior, que é a Seguridade Social.

Do mesmo modo, entende que a Previdência Social está exposta em nossa Carta Constitucional de 1988 nos arts. 201 e 202. Quanto ao art. 201, é observado as duas características "filiação obrigatória" e "contributivo" e esses se referem aos seguintes atendimentos: cobrirá moléstias, invalidez, idade avançada; haverá proteção às gestantes e às mães; proteção ao trabalhador desempregado; salário-família e auxílio-reclusão àqueles dependentes de baixa renda e pensão por morte. *Kertzman (2014, p. 32)* fundamenta, também, que a finalidade do atendimento aos referidos princípios, foi editada a Lei nª 8.213/91, que instituiu outros benefícios.

2 UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Dando continuidade, é necessário citar que a Previdência Social é sustentada por dois princípios que estão expostos implicitamente no art. 201 da nossa Magna Carta, traduzindo-os como a "filiação obrigatória", que é o princípio da compulsoriedade aos trabalhadores que são segurados, e o vocábulo "contributivo", que é o princípio da contributividade.

Vale frisar também o princípio da "solidariedade" que é aquele princípio que conclama que mesmo que determinado cidadão não usufrua das benesses da

Previdência Social ele também será alcançado por ela conforme a CRFB/1988 e Lei Complementar nº 8.213/91.

3.1 DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS E DO REGIME PRIVADO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPPS.

O assim denominado RGPS é um regime de caráter estatal e caracteristicamente contributivo e compulsório, e a sua administração e elaboração cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, no entanto, sua forma de arrecadação, fiscalização e normas ficam sob a responsabilidade da Receita Federal do Brasil; já o RPPS são aquelas pessoas que são os servidores públicos e, observe-se, que são regidos por um Estatuto de algum dos entes federados. *Kertzman (2014, p. 38).*

O Regime Geral de Previdência, consoante *Kertzman (2014, p. 36)*, como o próprio adjetivo "geral" já declara, se destina àquelas pessoas que são contribuintes obrigatórios e que exerçam atividade remunerada, sejam trabalhadores de empresas privadas ou, até mesmo, pessoas que trabalhem por conta própria (autônomos).

3.2 REGIMES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Diferentemente dos dois regimes supracitados, esse tipo de regime pode ser dividido em 2 (dois) tipos, quais sejam: Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos e o Regime de Previdência Privada Complementar.

O primeiro está previsto no artigo 40, §§ 14 a 16, da nossa Carta Magna e, conforme esses diplomas legais, somente será possível a contribuição para esse regime se for criado um regime de previdência complementar por esses órgãos e; o mais importante, é que esse tipo de regime somente será aplicado ao servidor se o mesmo optar pela contribuição, considera *Kertzman (2014, p. 40).*

Salienta, ainda, que o regime de previdência privada complementar pode ser dividido em dois, os quais se denominam "Previdência Complementar Fechada e Previdência Complementar Aberta. A diferença é simples: no primeiro supracitado, os benefícios da Previdência são aplicáveis a grupos fechados de contribuintes; já no da previdência complementar aberta são aqueles cuja organização é feita por instituições financeiras. Conforme a CRFB de 1988 é necessário observar-se o descrito no § 2º do art. 202.

3.4 FORMAS DE FINANCIAMENTO DOS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

Os regimes de previdência podem ser financiados de duas formas: repartição simples ou capitalização. No de Repartição simples, as contribuições são depositadas em um fundo único e os recursos são distribuídos a quem necessite; já o de Capitalização é aquele no qual as contribuições são investidas por aqueles que administram e os benefícios concedidos àqueles que estão administrando é concedida aos mesmos de acordo com a contribuição feita por cada um deles.

4 AS EMENDA CONSTITUCIONAIS E SEUS REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA

4.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE NOVEMBRO DE 1998

O Brasil já teve 7 (sete) reformas previdenciárias ao todo e, a tal Emenda supracitada realizou as seguintes mudanças: extinguiu a dita aposentadoria

proporcional que era conferida aos beneficiários do regime geral de previdência (aqueles beneficiários do INSS) e criou um dito pedágio na proporção de 40% (quarenta por cento) do tempo que faltasse para que o segurado preenchesse o tempo de contribuição que é proporcional; instituiu-se a idade mínima de 48 (quarenta e oito) anos para os homens e 53 (cinquenta e três) anos para as mulheres; anteriormente não era necessário bastando apenas que se obtivesse o requisito temporário de 25 (vinte e cinco) anos para as mulheres e de 30 (trinta) para os homens de contribuição. Vale frisar que essas modificações foram dizem respeito ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Quanto aos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS houveram algumas modificações, quais sejam: instituição da paridade entre os vencimentos dos servidores e, consequentemente, afetação das pensões provenientes destes próprios servidores e; como aconteceu no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os requisitos mínimos etários e de contribuição para fins de aquisição do benefício se alteraram para 55 (cinquenta e cinco) anos e 30 (trinta) de contribuição para as mulheres e 60 (sessenta) anos e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para os homens.

As aposentadorias dos professores, tanto de nível médio quanto de nível fundamental, mantiveram-se e as mesmas teriam, ainda, a redução de 5 (cinco) anos em idade e no tempo de contribuição sendo desinstituído o chamado tempo fictício de contribuição. Àqueles que haviam adquirido o benefício para a concessão dos benefícios às regras anteriores até 16.12.1998 não seriam atingidos.

4.2 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003

Após a Emenda Constitucional de 1998 adveio outra 5 (cinco) anos depois, a qual, dentre suas inovações, estabeleceu o dito teto máximo para os vencimentos emenda essa que atingiria as pensões e aposentadorias nas esferas federal, estaduais e municipais e, também, a contribuição dos pensionistas e aposentados do serviço público, entretanto destaquemos que os que contribuíriam seriam aqueles que fossem beneficiários do denominado regime geral.

Frise-se também que se instituiu o cálculo das pensões e aposentadorias baseando-se na média de todas as remunerações daqueles servidores. Algumas características dessa Emenda à constituição foram as descritas nos arts. 8º da EC nº 41/03, 37, inciso XI, 40 §3º e §8º.

4.3 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47, DE 5 DE JULHO DE 2005

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 47 criou alguns critérios que eram diferenciados para aqueles que eram deficientes, trabalhadores que se expusessem às más condições de risco e prejudicassem a sua saúde. Também se criou o denominado contribuinte de baixa renda.

Continuando, observamos que o parágrafo 1º que foi acrescentado ao art. 37 da Constituição esclareceu o não cômputo, visando à limitação do teto remuneratório dos servidores públicos e das parcelas indenizatórias, ou seja, daquelas parcelas que não integram o denominado conjunto remuneratório do servidor. Vale ressaltar que o teto foi posto em prática mediante a promulgação da Emenda Constitucional nª 41 de 2003.

Tem que se dar atenção, também, ao § 4º e os seus incisos I ao III que preveem o direito à chamada aposentadoria especial àqueles servidores públicos mediante 3 (três) condições : portadores de deficiência, que exerçam atividade de risco,

e aqueles cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Dando continuidade, o parágrafo 9º, em suma, possibilita às denominadas micro e, também, pequenas empresas o benefício de alíquotas de contribuição previdenciária reduzidas. Essa redação determinou a ampliação do rol das empresas que gozariam de benefícios reduzidos e apresentou um estímulo maior no que se refere à geração de empregos e, obviamente, houve uma maior formalização nos contratos de trabalho.

Prosseguindo no nosso estudo, conforme o § 12 que instituiu a denominada inclusão previdenciária e criou, consequentemente, um novo regime especial dentro daquele Regime Geral de Previdência Social explicitou que existirá acesso àquelas chamadas prestações previdenciárias, garantindo-se um salário mínimo mensal.

Dando-se continuidade, observemos o que faz transparecer o § 13 do mesmo artigo. Esse parágrafo descreve que, pelo menos, até a época anterior a essa emenda, independentemente de renda, aqueles trabalhadores que não são enquadrados como segurados obrigatórios da assim denominada previdência, filiariam-se à previdência como segurados facultativos e a contribuição mínima seria no valor de R$ 60,00 (sessenta) reais. Além disso todos eram sujeitos, também, àquelas regras de carência para fins de aquisição de benefícios previdenciários.

Outra alteração significativa foi que os servidores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, também, incluindo-se as suas autarquias e as fundações que ingressaram no serviço público até 16.12.1998 terão a possibilidade de se aposentar com os seus proventos integrais e terão que preencher, de forma cumulativa, algumas condições previstas nos incisos do art. 3º da EC nº 47 de 2005.

4.4 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 70, DE 29 DE MARÇO DE 2012

Sucessivamente, adveio a Emenda Constitucional nº 70, de 2012 a qual determinou a revisão das aposentadorias que são concedidas por invalidez e que são concedidas durante a vigência da nossa Carta Magna de 1988 e estipulou, em suma, que o cálculo de aposentadoria se fizesse baseando-se na média aritmética das remunerações do servidor e não mais com base na última remuneração do servidor.

Vale frisar que tal emenda acrescentou o artigo 6ª – A a outra emenda anterior pois muitos os questionamentos advindos acerca da forma de cálculo para a concessão dos proventos daqueles servidores que entraram no serviço público até a promulgação da Emenda Constitucional nª 41/2003. O artigo 6 – A acrescentado à emenda *(BRASIL, 2012).*

Tal modificação estabeleceu nova regra de transição para aqueles servidores que foram aposentados por invalidez em caráter permanente, fundamentando-se no inciso I do § 1ª do artigo 40 da nossa constituição; servidores esses que tenham ingressado no serviço público até quando publicada a Emenda Constitucional nª 41/2003, cuja publicação se deu em 31.12.2003.

Instituiu o seguinte ditame: a alteração da base de cálculo dos proventos de aposentadoria, que passa a ser a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria. Também foi alterado afastando o que era disposto nos §§ 3ª, 8ª e 17 do artigo 40 da nossa Carta Magna, em que os proventos calculam-se pela média aritmética dos 80% (oitenta por cento) daqueles maiores salários de contribuição; e mais, outra modificação foi a descrita no parágrafo único que outorgou àqueles servidores

aposentados por invalidez fundamentando-se no “caput” a denominada paridade com os servidores da ativa.

O que se percebe é que a Emenda Constitucional nª 70/2012 não colocou para todos aqueles servidores aposentados por invalidez que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 a chamada integralidade nos proventos, mas colocou a eles a denominada integralidade da base de cálculo correspondente à remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

A distinção entre integralidade e base de cálculo, a fim de não confundirmos, é que, na base de cálculo os servidores aposentados à vista do artigo 6ª – A é a remuneração do cargo no qual se der a aposentadoria e o percentual dependerá do tipo de moléstia pela qual o servidor se aposentará; quanto à integralidade, é nos casos onde a aposentadoria é concedida devido a acidente em serviço, moléstia profissional ou, até mesmo, doença grave que seja incurável e contagiosa e, devido a isso, o percentual incidente no valor da base de cálculo será de 100% (cem por cento) chegando assim à denominada integralidade.

4.5 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 88, DE 5 DE MAIO DE 2015

Essa emenda veio, basicamente, para alterar a idade da aposentadoria compulsória do servidor para 70 (setenta) ou 75 (setenta e cinco) anos alterando o art. 40, § 1, II da CRFB/1988 e pôs o art. 100 à ADCT*(BRASIL, 1988).*

Observa-se que a supracitada Emenda Constitucional exprime a seguinte redação e tem que se atentar a uma palavrinha: “compulsoriamente”, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. É mantida a atual regra da aposentadoria “compulsória” aos 70 (setenta) anos, todavia a idade poderá ser elevada a 75 (setenta e cinco) anos na forma de uma lei complementar. Foi incluído esse art. 100 ao ADCT, caso a Lei Complementar demorasse a ser editada.

Essa ADCT, em suma, apenas confere direitos em caráter imediato quanto às autoridades que estão presentes na redação enquanto todos os demais cargos estão dentro dos 70 (setenta) anos quando se fale em aposentadoria compulsória. Porém a Emenda foi omissa se a aposentadoria compulsória poderia, mediante a lei complementar que seria editada, ser inferior a 75 (setenta e cinco) anos e, outro questionamento seria o atingimento dessa regra aos servidores municipais e estaduais pois os arts. 25 e 29 da CRFB/1988 dizem respeito que os Estados e Municípios têm autonomia *(BRASIL, 1988).* Como se observa, os municípios e estados da federação, constitucionalmente, possuem as suas próprias regras.

5 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

5.1 ALTERAÇÃO NA REGRA GERAL DO INSS

O primeiro ponto é a regra geral no INSS, ou seja, tratamos aqui da idade mínima para a aposentadoria dos trabalhadores da iniciativa privada que, conforme a nova regra será de 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres e de 65 (sessenta e cinco) anos para os homens e será necessário ter contribuído 20 (vinte) anos. Nos tempos atuais para a aposentadoria por idade são exigidos 60 (sessenta) anos para as mulheres

e de 65 (sessenta e cinco) anos para os homens sendo que o mínimo que as pessoas precisam contribuir são 15 (quinze) anos.

5.2 ALTERAÇÃO NA REGRA DE TRANSIÇÃO NO INSS

Na nova regra, preveem-se 3 (três) regras de transição que são diferentes àqueles que pretendem se aposentar pelo tempo de contribuição mediante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Vejamos as regras: irá existir um sistema de pontos que irá somar a idade ao tempo de contribuição daquele segurado que continuará a ser de 30 (trinta) anos para as mulheres e de 35 (trinta e cinco) anos para os homens; o total deverá dar 86 (oitenta e seis) para as mulheres e 96 (noventa e seis) aos homens.

Continuando, a outra é um sistema de pontos, os quais permanecem na mesma quantidade da regra anterior, mas com uma idade mínima e o piso etário subirá 6 (seis) meses a cada ano. A última opção é destinada àqueles que faltam dois anos para cumprir o tempo de contribuição que poderão escolher a aposentadoria sem idade mínima, eles será aplicado o denominado fator previdenciário e um pedágio de 50% do tempo que esteja faltando.

5.3 APOSENTADORIA DOS TRABALHADORES RURAIS

Em suma os trabalhadores rurais que, atualmente já possuem regras diversas dos trabalhadores comuns para se aposentarem passarão a ter, agora, a idade mínima de 60 (sessenta) anos para ambos os sexos. A diferença é que na atual regra as mulheres que exerçam atividade rural podem se aposentar com 55 (cinquenta e cinco) anos, 5 (cinco) a menos do que os homens e, também, passaria a ser exigido desses trabalhadores 20 (vinte) anos de contribuição, sendo que, atualmente, são exigidos 15 (quinze) anos além disso serão exigidos R$ 600,00 (seiscentos) de contribuição da família.

5.4 SOBRE OS SERVIDORES PÚBLICOS

Foi estipulada a idade mínima de aposentadoria àqueles que exerçam o serviço público, sendo que subirá de 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres e de 60 (sessenta) anos para os homens que passarão a ser de 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres e de 65 (sessenta cinco) anos para os homens sendo assim valerá para aquelas pessoas que trabalhem no setor privado. O tempo mínimo para ser contribuído passará de 35 (trinta e cinco) anos para os homens e 30 (trinta) das mulheres e será de 25 (vinte e cinco) anos e serão exigidos 10 (dez) anos no serviço público com 5 (cinco) anos no cargo em vigor. Quanto à regra de transição, ela se resume em uma soma de pontos que irá do ano 2019 ao 2033.

5.4.1 Com relação aos professores, policiais e aos agentes penitenciários

Em suma, tratando agora dos professores esses profissionais da iniciativa privada terão a idade mínima de 60 (sessenta) anos e 30 (trinta) anos de contribuição.

Pois bem, esses profissionais serão um dos mais afetados, haja vista que não existe requisito etário para essa categoria de profissionais, exigindo-se, apenas, o tempo de contribuição de 25 (vinte e cinco) anos para as mulheres e de 30 (trinta) anos para os homens; já os profissionais dessa categoria que trabalhem no serviço público exigir-se-ão idade mínima de 60 (sessenta) anos para ambos e 30 (trinta) de contribuição cumulado com os 10 (dez) anos de serviço público e, pelo menos, 5 (cinco) anos no cargo.

Para os policiais civis e federais e, também, aos agentes penitenciários é proposta a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos para ambos os sexos; homens ou mulheres e é proposto aos profissionais dessa categoria 30 (trinta) anos de contribuição aos homens enquanto que das mulheres serão exigidos 25 (vinte e cinco) anos.

5.5 COM RELAÇÃO À PENSÃO POR MORTE

Na proposta, será igualada as regras do serviço público e privado e, portanto, esse benefício passará a ser de 60% (sessenta por cento) do que é estipulado pelo teto do INSS somado a 10% (dez por cento) por dependente e, com isso, será atingido o valor do teto que atualmente é de R$ 5.839,45. Atualmente a regra é que as pensões equivalham a 100% (cem por cento) da remuneração, que é usada como base de cálculo e é respeitado o teto do INSS.

5.7 APOSENTADORIA DOS PARLAMENTARES

Com relação a essa proposta, é estipulado que todos os parlamentares passarão a ser aposentados mediante as regras do RGPS e, assim, não terão mais o direito à aposentadoria especial. A idade mínima é elevada para 65 (sessenta e cinco) anos para os homens e 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres estipulando-se a cobrança no valor de 30% (trinta por cento) de pedágio ao tempo de contribuição faltante a fim de completar 35 (trinta e cinco) anos.

5.8 AUMENTO CONSTANTE DA IDADE MÍNIMA PARA SE APOSENTAR

A partir do ano 2024 haverá um tipo de ajuste à idade mínima à cada 4 (quatro) anos para todas as categorias e será de acordo com a expectativa de sobrevida dos brasileiros, partindo de 65 (sessenta e cinco) anos. Resumidamente, quando aumentar a expectativa de vida dos brasileiros, a idade para a sua aposentadoria também crescerá.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRETTI, Laís; MOTA, Camilla Veras. **Reforma da Previdência: os 12 principais pontos da proposta do governo Bolsonaro**. BBC News: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47312686>. Acessado em mai. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em mai. de 2019.

BRASIL. EC nº 20 de 1998: Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acessado em mai. de 2019.

BRASIL. EC nº 41: Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acessado em mai. de 2019.

BRASIL. EC nº 47: Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm. Acessado em mai. de 2019.

BRASIL. EC nº 70: Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm. Acessado em mai. de 2019.

BRASIL. EC nº 88: Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm. Acessado em mai. de 2019.

BRASIL. PEC nº 6: Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acessado em mai. de 2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LAPORTA, Taís; ALVARENGA, Darlan. **Entenda como funciona o modelo de capitalização da Previdência.** G1: São Paulo, 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/09/entenda-como-funciona-o-modelo-de-capitalizacao-da-previdencia.ghtml. Acessado em mai. de 2019.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **Tempo de Serviço Superior à Emenda Constitucional Nº 20/98**. Jornal Jurid: Mato Grosso, 2016. Disponível em:

<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor/tempo-de-servico-anterior-a-emenda-constitucional-no-2098>. Acessado em mai. de 2019.

RIZÉRIO, Lara. **Proposta de reforma da Previdência prevê economia de R$ 1,16 trilhão em 10 anos; confira os principais pontos.** Infomoney: São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7937428/proposta-de-reforma-da-previdencia-preve-economia-de-r-116-trilhao-em-10-anos. Acessado em mai. de 2019.

MÉTODO. Nova Previdência Social do Servidor Público. 2ª Edição. São Paulo, 2007. p. 119. Nota 11. Dispónível em:https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100013309/a-emenda-constitucional-n-70-2012-e-a-integralidade-dos-proventos

CAPÍTULO 26

O DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19

Gina Márcia Ramos Alvarenga Buissa
Lourdes Chama

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, assim como praticamente todas as ramificações do Direito Pátrio, sofreram diversas alterações, incluindo aí, flexibilizações em pontos sensíveis, tendo em vista o acerto de ajustes para atender o chamado "novo normal", permitindo assim absolver as necessidades sanitárias e econômicas do atual cenário pandêmico.

Levando-se em consideração a premissa suscitada acima, é notório que vivemos em um período de incertezas, e trazendo para o assunto deste artigo, a incerteza paira sobre assuntos delicados, como manutenção de emprego e renda, condições sanitárias dos trabalhadores, abuso de autoridade por parte de empregadores.

Nesse diapasão coube ao Governo editar as mais diversas medidas provisórias, instruções normativas e portarias, que, se em seu âmago visa a segurança jurídica da classe trabalhadora, em realidade trouxe um aumento significativo dos problemas gerados no ambiente de trabalho, sejam esses por parte do empregador que não tem total conhecimento de como proceder, seja por parte dos empregados que devem se adaptar a todo contexto a qual estão sendo submetidos.

Justamente nesse ponto que se justifica o presente estudo, devido à grande ocorrência de suspensão de contratos e redução da jornada laboral, além de obscuras rescisões contratuais. Diante disso, surgiu a seguinte questão norteadora do estudo: Quais são as garantias previstas no Direito do Trabalho aos empregados em tempo de pandemia COVID-19?

Para responder ao questionamento acima, o objetivo geral foi compreender através da análise da Lei nº 13.979/20, Decreto Legislativo nº 06/2020, MP nº 927/2020, MP nº 936/2020, portaria nº 10.486/2020 e MP nº 1.046/2021, que tratam, primeiramente, sobre o estado de calamidade pública, medidas sanitárias tomadas para o enfrentamento à pandemia, sobre a redução da jornada de trabalho, suspensão do contrato de trabalho e pagamento de benefícios governamentais.

O presente estudo visa analisar o atual momento sob a ótica do trabalhador, com enfoque nas medidas tomadas pelo governo para assegurar a estabilidade daqueles; assim, discutiremos sobre a legalidade da suspensão ou da redução da jornada de trabalho, adoção de banco de horas, antecipação de férias, mesmo em caso do trabalhador não possuir tempo suficiente para a concessão (período de gozo), e tratar das demais medidas que podem ser adotadas pelos empregadores.

A estratégia de busca eletrônica foi realizada nas bases de dados Google Acadêmico, em busca de artigos no período que permita a elucidação dos fatos, além da utilização de medidas provisórias e decretos criados em decorrência da pandemia COVID-19.

O NOVO NORMAL DO DIREITO DO TRABALHO

Neste confuso contexto em que nos encaixamos atualmente, algumas modalidades de trabalho, que antes eram tidas como secundárias, não só no Brasil, como em toda América do Sul, apareceram como solução para encarar as medidas trazidas pelos Governos Federais, Estaduais e Municipais, como medidas provisórias, decretos e portarias.

É o que de fato se observa com o teletrabalho, inicialmente denominado como *home office,* e com a prestação de serviços por meio de plataformas digitais.

Embora o trabalho em casa não seja uma novidade, é fato indiscutível que, no Brasil, o mesmo não tem tanto tempo de existência, mais precisamente, iniciou-se com a crise do capitalismo sofrido na década de 70, de acordo com o consenso histórico, trazido pelos historiadores.

Isso porque, no processo de reestruturação pós-crise, via de regra, as estratégias capitalistas envolviam: (i) a reorganização do trabalho, já que, por meio das novas tecnologias buscou-se padronizar e simplificar tarefas; e (ii) a geração de mercadorias inteiramente novas, retiradas de aspectos da vida ou da natureza que, antes, permaneciam fora do escopo das relações capitalistas. Mas as novas tecnologias não foram utilizadas somente para automatizar e para simplificar o trabalho, mas também para gerenciá-lo, independente da distância entre patrão e o empregado[1].

Vivenciando a Pandemia do Novo Coronavírus, portanto, diante de uma ainda pequena parcela da sociedade que se encontra protegida pelas duas doses da vacina, nos casos em que são necessárias, a principal forma de proteção ainda é o distanciamento social.

O pensamento é lógico: sem sair de casa, não há aglomeração nos transportes públicos, já que os trabalhadores não podem sair de casa, evitando também a aglomeração no próprio estabelecimento empregador.

Dessa forma, a fim de evitar o colapso econômico no país, a melhor solução que vem sendo adotada é o teletrabalho.

A posição Governamental é evidente, desde a edição da Medida Provisória 927/2020 e seguintes, em consonância com o Decreto 06/2020.

A edição da MP 927/2020 adota uma flexibilização da CLT nunca antes adotada, de forma que trouxe aos aplicadores do direito, aos trabalhadores e aos empregadores diversas dúvidas, fato que gerou a necessidade de se editar diversas portarias, notas técnicas e decretos para estabelecer regras para a adoção do teletrabalho.

O Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio da Nota Técnica n. 6, publicada em 22 de março de 2020, item IV, expressou seu posicionamento no sentido da priorização do teletrabalho, como principal medida de enfrentamento trabalhista. *In verbis*:

> VI. PRIORIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS PRÉVIOS A QUALQUER PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (OU EQUIVALENTE) OU DISPENSA DE TRABALHADORES, com privilegiamento da negociação coletiva e/ou do diálogo com as entidades sindicais, para análise e adoção de medidas de redução de impacto na manutenção do emprego e da renda dos trabalhadores, observando-se o princípio da irredutibilidade salarial, com a obrigatoriedade de adoção gradativa de medidas de menor impacto aos trabalhadores, como:

1- HUWS, Ursula. Tradução: Murillo Van der Laan. A formação do cibertariado. *Trabalho virtual em*
um mundo real.Campinas, SP: Editora Unicamp, 2017. P. 11 e 12.
2 - O Direito do Trabalho na crise da COVID-19 / coordenadores Alexandre Agra
Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

a. Adoção de trabalho remoto (teletrabalho/home office);
b. Flexibilização de jornada;
c. Redução de jornada e adoção de banco de horas;
d. Concessão imediata de férias coletivas e individuais; sem a necessidade de pré-aviso de 30 dias de antecedência e/ou notificação de com 15 dias de antecedência para o Ministério da Economia, cientificando-se a entidade sindical representativa, antes do início das respectivas férias;
e. Concessão de licença remunerada aos trabalhadores;
f. Suspensão dos contratos de trabalho (*lay off*), com garantia de renda;
g. Outras medidas passíveis de adoção pela respectiva empresa ou setor de atividade econômica, com especial para a garantia de renda e salários.

O claro incentivo ao teletrabalho não foi por acaso. Esta modalidade de trabalho apresenta-se como grande aliada da quarentena e da contenção da garantida crise econômica que decorreria da paralisação total de todas as empresas no mundo[2].

O que se pretende enfatizar, no entanto, vai além da importância do trabalho remoto no contexto atual. O objetivo, aqui, consiste em demonstrar que este não precisa ser um aliado exclusivo das crises, apesar de ganhar um destaque ímpar nesses momentos.

O teletrabalho já era uma realidade no Brasil muito antes de sua regulamentação, que ocorreu com a chamada Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17). Apesar de não existirem dados e números oficiais de órgãos ligados à Administração Pública sobre o tema, algumas evidências são capazes de reforçar essa afirmação, por exemplo, o fato de a Sobratt (Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades) ter sido criada em 1999, bem como o fato de ser possível encontrar no Tribunal Superior do Trabalho julgados envolvendo discussões acerca de questões relacionadas a home office pretéritos à regulamentação.

O DECRETO LEGISLATIVO N.º 06/20

Logo após a eclosão da pandemia do Coronavírus, em Março de 2.020, o Governo Federal editou o Decreto Legislativo que colocava o Brasil em estado de calamidade pública.

Este, ao contrário do estado de defesa e do estado de sítio, não tem previsão constitucional, e está previsto na Lei Complementar nº 101/00, em seu artigo 65.

No referido dispositivo nos é trazido que, durante o período de calamidade pública reconhecido pelo Governo Federal, Assembleias Legislativas, e também Estados e Municipios, deverá ser observado as seguintes medidas:

a) Suspensão da contagem dos prazos e das disposições referentes
a.1) às providências de controle da despesa com pessoal previstas no art. 23;
a.2) à recondução da dívida a quadrimestres subsequentes (art. 31);
a.3) à eliminação de excessos com despesas de pessoal em até dois exercícios;

b) Dispensa do atingimento dos resultados fiscais e da limitação de empenho (BRASIL, 2020a).

Preliminarmente, temos que considerar que naquele momento o decreto teria sua validade até o dia 31 de Dezembro de 2.020; no entanto, com a chegada da segunda onda do Covid-19, o mesmo foi estendido, em igual prazo, com previsão de término em 31 de Dezembro de 2.021.

Posteriormente ao decreto, foram surgindo diversos atos normativos, que foram editados justamente em decorrência da pandemia, o que nos leva a entender sua temporalidade, ou seja, devemos estabelecer limites à sua atuação, tendo em vista o prazo de vigência ser determinado.

Assim, chegamos à Lei 13.979/2020, importante diploma editado e que já demonstra a grande preocupação do legislador para com os trabalhadores, cuja lei será tratada no próximo tópico.

A LEI N.º 13.979/20

Conforme dito anteriormente, após o decreto do estado de calamidade pública, surge a necessidade do Governo editar normas para o enfrentamento do cenário caótico que surgia no horizonte, por ocasião do vírus SARS-Cov-2.

Assim surge a Lei nº 13.979/2020, que cria bases solidificadas visando conter o avanço da pandemia.

A partir dos entendimentos propostos em sua regulamentação geral, a presente Lei nos trouxe a conhecimento dois conceitos indispensáveis em tempos de pandemia COVID-19, onde esclareceu claramente a distinção entre isolamento e quarentena, qual seja:

(...) Art. 2º, I - Isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

Art. 2º, II – Quarentena: Separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus||. Por sua vez, a quarentena é a —restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus|| (BRASIL, 2020b).

Já no artigo 3º do mesmo diploma, há a previsão de diversas medidas no que concerne ao enfrentamento da emergência em saúde pública, onde é possível exemplificar a adoção dos já referenciados isolamento e quarentena, da determinação compulsória de exames, testes e tratamentos, além de restringir o transito interno e as saídas do país, o mesmo artigo em seu § 3º, fixa-se que "será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo" (BRASIL, 2020b).

Ali já estava claro que os Poderes teriam que olhar com atenção para a economia do País, e consequentemente, para os trabalhadores de todas as áreas, uma vez que a probabilidade de contágio era o fator determinante para a ausência do trabalho.

Nesse diapasão, nas localidades em que a quarentena não era instituída, os empregadores possuíam a obrigação legal de proporcionar aos seus trabalhadores todo

e qualquer EPI que suprisse a necessidade do trabalhador, além claro da adoção de todas as medidas relacionadas a preservação da saúde de seus empregados.

Com a passagem do tempo, ficou claro para nós que, caso a empresa se recuse a proporcionar um ambiente seguro para seus trabalhadores, a recusa da prestação de serviços pelo empregado é medida legal, já que trata-se de uma exposição real ao risco de contaminação.

A própria Organização Mundial do Trabalho dá guarida a esse entendimento, como se assevera no art. 13 da Convenção nº 155 (OIT, 1993), *in verbis:*

(...) Art. 13 — Em conformidade com a prática e as condições nacionais deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde (OIT, 1993).

Após a breve análise da Lei nº 13.979/20, se faz indispensável o avanço aceca das Medidas Provisórias que concernem o Direito do Trabalho, a qual serão expostas em ordem cronológica, portanto iniciaremos com a MP nº 927/20.

A MEDIDA PROVISÓRIA nº 927/20

A edição da Medida Provisória nº 927/2020 foi o primeiro ato que visava exclusivamente tutelar a proteção de trabalhadores ante o estado de calamidade pública que assolava o país.

Nela, foram estabelecidas regras que poderiam ser tomadas pelos empregadores, de forma unilateral, tendo em vista o *jus variandi* em tempos de calamidade pública, visando a proteção da pessoa jurídica e por conseguinte, dos trabalhadores.

Importante salientar que tal entendimento surgiu em razão da ocorrência de força maior, disposto nos termos do artigo 501 da CLT, que prevê:

"(...) Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo (CLT, 1943)."

A MP em seu art. 2º abre a discussão em relação a probabilidade de prevalência em que tange a negociação individual sobre a legislação e as normas coletivas, a qual se respeita os limites constitucionais.

Não é algo novo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a Reforma Trabalhista de 2017, que previa, dentre outras hipóteses, que em relação ao empregado que possuir nível superior e que caso perceba um salário mensal maior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, era objeto de livre estipulação.

Dentre as medidas previstas nesta MP, a primeira a ser destacada é justamente o teletrabalho, conforme demonstrado anteriormente.

Na MP, o teletrabalho foi definido em seu artigo 4º:

(...) Artigo 4º - o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o tele trabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da

existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. A providência é aplicável inclusive em relação a aprendizes e estagiários (BRASIL, 2020c).

A presente modificação carece de notificação ao trabalhador com antecedência mínima de 48 horas, por meio eletrônico ou por escrito. Em se tratando da relação pertinente a regulamentação que dispõe sobre à responsabilidade pela aquisição e manutenção de infraestrutura para o trabalho, bem como o reembolso das despesas por ora arcadas pelo colaborador, deverá-se-a constar de instrumento escrito, e sua celebração deverá ocorrer de forma antecipada ou no máximo até 30 dias, a contar da referida alteração de regime de trabalho (BRASIL, 2020c).

Posto isto, entende-se que, se o trabalhador não possuir os equipamentos e a infraestrutura necessário para a prestação de serviços, o empregador deverá fazer o fornecimento em regime de comodato, além de, se onerar pelos serviços de infraestrutura, sem que se caracterize a natureza salarial de tais parcelas. Entretanto, se o empregador não disponibilizar em comodato os instrumentos necessários ao trabalho do empregado, deverá se considerar que esse trabalhador se encontra à disposição desse, e portanto, sendo a sua jornada computada sem prejuízos ao empregado (FILHO; FERNANDES, 2020).

A segunda medida da MP 927/20 trata sobre a antecipação de férias individuais, a qual deverá ser comunicada com antecedência mínima de 48 horas por escrito, onde se deve fazer a indicação do período a ser gozado pelo empregado, sendo vedada a concessão de férias em períodos inferiores a cinco dias corridos (BRASIL, 2020c).

Em complemento, se expõe que o empregador poderá fazer a concessão de férias ainda que o período aquisitivo não tenha sido concluído. E também, conceder as férias relativas a períodos aquisitivos ainda não iniciados. Ademais, deve se cumprir a exigência no tocante da celebração de acordo individual por escrito (FILHO; FERNANDES, 2020).

Outro fator relativo as férias, é a respeito do pagamento das mesmas, a qual recebeu tratamento específico que prevê o seu pagamento até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias, e em relação ao abono pecuniário de férias, esse poderá vir a ser pago após a sua concessão, até 20 de dezembro de 2021 (BRASIL, 2020c).

Já em relação aos trabalhadores que realizam funções essenciais, a Medida Provisória prevê a suspensão das férias ou de licença não remunerada, sob a exigência da comunicação expressa, e de preferência com antecedência de 48 horas (BRASIL, 2020c).

A concessão de férias coletivas foi a terceira providência prevista na MP, a qual excepcionou as regras contidas na CLT, que autoriza a comunicação ao conjunto de trabalhadores afetados com antecedência mínima de 48 horas, dispensando o prévio comunicado ao Ministério da Economia e aso Sindicato da Categoria ((FILHO; FERNANDES, 2020).

A quarta medida da MP refere-se ao aproveitamento e a antecipação de feriados, onde permite ao empregador a antecipação dos feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais, devendo ser comunicado aos empregados atingidos com 48 horas de antecedência, e fazendo o apontamento de maneira especifica de quais funcionários serão aproveitados.
Em genuflexão ao direito fundamental da liberdade religiosa, a antecipação de feriados

religiosos depende da celebração de acordo individual escrito com o empregado (FILHO; FERNANDES, 2020).

Outra providência que pode vir a ser adotada é o recurso a uma modalidade especial de banco de horas, a qual permite o regime de compensação de horas no prazo de até dezoito meses, a contar da data do encerramento do estado de calamidade público, a qual se reforça de acordo com o Decreto Legislativo nº 06/20 que estabeleceu o período até 31/12/2020 (FILHO; FERNANDES, 2020).

Também foi suspensa a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, com exceção aos exames demissionais, além da exigência de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos empregados, esses, com previsão normativa regulamentada no que tange a segurança e saúde no trabalho. (BRASIL, 2020c).

Na oitava medida apresentada na MP, houve o diferimento de recolhimentos do FGTS, a qual os depósitos dos meses de março a maio de 2020 e maio a junho de 2.021 poderiam ser suspensos, visto que a medida previa a não exigibilidade, e os referidos pagamentos do período citado, podendo ser efetivados em até seis parcelas, com início dos pagamentos a partir do mês de julho de 2020 (FILHO; FERNANDES, 2020).

Encerrrando o estudo da primeira Medida Provisória (e sua sucessora no ano de 2.021), citamos algumas providências que levantaram certas polêmicas:

a) escala de trabalho de até 24 horas em estabelecimentos de saúde, mesmo em locais insalubres;

b) prorrogação, por manifestação unilateral do empregador, de acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, pelo prazo de noventa dias;

c) restrição às atividades dos Auditores Fiscais do Trabalho, que, como regra geral, devem limitar-se à atuação orientadora;

d) convalidação das medidas trabalhistas adotadas por empregadores, no período dos trinta dias anteriores à data de entrada em vigor da MP, que não contrariem o disposto na Medida Provisória (BRASIL, 2020c).

Após curto prazo de duração da MP n.º 927/20, foi editada a MP n.º 936/20, a qual falaremos sobre no próximo tópico.

A MEDIDA PROVISÓRIA N.º 936/20 E A PORTARIA N.º 10.486/20

A referida Medida Provisória nº 936/20 instituiu o Programa Emergencial de Manuntenção do Emprego e da Renda, fundamentando-se em três eixos, a seguir expostos:

a) possibilidade de pactuação individual da redução da jornada e do salário; b) possibilidade de acordo individual para suspensão do contrato de trabalho; c) pagamento, pela União Federal, do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BRASIL, 2020d).

Como se pode notar, o benefício criado pelo governo visa auxiliar as empresas que tiveram que fechar suas portas por determinado período, atendendo as normas que surgiram nas esferas estaduais, em um primeiro momento, e posteriormente, na esfera municipal.

O benefício, que poderia ser de 25, 50, 70 ou 100% (nos casos de suspensão do contrato de trabalho) do valor do salário do funcionário, limitado ao teto do direito ao recebimento do seguro desemprego, é devido a partir da data de início da redução ou da suspensão do contrato de trabalho, e deve obedecer alguns requisitos formais:

1) caberá ao empregador informar ao Ministério da Economia acerca do acordo individual, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, sob pena de arcar com a remuneração integral do período;
2) o pagamento do Benefício ocorre apenas durante o período de redução de jornada e salário ou suspensão do contrato, atualmente limitados a 4 meses;
3) a primeira parcela do Benefício será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que informada no prazo de dez dias anteriormente mencionado (BRASIL, 2020d).

Respeitando os percentuais acima citados, a celebração de acordo individual para redução de jornada poderá ser de 25, 50 ou 70% dela, sendo que no inicio era por 90 dias, e depois acabou sendo prorrogada, até o fim do ano de 2.020, e reeditada no ano de 2.021, com duração máxima de 120 dias.

Nos casos em que o salário do trabalhador ultrapassava o valor de R$ 3.135,00 e sendo menor que R$ 12.202,12, poderia ocorrer apenas redução dentro do percentual de 25%, podendo ser feito o ajuste por meio de acordo individual, onde se faz indispensável a negociação coletiva para percentuais superiores (BRASIL, 2020d).

Já a suspensão do contrato de trabalho foi tratada no artigo 8º da MP, inicialmente previa um prazo máximo de 60 dias, porém foi automaticamente prorrogada, junto com o programa de redução da jornada. Mesmo com o contrato suspenso, os empregadores ficaram obrigados ao pagamento dos encargos sociais do trabalhador; no entanto, o período suspenso não era computado para efeitos de concessão de férias, nem para contagem ao direito de recebimento do 13º salário.

Portanto, tal suspensão deve ser séria, ou seja, caso haja a prestação de serviços durante a mesma, essa, automaticamente será descaracterizada, e o empregador requerido ao pagamento da remuneração e todos os encargos socias pertinentes ao período, mesmo que esse trabalho venha a ser realizado home office por meio do teletrabalho (FILHO; FERNANDES, 2020).

A Medida Provisória em questão também fez a previsão, e fez a previsão que traz a especificação em que relaciona em grande parte dos empregadores. Onde a empresa que aferiu no ano de 2019 uma receita bruta superior a R$ 4.800,000,00 terá permissão de fazer a suspensão do contrato de trabalho de seus empregados mediante a pagamento de ajuda compensatória no percentual de 30% do valor do salário do empregado no respectivo período de suspensão. Já para empresas que superam o faturamento informado, essa ajuda compensatória poderá ser negociada a partir de ajuste em acordo individual ou negociação coletiva (FILHO; FERNANDES, 2020).

Portanto, fica claro que o trabalhador que tiver pactuado a redução de jornada e ou suspensão, terá o benefício de garantia provisória de emprego, que seguirá pelo período da redução ou suspensão e, após o cessar, por período igual aquele acordado.
Em que pese todas as explanações, impera registrar o reconhecimento feito pelo Plenário do Supremo Tribunal, em cognição sumária a constitucionalidade da Medida Provisória nº 936/20 apreciada em 17/04/20, com base no pedido liminar na ADI nº 6.363, a qual faz a cassação de decisão proferida pelo então ministro Ricardo Lewandowski, que trazia a exigibilidade de negociação coletiva para convalidar o acordo individual (FILHO; FERNANDES, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o cenário provocado pela pandemia COVI19 revelou um contexto jurídico absolutamente diferente de todas as situações vividas no Direito do Trabalho brasileiro, pela qual resultou em medidas extremas e pouco convencionais, ou seja, não praticados em momentos de normalidade.

E dentro da contextualização apresentada nos diplomas que foram editados nesse período de calamidade pública, a qual se denota total relevância as Medidas Provisórias nº 927/20 e nº 936/20 e 1.046/2021.

É fato notório que a Medida Provisória nº 927/20 trouxe inúmeras providências que, no entendimento geral é percebido que foram trazidas regras a serem adotadas unilateralmente pelo empregador, onde se destaca o teletrabalho, antecipação de férias, concessão de férias coletivas, antecipação de férias coletivas, essas com diferenciação em relação ao período de comunicação e também em relação ao prazo para quitação, bem como a antecipação dos feriados e por fim a configuração do banco de horas.

Já a MP nº 936/20 empregou duas possibilidades de auxilio aos empregadores e aos trabalhadores: redução proporcional de jornada e de salário e a suspensão contratual. Ambas implicam em impactos financeiros que impactam diretamente para os trabalhadores, que tem seus vencimentos diminuídos, visto as regras para recebimento instituídas pelo Governo Federal com base para pagamento os mesmos moldes do Seguro Desemprego. No entanto, adquirem automaticamente estabilidade empregatícia, por período igual aquele que teve seu contrato reduzido ou suspenso.

Por fim, importante salientar que não apenas os operadores do Direito do Trabalho foram surpreendidos com essa situação atípica, mas sim todos os brasileiros. Isso com certeza gera dificuldades de entendimento entre empregadores e trabalhadores, no entanto, é fato notório que a cooperação entre as partes trouxe uma facilidade não antes imaginada para a compreensão das novas normas, que, esperamos, tenha seu fim com o encerramento do estado de calamidade pública, que indubitavelmente é o desejo de todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal – Secretaria-Geral da Mesa. Decreto Legislativo nº 6 de 20 de Março 2020. (Online). 2020a.Disponível em:< https://legis.senado.leg.br/norma/31993957/publicacao/31994188> Acesso em: 29 de Junho de 2021.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. (Online). Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 29 de Junho de 2021.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. (Online). 2020b.Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm> Acesso em: 29 de Junho de 2021.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. (Online). 1943.Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 29 de Junho de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 927 de 2020. (Online). Disponível em:< https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141145> Acesso em: 29 de Junho de 2021.
BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida Provisória nº 936 de 2020. (Online). 2020d.Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm> Acesso em: 29 de Junho de 2021.
BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.467 de 13 julho de 2017. (Online). 2017.Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm> Acesso em: 29 de Junho de 2021.
BRASIL. Ministério da Economia. Portaria nº 10.486 de 24 de Abril de 2020. (Online). 2020e. Disponível em:< https://www.gov.br/economia/pt-br> Acesso em: 29 de Junho de 2021.
https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55299/pandemia-e-o-direito-do-trabalho.
FILHO, Rodolfo Pamplona; FERNANDES, Leandro. Panorama das Alterações Trabalhistas durante a pandemia da COVID-19. Revista Direito Unifacs, v. 232, n. 1, p.1-12, 2020.
OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção 155 – Segurança e Saúde dos Trabalhadores de 18 de Maio de 1993. (Online). Disponível em:< https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm> Acesso em: 29 de Junho de 2021.

CAPÍTULO 27

A OBRIGATORIEDADE DA COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS POR IMPOSIÇÃO DOS PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA ISONOMIA

Gisele de Mello Covizzi

INTRODUÇÃO

Convive-se no Brasil com a existência de decisões judiciais conflitantes sobre o mesmo tema concreto, o que dificulta o exercício da atividade profissional pelos operadores do direito, que não conseguem de forma objetiva prever o resultado provável de demandas idênticas, gerando uma desconfiança dos jurisdicionado não só frente ao desempenho do profissional do direito, como da própria justiça.

Tal situação acaba por estabelecer por meio de decisões judiciais, distinções e privilégios entre pessoas em situações fáticas idênticas, violando a confiança legítima depositada nas decisões judiciais. O problema se mostra ainda mais perturbador quando se depara com uma decisão de plenário de Tribunal Superior ou de órgão de cúpula de um Tribunal Justiça que não é seguida pelos órgãos fracionários e juízos singulares, sob a justificativa de não vinculação dessas decisões.

É certo que o Código de Processo Civil Brasileiro editado em 2015 ampliou os procedimentos para uniformização da jurisprudência dos Tribunais, aumentando as hipóteses de precedentes vinculantes, bem como inseriu a determinação para que haja uniformidade e estabilidade nas decisões dos tribunais, o que, contudo, se não seguido pelos órgãos fracionários e juízes singulares dos Tribunais, acaba por estabelecer distinções específicas entre pessoas que se encontrem em idêntica situação fática.

O presente trabalho científico terá assim, por finalidade o estudo da obrigatoriedade da coerência das decisões judiciais, como imperativo do princípio constitucional da proteção da confiança desdobrado do principio da segurança jurídica e do princípio constitucional da isonomia.

Busca-se, com isso, analisar a imposição constitucional de que casos iguais tenham tratamento igual, as possíveis consequências desse entendimento e superação dos possíveis argumentos em contrário.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em 3 (três) capítulos. No primeiro capítulo serão analisados os conceitos e extensão dos princípios constitucionais da segurança jurídica e proteção da confiança. No segundo será abordado o principio da isonomia. No terceiro capítulo são apresentadas as críticas encontradas sobre a vinculação de precedentes judiciais e os contrapontos de superação desses entendimentos. Finalizando o estudo com as conclusões alcançadas.

MATERIAIS E MÉTODOS

Para o desiderato científico proposto, será utilizado o método dedutivo, com pesquisa doutrinária sobre os temas envolvidos nos estudo, buscando-se a análise e reflexão dos possíveis argumentos favoráveis e contrários.

. Para ao final, a partir da revisão bibliográfica sobre o conteúdo e alcance dos princípios da isonomia e proteção da confiança desdobrado da faceta subjetiva do

principio da segurança jurídica, se chegar a conclusão da imposição constitucional da coerência das decisões judiciais ainda que inexista lei estabelecendo a vinculação dos precedentes.

1. DO PRINCIPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

De início importe apontar que os princípios constituem balizas de interpretação de todo o ordenamento jurídico, de modo a, nos dizeres de Barroso (2004: 328) conferir "*unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas*".

A essencialidade dos princípios para um ordenamento jurídico resta bem demonstrada por Bandeira de Melo (2009: 949) ao apontar que a violação de um princípio é a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, pois atinge todo o sistema jurídico.

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (BANDEIRA DE MELLO, 2009: 949)

Nessa perspectiva e conforme bem aponta Saad (2015: 48), o principio da segurança jurídica emerge como principio implícito em qualquer ordem jurídica, por ser deduzido do próprio Estado de Direito Democrático.

Marion (2012: 3) vai além apontando que a segurança jurídica é indispensável a própria essência do direito, sendo um subprincipio concretizador do Estado de Direito e indispensável a concretização da cidadania.

Assim, o principio da segurança jurídica é inerente e fundamental a qualquer sistema jurídico, por ser a base do próprio Estado de Direito, sendo essencial o estudo de seu conteúdo e alcance, já que a violação desse principio representa grave ilegalidade e inconstitucionalidade, pois importa na violação do próprio Estado de Direito e consequentemente de todo um ordenamento jurídico.

A segurança jurídica como um princípio implícito e norteador de todo sistema jurídico, possui nos dizeres de Ramos (2017: 788) duas facetas, uma objetiva, que impede alterações dos atos já realizados, e outra subjetiva relativa a confiança depositada pelos indivíduos no ordenamento jurídico.

> Há duas facetas do direito à segurança jurídica: a *objetiva*, pela qual se imuniza os atos e fatos jurídicos de alterações posteriores, consagrando a regra geral da irretroatividade da lei e a *subjetiva*, que também é chamada de *princípio da confiança*, pela qual a segurança jurídica assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico. (RAMOS, 2017, p. 788)

Egas (2004: 14) também aponta que a segurança jurídica possui um aspecto objetivo ou estrutural, bem como, um aspecto subjetivo que confere ao sujeito a certeza das consequências de suas ações. Concluindo que a segurança jurídica é um valor instrumental para a consecução da própria noção de justiça que é o valor absoluto do direito.

> La seguridadjurídica tiene, pues, su aspecto estructural (objetivo), el que es inherente al sistema jurídico, a las normas jurídicas y a sus instituciones y, de ahí, dimana al sujeto que está obligado por el sistema jurídico que adquiere la certeza o la certidumbre de las consecuencias de sus actos y las de los demás, ésta es la faceta subjetiva (EGAS, 2004:14)

Já Scarlet (2006: 9) aponta que a dimensão objetiva da segurança jurídica impõe a continuidade do direito, enquanto a dimensão subjetiva representa a proteção da confiança depositada nessa continuidade do direito e a proteção das posições jurídicas individualmente alcançadas.

Essa dimensão subjetiva da segurança jurídica é também denominada de principio da confiança ou principio da confiança legítima. Esse princípio da proteção da confiança não possui uniformidade de tratamento, ora é tratado como um subprincipio da segurança jurídica, ora como principio autônomo e ora como elemento integrante da boa-fé objetiva[ii].

Nesse sentido, Coviello (2013: 15) ao estudar as origens a aplicações do princípio da confiança legítima nos Tribunais da União Europeia, aponta que a doutrina e a jurisprudência não possuem uma referência comum, ora o derivam do principio da segurança jurídica ou da boa-fé, ora do Estado Social de Direito ou de determinadas normas constitucionais, não obstante seja a segurança jurídica um principio comum em todas as obras que desenvolvem o tema.

Partindo da posição que extrai o principio da confiança do principio da segurança jurídica, Soto (2005:4) aponta que ele representa uma garantia de defesa da legitima expectativa do cidadão frente a atuação estatal em suas diversas manifestações, incluída a atividade jurisdicional.

> La protección de la confianza, en un sentido jurídico, significa, por tanto, una garantía en el âmbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste. De esta forma su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la Administración como de la legislación, como, por último, de La jurisprudencia. . (SOTO, 2005: 4)

Dessa forma, a proteção da confiança para Soto (2005) funciona, como um limitador da discricionariedade estatal, protegendo a confiança depositada pelo cidadão no direito que lhe será aplicado e consequências jurídicas dele advindas.

A segurança jurídica em sua faceta subjetiva representada pelo principio da proteção da confiança impõe, assim, a previsibilidade social do direito aplicado a determinada situação concreta. Nos dizeres de José Moreira Barbosa apud Serra Junior:

> A estabilidade é considerada como um aspecto objetivo da segurança jurídica, pautado na noção de continuidade da ordem jurídica. Da mesma forma como foi tratada a previsibilidade, a estabilidade não deve ser assegurada apenas em relação à legislação, mas também aos precedentes judiciais, tendo em vista que não adianta nada garantir a estabilidade da legislação, com processos regulamentados para a sua alteração, e ter inúmeras decisões judiciais em diversos sentidos, instaurando um caos no sistema e desrespeitando a segurança jurídica (SERRA JUNIOR, 2017: 14).

Essa previsibilidade imposta pela proteção da confiança acarreta, segundo Maffini (2017: 10-11) na imposição de limites para alteração de condutas e atos estatais, bem como, na determinação das consequências patrimoniais em caso de alterações que violem a crença gerada nos beneficiários, sobre a legitimidade do ato ou conduta alterada. Possuindo ainda inúmeras outras funções na ordem jurídica.

> Dessa forma, é possível considerar que, como princípio constitucional, a proteção da confiança terá funções que se multiplicam, servindo ora como fundamento do ordenamento jurídico, ora como instrumento informador de interpretação, ora como instrumento de integração jurídica e ora como instrumento de estipulação de normas de conduta e de limitação a exercícios de poder. (MAFFINI, 2017: 13)

Ainda segundo Muffini (2017: 20-21), a proteção da confiança deve ser analisada em 3 perspectivas diferentes, substancial, procedimental e ressarcitória. Em linhas gerais, pode-se dizer que a noção de proteção substancial da confiança consiste na preservação de condutas estatais e de seus efeitos, em decorrência de legítimas expectativas depositadas por terceiros em atos ou condutas estatais, com fundamento numa base de confiança.

Farias (2015:69) ao analisar a proteção da confiança nas relações contratuais, aponta a confiança como elemento de ampliação da segurança jurídica por orientar as condutas socialmente desejáveis, estabilizando expectativas de comportamento.

De todo o exposto pela doutrina analisada, extraí-se que o principio da proteção da confiança remete a ideia de que os indivíduos sabem de antemão qual será a norma incidente sobre determinada situação ou conduta, criando uma legítima expectativa sobre as consequências jurídicas das situações e de seus atos, que não pode ser violada na atuação estatal, o que inclui a atuação jurisdicional.

Nessa perspectiva, as decisões judiciais exaradas por tribunais, especialmente tribunais superiores sobre determinada questão de direito, cria nos indivíduos uma legitima expectativa de que a mesma decisão será aplicada a todos os casos idênticos, possuindo essa legitima expectativa uma proteção constitucional por meio do principio da proteção da confiança, extraído do principio da segurança jurídica, que impede seja frustrada essa expectativa por meio de outra decisão judicial em

sentido contrário para resolução de caso concreto idêntico ao anteriormente decidido.

2. DO PRINCIPIO DA ISONOMIA

A isonomia representa a máxima constitucional de vedação de criação de privilégios ou distinção entre indivíduos em mesma situação fática.

Para Scarlet (2017:662-669) igualdade e justiça são noções que guardam conexão intima, sendo a igualdade um valor central para o direito constitucional contemporâneo, ligado a ideia "*de proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária a dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração*". .

Não adentrando nesse curto espaço na evolução da compreensão da igualdade, adota-se aqui a compreensão de Flavio Martins (2020:728/729) de que a igualdade prevista na Constituição Brasileira é a igualdade material que consiste "*em dar aos desiguais um tratamento desigual na medida da desigualdade*", como meio de efetivar o objetivo constitucional de redução das desigualdades sociais.

A isonomia material impõe não apenas a garantia da isonomia formal, entendida como idêntico tratamento independente de qualquer condição, mas especialmente a promoção da igualdade de acesso aos bens jurídicos em igualdade de condições. De modo que, admite-se o estabelecimento de diferenciações desde que visem garantia a igualdade entre os indivíduos. Nesse sentido explica Eupídio Donizzetti:

> A igualdade objeto de garantia constitucional, portanto, é a igualdade substancial, material, e não a meramente formal. Assegurar a igualdade, já dizia Aristóteles, é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade deles. (DONIZZETTI, 2017, p. 83)

Ou seja, a Constituição brasileira impede que pessoas em mesma situação fática e jurídica recebam tratamentos diferenciados, salvo se a diferenciação tiver o condão de iguala-las faticamente, por estarem em posições de desigualdade entre si.

O estabelecimento de tratamento diferenciado somente será válido se fundamentado em uma situação de desigualdade, tendo como fim a correção dessa distorção fática, não podendo ser um instrumento criador de distorção ou benesses injustificadas.

Scarlet (2017:671) sintetiza com maestria o principio da igualdade abarcando tanto a igualdade formal como material:

> (...) (a) Constituição exige um tratamento igual em situações substancialmente iguais, proibindo discriminações arbitrárias, de tal sorte que uma intervenção no direito de igualdade se verifica apenas quando se estiver diante de um tratamento igual de situações essencialmente desiguais ou de um tratamento desigual de situações essencialmente iguais.

Ainda segundo Scarlet (2017:674) os destinatários do principio da isonomia são, em primeira linha, os órgãos estatais, especialmente os órgão jurisdicionais que tem o dever de aplicação igual do direito e os órgãos legislativos que não podem

estabelecer discriminações legais injustificadas.

> Tal concepção tem encontrado guarida na jurisprudência do STF, que, além de reconhecer a vinculação de todos os entes estatais ao princípio da igualdade, consagrou a noção de que este abrange duas manifestações, quais sejam a igualdade na lei, no sentido de exigência em relação ao legislador que não poderá criar fatores de discriminação ilegítimos, e a igualdade perante a lei, que diz respeito à sua aplicação pelos demais órgãos estatais, que não poderão, quando da aplicação da lei, utilizar critérios de cunho seletivo ou discriminatório. (SCARLET, 2017: 674)

Analisando a aplicação do principio da isonomia na atividade jurisdicional Serra Junior (2017:15) aponta que a vinculação dos precedentes judiciais, concretiza a isonomia constitucionalmente assegurada a todos, pois consagrando a igualdade no decidir judicial.

> A aplicação do princípio da igualdade na atividade decisória segue a ideia constituída a partir do princípio da universalidade, exigência própria da concepção de justiça, que preza pelo tratamento igualitário aos iguais. Nesse sentido, o uso dos precedentes judiciais vinculantes tem como alicerce fundamental a concepção de justiça, que, consequentemente, acaba por consagrar a igualdade ao decidir. (SERRA JUNIOR, 2017:15)

A igualdade insculpida no principio da isonomia impõe um dever de tratamento igualitário para pessoas que se encontrem em situação idêntica, dever esse, incidente também na atividade jurisdicional, que não pode por meio de decisões judiciais criar privilégios injustificados aqueles que se encontrem em mesmo situação fática.

3. DAS CRÍTICAS ENCONTRADAS PARA A NÃO VNCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

De forma sumária, dentre as críticas sobre a observância obrigatória dos precedentes judiciais, foram encontradas discussões sobre a violação da garantia da ampla defesa e contraditório, da garantia do livre convencimento dos magistrados e da fossilização do judiciário. Nesse sentido Streck (2007: 5) ao analisar a abstrativização do controle difuso aponta que a extensão da decisão de um caso concreto para os casos análogos supostamente gera a violação da garantia da ampla defesa e contraditório.

> Dito de outro modo, atribuir eficácia erga onmes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito

> constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. (STRECK, 2007: 5).

Tal análise amolda-se a discussão sobre a vinculação de precedentes não vinculantes, contudo, deixa de observar que aplicação de um julgado a casos análogos não se exclui a possibilidade de a parte interessada demonstrar a inaplicabilidade do precedente ao caso, tampouco que demonstre a superação do precedente em razão de alterações sociais, políticas, culturais ou legislativas, que imponham a alteração do entendimento anteriormente firmado. Há apenas a necessidade de uniformização da aplicação do direito, impedindo que vários órgãos jurisdicionais apliquem o mesmo direito a situação fática ou relação jurídica idêntica de forma diferenciada.

Inexistindo razões aptas a justificar seja afastado ou alterado o entendimento anteriormente firmado, tal entendimento deve ser aplicado a todos os casos análogos, de modo a evitar a criação de privilégios e diferenciações inconstitucionais.

Do mesmo modo, as críticas relativas a suposta violação do livre convencimento do magistrado, não se sustentam. Como bem observa Donizetti (2017, p. 1469), o julgador não possui ampla e irrestrita discricionariedade, já que deve observar e interpretar as normas segundo a Constituição Federal, não havendo diferença significativa entre a vinculação à norma e ao precedente, a amparar alegação de violação de independência dos juízes:

> De início pode se pensar que o novo CPC está afastando a independência dos juízes e o princípio da persuasão racional. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, a não ser pelo fato de que, em regra, este contém mais elementos de concretude do que aquela. Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis* o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada – aqui por meio do confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento –, sobre a valoração das provas e finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando se em conta as circunstâncias peculiares da hipótese sob julgamento. (DONIZZETTI, 2017, p. 1469)

Ou seja, a discricionariedade do magistrado não pode ser entendida como absoluta, uma vez que tem o dever de observar os princípios constitucionais, dentre eles a segurança jurídica e isonomia, para não se consagrar o fenômeno denominado por Serra Junior (2017) de jurisprudência lotérica[ii]. O entendimento aplicado a determinada situação fática, relação jurídica ou interpretação legal, também deverá ser aplicado para os demais jurisdicionados que sem encontre em idêntica situação ou relação jurídica, sob pena de ferir a igualdade constitucionalmente estabelecida, violando a legitima expectativa criada sobre o direito aplicado e as consequências jurídicas que acarretaria.

Por derradeira, a simples observância de decisões pretéritas dos Tribunais não fossiliza o judiciário, uma vez que existem técnicas de superação de precedentes a serem utilizadas na medida da necessidade de alteração do entendimento em

decorrência de alterações sociais, políticas, culturais ou legislativas, tal como o denominado *overruling* citado por Donizetti (2017: pg 1459) em seu curso didático de direito processual civil.

Assim, um precedente não pode ser interpretado como eterno e imutável, mas sim como o entendimento atual sobre determinada matéria, a ser aplicado a todos os casos idênticos, até que se demonstre a superveniência de razões suficientes para alteração do entendimento, resguardando-se nesse caso a confiança legitima depositada na correção do antigo entendimento.

CONCLUSÃO

Do exposto, contata-se que os princípios constitucionais da segurança jurídica e isonomia são princípios diretamente associados a noção de justiça. A isonomia impede sejam estabelecidas distinções de tratamento injustificadas, enquanto segurança jurídica por meio do subprincipio da proteção da confiança, protege a confiança criada por uma decisão judicial, especialmente de Tribunais Superiores e órgãos de cúpula dos Tribunais, de que casos iguais terão o mesmo tratamento.

Da aplicação concreta dos referidos princípios, se extrai a necessidade de uniformização da aplicação do direito as situações que se afiguram como idênticas.

A ausência de norma formal e expressa que imponha a vinculação dos precedentes não é por si justificativa adequada de sua não aplicação a casos análogos, pois essa vinculação decorre diretamente de princípios constitucionais.

A existência de decisões judiciais conflitantes que confiram ou retirem direitos de indivíduos em situações fáticas e jurídicas análogas, gera instabilidade social, cria privilégios indevidos a uma parcela de indivíduos, afrontando ao cabo, a própria Constituição Federal, em razão da violação das garantias fundamentais da segurança jurídica e isonomia.

Eventual entendimento pela inaplicabilidade de entendimento anteriormente firmado para solução de um caso concreto idêntico deve ser devidamente motivada em alterações legais, sociais, políticas ou históricas, e ser precedida de reavaliação do entendimento pela corte de cúpula do tribunal respectivo, de modo a não representar violação das garantias constitucionais e do próprio ordenamento jurídico.

Ainda, quando da alteração de entendimento, a nova decisão deve prever normas de transição para aplicação desse novo entendimento, de modo a não violar especialmente a confiança legitima dos jurisdicionados na continuidade interpretativa do direito que lhe é aplicado.

Por fim, é de se destacar que não se discute ou se defende a alteração dos efeitos das decisões judiciais, mas somente a necessidade de que as decisões judiciais sejam coesas de modo a não acarretar antinomias e conferir privilégios inconstitucionais a parcelas de indivíduos que se encontrem em situação fática jurídica idêntica a de outra parcela, como concretização dos princípios constitucionais da proteção da confiança e da isonomia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampliada, São Paulo:

Saraiva, 2004.

COVIELLO, Pedro José, *La Confianza Legitima. Estudios Juridicos*. publicação de La Faculdade de Derecho de La Universidade Católica del Urugay, Montevideo, 2013: 9-70

DONIZETTI, Elpidio, *A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil*.. Revista de Direito UNIFACS. Salvador: 2015. Disponível em <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil> Acesso em 30 de agosto de 2017

_____. *Curso Didático de Direito Processual Civi*l. 20.ª edição rev., atual e ampliada. SãoPaulo: Atlas, 2017.

EGAS, Jorge Zavala, *Teoría de La Seguridad Jurídica*, Juris Dictio, vol. 5.º, n.º 8, San Franscisco de Quito: 2004. Disponível em <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/611> acesso em 26 de maio de 2021

ESPÍRITO SANTO, Gerusa Ribeiro. *A vinculação dos precedentes judiciais no direito brasileiro e a autonomia judicial*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-vinculacao-dos-precedentes-judiciais-no-direito-brasileiro-e-a-autonomia-judicial,50123.html>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*: *Responsabilidade Civil*. Volume 3, 2. edição – São Paulo: Atlas, 2015, versão eletrônica.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção da confiança legítima*, Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional, São Paulo, 2017: 2 -54

MAGALHÃES, Breno Barra; SILVA, Sandoval Alves. *O Grau de Vinculação do Precedentes à Luz do STF*. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 195, p. 77-95, jul./set. 2012. Disponível em < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496599/000966849.pdf?sequence=1> Acessado em 12 de julho de 2021.

MARINON, Luiz Guilherme. *EL PRECEDENTE EN LA DIMENSIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA*. Ius et Praxis on line, v. 18, n.º 1, Talca, 2012: 249-266. Disponível em < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100008&lng=es&nrm=iso > Acesso em 31 maio 2021.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 4. Edição, rev., atual. e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAAD, Giani Pohlmann. *CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ANÁLISE JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA*, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 76, Porto Alegre, 2015: 37-53

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 14, n. 57, out/dez de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Curso de Direito Constitucional. 6.º edição. rev., atual. e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2017. Versão eletrônica.

SERRA JUNIOR, Marcus Vinicius. *Fundamentos Constitucionais da vinculação do Precedente Judicial*. Salvador: Revista Direito UNIFACS n.º 199, 2017. Disponível em < https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4747 > . Acesso em 10 de julho de 2021.

SOTO, Jorge Bermudez. *EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN COMO LÍMITE A LA POTESTAD INVALIDATORIA*. Rev. derecho, v. 18, n. 2, p. 83-105. Valdivia: 2005 . Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 26 maio 2021.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.* Revista Conjur. São Paulo, 2007. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso?imprimir=1 >. Acesso em 12 de julho de 2021.

CAPÍTULO 28

A CRISE DO SISTEMA DEMOCRÁTICO E A EROSÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DE COMO REGIMES DEMOCRÁTICOS CONSOLIDADOS SÃO LEGALMENTE ENFRAQUECIDOS

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro
Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático se baseia no Princípio da Soberania Popular, o qual prevê que o Povo é o titular do poder, sendo o ente legitimador das lideranças políticas. É uma exigência democrática que todos os cidadãos participem de forma ativa na vida política do país.

Entretanto, "Estado Democrático" e "Estado de Direito" não são expressões sinônimas, devendo-se diferenciar estes dois institutos para melhor compreender o significado do que seria um "Estado Democrático de Direito". Assim, enquanto o Princípio Democrático, positivado no art. 1º da Constituição Federal de 1988, traz a ideia de que a soberania popular é exercida por meio do sufrágio universal, o Estado de Direito, também positivado no art. 1º, concebe a obediência do Estado à lei.

O presente trabalho, então, se justifica pelo fato de que o Direito deve ser aplicado para transformar valores na sociedade. Como ciência social aplicada, o Direito reveste-se de papel educativo, e não só punitivo/sancionador, incutindo na consciência coletiva o repúdio ao autoritarismo e ao centralismo, e o estímulo à adoção de valores democráticos como meio para o desenvolvimento econômico e social de uma nação.

Nesse sentido, a presente pesquisa objetiva responder como regimes democráticos já consolidados podem ser enfraquecidos e como o fenômeno da "Erosão da Consciência Constitucional" contribui para que a Democracia seja gradativamente suprimida, levando-se em consideração que, nas Democracias, as eleições ocorrem periodicamente, é permitida oposição política e há mídia independente. De igual maneira, será investigado como líderes eleitos cerceiam a democracia contando, por vezes, com o apoio popular.

MATERIAIS E MÉTODOS

O presente estudo consiste em Pesquisa Básica ou Pura por não ter ação interventiva ou transformação da realidade atual, mas por suprir uma necessidade intelectual do pesquisador em compreender e conhecer determinados fenômenos (BARROS e LEHFELD, 2014). Já do ponto de vista dos objetivos, trata-se de Pesquisa Descritiva, porque visa analisar a frequência com que ocorre fenômenos, retratar características de uma população, envolvendo a utilização de instrumentos ou técnicas padronizadas, a exemplo de: questionário e observação sistemática para realização de coleta de dados, na forma de levantamento (GIL, 1991).

Quanto aos procedimentos técnicos, este estudo consiste em Pesquisa Bibliográfica, por surgir a partir de produtos científicos já publicados, constituídos por artigos de periódicos, livros, capítulos de livros e, atualmente com material virtual, ofertado na Internet. Ainda, do ponto de vista de procedimentos técnicos, também é

reconhecida como Pesquisa Documental por ser concebida a partir de materiais que não receberam tratamento analítico (GIL, 1991). Por fim, essa pesquisa bibliográfica foi realizada, sobretudo, na área do Direito Constitucional e da Ciência Política.

CONCEITO DE DEMOCRACIA

Segundo Rosenfield (2003, p. 7), a "Democracia", no sentido etimológico da palavra, significa o "governo do Povo", o "governo da maioria". Entretanto essa definição, conforme o citado autor, não é meramente quantitativa. Apesar de a "Democracia" se opor à Monarquia ("governo de um só") e à Aristocracia ("governo de alguns"), o que orientava a Filosofia Política Clássica era indagar qual seria a melhor forma de governo, em termos de qualidade e não de quantidade. Sobre a etimologia da palavra "Democracia", complementam Becker e Raveloson (2011, p. 5):

> O termo democracia provém do Grego e é composto pelas duas palavras demos = povo e kratein = reinar. É possível traduzir democracia literalmente, portanto, com os termos reinado popular ou reinado do povo. A democracia como forma de estado está em demarcação com a monarquia, aristocracia e ditadura. Talvez já ouviste uma vez a definição mais conhecida de democracia: "government of the people, by the people, for the people" (governo do povo, pelo povo, para o povo - Abraham Lincoln) .Traduzido de maneira simplicista é possível dizer: O poder surge do povo, está a ser exercido pelo povo e no seu próprio interesse .

Com efeito, na busca de se conceituar "Democracia", é importante se entender que este não é um instituto perfeito e acabado, mas dinâmico. A Democracia está em constante aperfeiçoamento, sendo sua construção e aprimoramento decorrentes dos acontecimentos históricos e atuais. Segundo Dallari (2011, p. 145), a base do conceito de Estado Democrático é justamente a noção de governo do povo, inerente à própria etimologia da expressão "Democracia". Esse é o ponto de partida para o estudo desse instituto.

Além disso, é notório que houve uma intensa preferência ao governo democrático, a partir do séc. XIII, em todo o hemisfério ocidental, na medida em que a afirmação da Democracia era o caminho para o enfraquecimento do Absolutismo e para a ascensão política da burguesia, a classe social que detinha o capital, mas era desprovida de poder político. Nesse ínterim, a ascensão política burguesa não se deu de forma pacífica, mas através de movimentos político-sociais, como a Revolução Inglesa (1642 – 1651), a Revolução Americana (1775- 1783) e a Revolução Francesa (1789-1799).

Dallari (2011, p. 150) aponta uma síntese dos Princípios condutores do Estado Democrático, como Supremacia da Vontade Popular, Preservação da Liberdade e Igualdade de Direitos, que foram positivados em documentos como Bill of Rights (1689), na Declaração da Independência das Treze Colônias Americanas (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto das Revoluções Burguesas. Com efeito, o Professor Flávio Martins, em seu Curso de Direito Constitucional, cita o autor

Uruburu ao especificar os traços principais do exercício democrático do Poder Estatal, a saber:

a) Fragmentação do poder político mediante a entrega de distintas fases e atividades do processo político a diversos detentores do poder, autônomos e independentes, dentro da esfera de suas concretas competências. De forma mais simples, isso significa a divisão das funções do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário;

b) submissão dos diversos detentores de poder às normas preexistentes, ou seja, obediência ao Princípio da Legalidade;

c) proteção dos destinatários do poder frente a eventuais abusos e arbitrariedades dos governantes, através do estabelecimento de um regime de liberdades, constitucionalmente previsto, em forma de *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança e Mandado de Injunção;

d) caráter representativo e eletivo dos principais detentores do poder, com mandatos conferidos por meio de processos eleitorais;

e) caráter independente e autônomo da função jurisdicional (URUBURU, 2014, p. 451 apud MARTINS, 2020, p. 1023).

Convém repisar que "Estado de Direito" e "Estado Democrático" não são expressões sinônimas. O Estado de Direito é aquele com uma constituição limitadora do poder através do império do direito, ou seja, no qual o Estado e os seus governantes se submetem ao Direito (e obviamente à Constituição). Essa é a ideia de governo das leis, e não de homens, de Estado submetido ao Direito, e de Constituição com vinculação jurídica de poder.

Entretanto, algo faltava ao Estado de Direito: a legitimação democrática do poder (Estado Democrático). Ocorre que a conciliação entre Estado de Direito e Democracia suscita verdadeiras perplexidades. Assim, por exemplo, nos quadrantes culturais norte-americanos, é notório o cisma entre "constitucionalistas" (*constitutionalists*) e os "democratas" (*democrats*) para significar a opção preferencial pelo Estado juridicamente constituído e regido por leis (constitucionalistas) ou o Estado dinamizado pela maioria democrática (democratas).

Segundo Canotilho (2011, p. 99), é questionável o significado da junção do Estado de Direito e o Estado Democrático, inseridos no Estado Constitucional. O autor interpreta essa junção no sentido de que Estado de Direito e a Democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de Direito, concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma liberdade de defesa perante o Estado. Já no Estado Democrático, seria inerente à liberdade positiva, ou seja, assente no exercício do poder. Nisso consiste o *"dualism of American Mind"*: o coração que balança entre a vontade do povo e o império da lei. O constitucionalista Temer (2008, p. 157) corrobora com a distinção ao afirmar que "a Constituição, logo na sua abertura, diz que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Bastaria dizer Estado Democrático. Bastaria dizer Estado de Direito, mas repisou: É um Estado Democrático de Direito".

Assim, consegue-se visualizar perfeitamente a distinção e importância dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. O Estado Constitucional não é apenas um Estado de Direito, pois Estado Constitucional nada mais é do que aquele que possui uma Constituição (CANOTILHO, 2011, p. 97). O Estado Constitucional deve

estruturar-se como um Estado de Direito Democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do "direito" e do "poder" no Estado Constitucional significa que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.

Sendo a Democracia forma de governo, o Estado de Direito é *status quo* institucional, que reflete nos governados a confiança depositada sobre os governantes eleitos enquanto executores das garantias constitucionais aptos a proteger a sociedade em seus direitos e liberdades fundamentais. Todavia, o Estado de Direito teve sua base ideológica formada nos combates entre a Liberdade e o Absolutismo, motivo pelo qual seus laços políticos são como crenças liberais da sociedade burguesa do século passado (BONAVIDES, 2010, p. 326).

A ideia de que a liberdade negativa precedeu à participação política (liberdade positiva) é um dos princípios básicos do liberalismo político. A segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria, nesse contexto, a essência do constitucionalismo. O "homem civil" precederia ao "homem político", o burguês estaria antes do cidadão (CANOTILHO, 2011, p. 99). Barroso (2020, p. 105) pondera que:

> A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Diferentemente do Estado Liberal, em que o ator característico é somente o indivíduo, no Estado Democrático de Direito, segundo pontua Streck e Moraes (2014, p. 67), problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens passam a importar, e a solidariedade é crucial para esse modelo. Há incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantido através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. A atuação do Estado começa a ter um conteúdo de transformação do *status quo* e o ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos. Esse modelo é sem dúvidas de relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil.

Em vista disso, Bonavides (2010, p. 326) evidencia que a perversão ideológica e os propósitos inconfessáveis de políticas mais agressivas conduziram o Estado de Direito ao descrédito, bem como ao esvaziamento de suas teses e princípios essenciais. O autor aponta que o Estado de Direito e a Democracia só são estimados quando violados, ou

seja, durante a repressão e durante a ditadura. Quando a nação apela, dando confiança aos regimes mais severos, já se acha envolta numa profunda crise política.

Seguramente, Democracia e Estado de Direito representam duas noções que o povo, os juristas, os filósofos sabem sentir e compreender, embora não possam explicar com a limpidez da razão, nem com a solidez das teorizações compactas. São noções que habitam no léxico dos idealistas, nos lábios dos sonhadores, na retórica dos demagogos e no coração daqueles que realmente almejam uma sociedade igualitária para todos (BONAVIDES, 2010, p. 327).

Portanto, o Estado Constitucional é "mais" do que o Estado de Direito. A Democracia inserida no conceito "Estado Democrático de Direito" provém da necessidade de legitimação do poder soberano: todo o poder emana do Povo. Entretanto, na prática, o que temos visto são reiteradas manifestações de descrença no que atine à possibilidade de instaurarmos, no Brasil, uma ordem democrática firme e estável. A Democracia, nos países em vias de desenvolvimento, requer duas condições: crença em seus valores e contínuo exercício, o que tem faltado aos homens públicos e lideranças políticas, constituindo aparente inviabilidade do regime democrático, oscilante entre intervalos de liberdade e autoritarismo (BONAVIDES, 2010, p. 329).

CRISE DO SISTEMA DEMOCRÁTICO: A EROSÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL

A Constituição de um Estado Democrático deve garantir e efetivar direitos fundamentais para todos, sobretudo os socias. Sobre o assunto, Aduz Barroso (2020, p. 106):

> A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.

Podemos determinar que há “Erosão da Consciência Constitucional” quando há falta de efetividade dos direitos sociais devido à constante inércia Estatal para a implementação de tais direitos. Isso gera na população a sensação de que o texto constitucional é inefetivo, distante e irrealizável. Perde-se a fé na Constituição. É evidente que a implementação de direitos se torna mais difícil em épocas de crise política e econômica. Dessa maneira, o termo “Erosão da Consciência Constitucional” foi utilizado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello na ADI 1.484/DF e no TJ 162/877-879. Vejamos o trecho da ADI 1.484/DF que trata do referido assunto:

> O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da **erosão da consciência constitucional,** motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

Dessa maneira, Oliveira e Payão (2018, p. 213) estabelecem que fatores econômicos estão intrinsecamente ligados à efetivação dos Direitos Fundamentais, identificando uma ruptura entre Poder e Política em períodos de crise, gerando enfraquecimento institucional do Estado, e afetando a concretização de políticas públicas:

> O contexto pós-moderno e globalizado desenvolve-se em meio a uma ruptura entre o Poder e a Política. A princípio, poder e política compunham o Estado paralelamente, porém, a globalização conduzira à separação entre ambos. Política consiste na capacidade de estabelecer as medidas necessárias ao enfrentamento de crises e o poder na capacidade de efetivá-las. Portanto, a separação entre poder e política consiste no fator fundamental da incapacidade dos Estados em superar a crise. Afinal, o poder hoje se encontra no âmbito global, pertencente ao poderoso mercado econômico transnacional e, a política, permanece enfraquecida no âmbito local.

Então, obtempera-se que a crise econômica e política do Estado e a crise da Democracia, é também uma crise de efetivação de Direitos Fundamentais (OLIVEIRA e PAYÃO, 2018, p. 214). Com a incapacidade de formular políticas públicas, deteriora-se o poder de garantir a eficácia dos Direitos Sociais. A Força Normativa da Constituição passa a ser negligenciada, emergindo o fenômeno da “Erosão da Consciência Constitucional”.

É inadmissível que uma Democracia possa enfraquecer nas mãos de líderes eleitos. Tende-se a pensar na "morte de Democracias" nas mãos de homens armados, entretanto não é o que ocorre atualmente. A ditadura ostensiva (Fascismo, domínio militar) desapareceu em grande parte do mundo. Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros, eis que a maioria dos países realiza eleições regulares. Dessa forma, Democracias são enfraquecidas por outro meio: o retrocesso começa nas urnas através da eleição de líderes que mantêm a aparência de Democratas enquanto corroem a sua essência (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 17).

Assim, como não há violência nem golpe de Estado, ou suspensão da Constituição, em que o regime obviamente "ultrapassa o limite" para a ditadura, a sociedade não se atenta ao que de fato ocorre. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser considerados exagerados ou falsos alarmistas. A erosão da Democracia é, para muitos, quase imperceptível (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 18).

É certo que, em qualquer Democracia, políticos irão enfrentar desafios graves, como crise econômica, insatisfação popular crescente e declínio dos partidos políticos estabelecidos (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 28). Crises são difíceis de prever, mas suas consequências políticas não são. Elas facilitam a concentração e, com muita frequência, o abuso de poder. Os cidadãos também se mostram mais propensos a tolerar e a apoiar medidas autoritárias durante crises de segurança, sobretudo quando temem pelo seu bem-estar (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 109).

Com efeito, pode-se defender a Constituição através dos partidos políticos, cidadãos organizados, e também pelas normas democráticas. Sem normas robustas, a Tripartição dos Poderes não serve sozinho para proteger a Democracia. As instituições se tornam armas políticas, brandidas violentamente por aqueles que as controlam contra aqueles que não as controlam. Subverte-se a Democracia quando Tribunais são utilizados como armas; quando se compra a mídia e o setor privado (ou há intimidação para que se calem); quando há criminalização dos oponentes, colocando em dúvida a legitimidade do processo eleitoral (acusando-o de ser fraudulento). O paradoxo da via eleitoral é que os assassinos da Democracia usam as próprias instituições democráticas (gradual, sutil e legalmente) para matá-la. (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 19).

De fato, candidatos extremistas fazem falsas acusações de fraude nas eleições e ameaçam não aceitar resultados. Isso mina a confiança pública, fazendo com que os cidadãos não confiem no processo eleitoral, perdendo a fé na própria Democracia (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 218). Esses candidatos autoritários também possuem tendência a restringir liberdades civis de rivais e críticos, ou seja, são intolerantes às críticas e possuem disposição para usar seu poder para punir os que venham a criticá-los (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 78). Além disso, estes políticos/governantes demagogos atacam seus críticos com termos ásperos e provocativos, como inimigos; subversivos; criminosos; terroristas, etc (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 89).

Ressalta-se que a Democracia advém de um exercício árduo, pois exige negociações, compromissos e concessões, até porque o revezamento no poder é inevitável e as vitórias são sempre parciais. Iniciativas presidenciais podem ser barradas no Congresso ou nos Tribunais. Todos os políticos se veem frustrados por essas restrições, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Para os autoritários, a política democrática é considerada insuportavelmente frustrante: freios e contrapesos são vistos como uma limitação inaceitável (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 91). Assim, os

professores Levitsky e Ziblatt (2018, p. 35) desenvolveram quatro sinais de alerta que podem auxiliar a reconhecer um candidato autoritário:

> 1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) negam a legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; e 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. (...) Um político que se enquadre mesmo em apenas um desses critérios é motivo de preocupação.

Além do exposto, é um risco para a democracia a polarização política extrema. Quando diferenças socioeconômicas, raciais e religiosas dão lugar à intransigência e à situações em que pessoas são politicamente divididas, e suas visões de mundo são mutuamente excludentes, torna-se difícil sustentar a tolerância e o diálogo. Na verdade, a polarização que deveria ser percebida como algo saudável e necessária para a Democracia, abre espaço para percepções de ameaça mútua. Quando isso acontece, a democracia está em risco (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 133).

Nota-se que a investida contra a Democracia começa lentamente e de forma imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas, políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso e a mídia independente ainda circula. A erosão da Democracia acontece de maneira gradativa, com iniciativas governamentais aparentando legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por Supremas Cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo, como combater a corrupção, "limpar" as eleições, aperfeiçoar a qualidade da Democracia ou aumentar a segurança nacional. (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 92). A Democracia, atualmente, morre de forma irônica e paradoxal: a sua própria defesa é usada como pretexto para o seu cerceamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base do conceito de Estado Democrático é, acima de tudo, a noção de governo do Povo, inerente à própria etimologia do termo "Democracia". Todavia, o exercício da Democracia não é algo perfeito e acabado, mas dinâmico; ela está em constante aperfeiçoamento, sendo sua construção e aprimoramento decorrentes dos acontecimentos históricos e atuais.

Houve intensa preferência ao governo democrático, a partir do séc. XIII, no ocidente, na medida em que a esperança na Democracia era o caminho para o enfraquecimento do Regime Absolutista e para a ascensão da burguesia ao poder político, o que antes, lhes era negado. Essa ascensão política burguesa não ocorreu pacificamente, mas através de movimentos político-sociais e guerras civis.

Dessa forma, distinguem-se dois conceitos: o de Estado Democrático e Estado de Direito (que representam duas formas distintas de ver a liberdade). No Estado de Direito, concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma liberdade de defesa perante o Estado. Já no Estado Democrático, seria inerente à liberdade positiva, ou seja, determinada no exercício do poder. O Estado de Direito é o que reflete nos governados a confiança depositada sobre os governantes eleitos, enquanto executores

das garantias constitucionais. Entretanto, o Estado de Direito teve sua base ideológica principal formada com crenças liberais da sociedade burguesa, em que se valoriza o indivíduo, em detrimento do coletivo.

Atualmente, no novo "Estado Democrático de Direito", questões relativas à qualidade de vida individual e coletiva passam a importar, e a solidariedade é crucial para esse modelo. Há incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantido através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. A Constituição de um Estado Democrático de Direito deve garantir e efetivar Direitos Fundamentais para todos, sobretudo os socias.

Assim, ocorre o fenômeno da "Erosão da Consciência Constitucional" tanto quando há falta de efetividade dos Direitos Sociais devido à constante inércia Estatal, quanto na falta de implementação de tais direitos. Isso gera na população o sentimento de que o texto constitucional é utópico e sem efetividade, perdendo-se a fé na Constituição. É evidente que a implementação de direitos se torna mais difícil em épocas de crise política e econômica. Nessas épocas de crise, a nação tende a dar confiança aos regimes mais severos, sobretudo quando temem pelo seu bem-estar.

À vista disso, percebe-se que uma Democracia pode enfraquecer durante o governo de líderes eleitos, sobretudo, em momentos de crises, pois elas facilitam a concentração e o abuso de poder. Consequentemente, existem quatro sinais de alerta que podem auxiliar a reconhecer um candidato autoritário: a) rejeitar, em palavras ou ações, as regras democráticas; b) negar a legitimidade de oponentes; c) tolerar e encorajar a violência; e d) acenar favoravelmente à restrição de liberdades civis de oponentes, inclusive a da mídia.

Por último, a investida contra a Democracia começa lentamente e de forma imperceptível em um contexto em que eleições continuam em realização, políticos de oposição ainda detêm assentos no Congresso e a mídia independente ainda circula. A erosão da Democracia acontece de maneira gradual, com iniciativas governamentais aparentando legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por Supremas Cortes. Muitas são adotadas a pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo, como combater a corrupção, "melhorar" as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia, entre outras. A Democracia, atualmente, morre de forma antagônica e incongruente, porque, à pretexto de defendê-la, lideranças autoritárias conseguem reprimi-la.

REFERÊNCIAS

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia científica.* 3 ed. reimpr. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BECKER, Paula; RAVELOSON, Jean-Aimé A. *O quê é Democracia?* 1ª ed. Portugal: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7ª ed. 9ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* São Paulo. Atlas. 1991.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. ***Como as democracias morrem.*** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. *Direitos Fundamentais na Pós Modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 21, n 41, 2018.

ROSENFIELD, Denis L. *O que é Democracia?* 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPÍTULO 29

O TRIBUNAL DO JÚRI E A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Helio Sérgio Ribeiro Caldas Filho

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo trazer à tona a polêmica sobre a legitima defesa da honra, analisando de forma crítica o Tribunal do Júri e seus jurados leigos, principalmente no que tange à capacidade e representatividade dos jurados para julgarem os crimes destinados a eles, e a ausência de fundamentação nas decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, expondo os limites, ou ausência destes limites, relativos à plenitude de defesa e à soberania dos veredictos do Tribunal do júri. Entre estes limites ou a falta destes, a tese sobre a legitima defesa da honra, tese esta que era utilizada para justificativa de atos desumanos e machistas, que contrariavam os direitos mais basilares da nossa constituição, eram totalmente ignorados. Em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal, julgou a A.D.P.F. 779, nela discutiu-se a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, e é justamente sobre este processo que vamos refletir e expor teses e fatos históricos que perduraram por mais de 80 anos em nosso ordenamento.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

O método a ser utilizado para o embasamento dos tópicos a serem discutidos será o dedutivo, tomando como base a legislação, a jurisprudência do STF e STJ, pareceres do Ministério Público, artigos publicados em periódicos, acórdãos de tribunais, manuais jurídicos, livros e textos oriundos da Internet.

A respectiva discussão terá sua formulação nos preceitos jurídicos da jurisprudência e doutrina, explorando o tema proposto no sistema do Tribunal do Júri. A fim de se obter uma melhor compreensão, torna-se necessária a exposição dos conceitos relativos ao surgimento dos tribunais, assim como do pensamento a respeito da formação e conceituação dos sistemas jurídicos.

Portanto, a viabilidade do artigo será o resultado da aplicação do método dedutivo, com uso de vários mecanismos de pesquisa, em termos de produção acadêmica e doutrinária.

3. A ORIGEM DOS TRIBUNAIS

Há muitas discussões sobre a origem relativa ao surgimento do Tribunal do Júri. Estas divergências e a falta de precisão ocorre basicamente por dois fatores, um é relativo a falta de acervos históricos que sejam seguros sobre o tema, o segundo versa sobre os aspectos sociais pois, as aglomerações humanas, desde as mais remotas, estão relacionadas ao tema, entretanto, ficou impossível de se conseguir afirmar, com exatidão, em qual momento da história que ocorreu a criação do Tribunal do Júri.

A controvérsia é tanta que, nos dizeres de CARLOS MAXIMILIANO:

(...) as origens do instituto, são tão vagas e indefinidas, que se perdem na noite dos tempos. (1948, p. 156 apud TUCCI, 1999, p. 12).

Todavia, existe um certo consenso em se afirmar que a mais possível origem do Tribunal do Júri tenha se dado na Inglaterra, com uma probabilidade maior em meados de 1215, com a abolição da prática das ordálias, ou "juízo de Deus", pelo Concílio de Latrão, e com isso, iniciou-se uma nova fase, marcando o fim do julgamento teocrático e início da instauração do conselho de jurados.

Assim, nasceu o Tribunal do Povo, na Inglaterra, e que influenciou outros países do Velho Mundo, em especial a França, Itália e a Alemanha, contudo esta instituição acabou por não obter a aderência necessária e logo foi substituída por outros mecanismos.

Destes acontecimento é que supostamente teria surgido à instituição do Júri, e que com o tempo veio a se consolidar entre as instituições do ordenamento legal, como sendo a mais democrática instituição dogmática. O termo Júri surge em razão da palavra em latim "jurare", que significa "fazer juramento", ato que é praticado pelas pessoas que viessem a formar o conselho de sentença.

O júri é um tribunal especial, composto por juízes de fato ou jurados, o presidente que é o juiz togado, e seus auxiliares de justiça.

O Tribunal do Júri é tido como um tribunal democrático pois, independentemente do país no qual está sendo exercido, sempre terá participação popular, e com isto, ao menos em tese, estará refletindo a opinião da sociedade através daquela decisão que está sendo aplicada, sem a limitação de questões técnicas advindas dos juízes, e portanto refletindo os entendimentos e desejos daquela sociedade.

O mecanismo que fundamenta o Tribunal do Júri é o "povo julgando o povo", este conceito basilar propicia à sociedade, uma sensação de participação, dando à sociedade e aos integrantes do povo o direito de exercer a função de Estado.

4. OS SISTEMAS JURÍDICOS

Existem ao redor do mundo, diversos sistemas jurídicos com características distintas, faremos uma pequena exposição destas diferenças e semelhanças a fim de que possamos facilitar o entendimento a respeito do Tribunal do Júri e de sua importância para a sociedade.

Os principais sistemas jurídicos que iremos tratar se referem ao sistema da "*common law"* (adotado por exemplo nos Estados Unidos da América), e o da "*civil law"* (adotado por exemplo no Brasil), estes sistemas são subdivididos em duas famílias, as famílias do "*civil law"* (romano-germânica) e as famílias do "*common law".*

O "*Common Law"* é um sistema originário das leis não escritas, oriundo em sua maior parte de princípios do que de regras (*rules*), flexíveis e em constante mudança, tem uma abordagem mais abrangente, lastreada em princípios justos, na razão e no senso comum, que são determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudam conforme a sociedade evolui. A palavra "*Common Law"* é originária do inglês e significa "direito comum", neste caso, o juiz ao proferir uma decisão não fica obrigado a limitar o seu fundamento em lei, podendo julgar de acordo com os costumes que a sociedade está vivendo, este sistema deriva dos antigos costumes locais, permanecendo imutáveis ao longo dos tempos.

É importante mencionar as palavras de ANTOINE GARAPON":

> O direito inglês foi profundamente marcado pela ausência, durante o seu período de formação, de poder legislativo real no seio do Parlamento e pelo poder das Cortes Reais de Justiça. A common law designa a totalidade dessas regras, suscetíveis de serem subsumidas a partir de decisões particulares. No fundamento da common law se encontra, portanto, a regra do precedente. (GARAPON, Antoine. Julgar nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e common law e uma perspectiva comparada. Trad. De Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3).

Neste sistema as leis estatutárias ou escritas ("*statutory laws"*), possuem uma função secundária, a principal fonte do direito é o direito como posto pelo juiz no caso concreto. O "*Civil Law"* já é um sistema bem diferente, neste sistema o juiz tem o papel de um interprete da vontade genérica e abstrata da lei, este sistema também é conhecido por sistema codificado, isto porque o juiz deve recorrer primeiramente à lei e depois a outras fontes do direito. Este sistema foi criado com base nos princípios da legalidade e da igualdade, concebido com o objetivo de gerar segurança jurídica para a sociedade.

5. O TRIBUNAL DO JURI NO BRASIL.

Previsto pela primeira vez na legislação brasileira no ano de 1822 (Lei de 18 de junho de 1822), o Tribunal do Júri surgiu no Brasil para julgar os delitos de imprensa, sendo constituído, inicialmente, por 24 (vinte e quatro) juízes de fato, conforme preceitua Greco Filho (1999, p. 412).

Atualmente, tanto sua composição quanto sua competência são inteiramente diferentes. Pacelli (2014, p. 717) ensina:

> Para fins de julgamento, o Tribunal é composto pelo Juiz-Presidente e pelo Conselho de Sentença. Este é integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhidas por meio de sorteio em procedimento regulado minudentemente em lei. O juiz-Presidente é o órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí por que denominado juiz togado.

A título de competência, é sabido que o Tribunal do Júri abrange o julgamento dos crimes, consumados ou tentados, de homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto, seja este último provocado pela gestante, com seu consentimento, ou por terceiro, conforme o artigo 74, § 1° do Código de Processo Penal:

> Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.
>
> § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1° e 2°, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados (BRASIL, 1941).

Com relação ao procedimento adotado por este instituto, Tourinho Filho (2009, p. 704), acompanhado pela doutrina e a jurisprudência majoritárias, entende ser ele bifásico ou escalonado: é formado pela fase da instrução preliminar e pela fase da acusação em plenário.

O Tribunal do Júri brasileiro é presidido por um juiz togado e composto por, além dele, 25 (vinte e cinco) jurados. Desses, 7 (sete) serão sorteados para constituir o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento (TOURINHO FILHO, 2014).

Segundo o artigo 466, § 1° do Código de Processo Penal, os jurados devem permanecer incomunicáveis a partir do sorteio de seus nomes, sob pena de exclusão do Conselho de Sentença e multa, que poderá variar de um a dez salários mínimos (BRASIL, 1941).

6. A IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS.

Segundo Marcão (2018, p.966) dentre os direitos e garantias fundamentais listados no Art.50 da Constituição Federal, dispõe o inciso. XXXVIII onde "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

Aos acusados em geral, o artigo 50, LV, da CF, assegura a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes a plenitude de defesa, atribuída à instituição do Júri, trazendo aparente redundância ao direito constitucional e à ampla defesa (art. 5°, LV, da CF). Todavia, são dois preceitos diferentes impostos pelo legislador constituinte. (MARCÃO, 2018 p.967).

Inexiste autêntico devido processo legal (art.50, LIV, CF) se não forem assegurados, aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa. No processo penal, particularmente, envolvendo um dos mais valiosos bens jurídicos sob proteção constitucional, que é a liberdade individual, há de se exigir o fiel cumprimento das tais garantias. (NUCCI,2015, P.24).

Nucci (2015, p.31) jurados decidem de acordo com sua consciência e não segundo a lei.

Esse é o juramento que os jurados fazem (art.472, CPP), em que há a promessa de seguir a consciência e a justiça, mas não as normas críticas e muito menos os julgados do país.

Segundo Marcão (2018, p.967), por força de disposição constitucional, o tribunal do júri tem competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, trata-se de competência em razão da matéria (*ratione materiae*).A respeito desse tema, diz o Art. 74, §10, do CPP, que compete ao tribunal do júri o julgamento dos crimes previstos nos Arts. 121, §§ 10e 20, 122 parágrafo único, 123, 124, 125,126 e 127 do Código Penal, consumado ou tentado.

Ainda, o art.121 do Código Penal tipifica as diversas modalidades de homicídios dolosos (simples, privilegiado e qualificado); o art.122 regula o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; art. 123 trata do crime de infanticídios, e os art.124,125,126 1 127 disciplinam modalidades de crimes de aborto. Qualquer deles, tentado ou consumado, encaixando-se na competência do tribunal do júri e, por isso, submete-se ao procedimento específico. (MARCÃO,2018, p.967).

7. LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA.

No dia 12 de março de 2021, uma decisão do Supremo Tribunal Federal vai entrar para a história de nosso país. Em uma sessão virtual, e por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a tese de legítima defesa da honra é inconstitucional. A corte referendou a liminar concedida pelo ministro Dias Toffoli (relator), em fevereiro, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779. Esta tese vinha, há muito tempo, sendo utilizada pelas defesas dos acusados de feminicídio ou agressões contra as mulheres, imputando às vítimas a causa de suas próprias mortes por serem mulheres.

A ADPF 779, foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que contemplava um pedido de medida cautelar, que foi parcialmente atendida pela decisão do STF, o pedido objetivava que fosse dada a interpretação conforme à Constituição aos artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal (CP), e aos artigos 65 e 483, III, §2º, do Código de Processo Penal (CPP), a fim de que fosse afastada a tese jurídica da legítima defesa da honra e fixado o entendimento sobre a soberania dos veredictos.

A decisão do julgamento da A.D.P.F. 779, em que se firmou o entendimento de que *"... a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento,..."* reafirmar o não absolutismo do júri.

Havia grande controvérsia constitucional verificada, entre as decisões do Tribunal de Justiça e veredictos do Tribunal do Júri ora validando, ora anulando a tese da legítima defesa da honra nos casos de feminicídio. Existiam também, divergências de entendimento sobre o tema entre o STF e o Superior Tribunal de Justiça.

A principal alegação sobre o mérito, foi sobre a violação do artigo 1º, caput e inciso III, do artigo 3º, inciso IV, e do artigo 5º, caput e inciso LIV, da Constituição Federal. Esta alegação versava sobre a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, que deveria estar de acordo com os direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à igualdade de gênero, onde não poderia prevalecer a garantia constitucional de soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, em casos que, por vezes, legitimava julgamentos em desacordo com os elementos fático-probatórios elaborados à luz do devido processo legal, e ainda, não poderia descumprir os princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à igualdade de gênero, de modo que estariam discriminando as mulheres vítimas de agressão e/ou feminicídio.

O principal intuito desta ADPF seria, então, a discussão da legítima defesa, pois ela seria causa excludente de ilicitude, de maneira a afastar de sua esfera a proteção à honra do acusado. A corte entendeu que, a tese de legítima defesa contra a honra, utilizada em casos de feminicídio, sob a prerrogativa de que a própria vítima teria ensejado a

violência contra ela, como um argumento anacrônico que estaria lesando a humanidade.

O Código Penal brasileiro de 1940, que ainda está em vigor, traz a figura da legítima defesa em seu artigo 25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Esta tese utilizada sobre a Legítima defesa da honra aparenta ter sua origem do Título XXXVIII das Ordenações Filipinas, que versava sobre o crime de adultério onde uma simples suposição do marido seria suficiente para a condenação da mulher.

As Ordenações Filipinas, também conhecidas como Código Filipino, eram formadas por um conjunto de cinco livros, os quais continham as leis e as regras morais pertinentes à conduta dos sujeitos. Esse código não tinha como princípio à igualdade dos indivíduos, pelo contrário, ele tinha como princípio a discriminação perante a origem dos indivíduos e não pelos crimes cometidos por eles.

Ao longo dos anos, ocorreram vários casos que se utilizaram desta tese, um dos mais emblemáticos, foi o assassinato da socialite mineira Ângela Diniz, em 30/12/1976, morta a tiros por seu marido, o empresário Raul "Doca" Fernandes do Amaral Street (ou, simplesmente, Doca Street), a tese de defesa utilizada pelo réu era de que ele teria agido em legítima defesa da honra e "matado por amor".

A pandemia da Covid-19 que nos trouxe enormes consequências, agravando as restrições a circulação, contribuiu enormemente para o aumento dos casos de feminicídio. Todas esta mudanças levaram a Justiça a refletir sobre quais medidas poderiam ser tomadas a fim de colaborar com a luta contra este tipo de crime. O Brasil registrou 648 feminicídios no primeiro semestre de 2020, 1,9% a mais que no mesmo período do ano de 2019, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), estatística esta que com certeza foi uma das motivações de o Supremo ter decidido contra a tese da legítima defesa da honra.

O ministro Dias Toffoli, diferentemente do que havia decidido em liminar de fevereiro de 2021, acolheu a proposta do ministro Gilmar Mendes, no sentido de que defesa, acusação, autoridade policial e/ou juízo não poderiam se utilizar, direta ou indiretamente, do argumento da legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que aludisse à tese) nas fases pré-processual e processual, bem como durante julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia explicou que o Código Filipino tratava a mulher como objeto, sujeito a título de propriedade, assim como o Código Criminal do Império e o Código Penal Republicano e o Código Civil de 1916 também o permitiram.

O voto do relator foi acompanhado pelos ministros Luiz Fux, Edson Fachin e Roberto Barroso que votaram pela concessão total da liminar solicitada pelo PDT, ou seja, fornecer interpretação conforme a Constituição ao artigo 483, III, §2º, do CPP, de modo a determinar que o quesito genérico de absolvição previsto no dispositivo não autoriza a utilização da tese de legítima defesa da honra, e permitindo, então, ao Tribunal de Justiça anular a absolvição evidentemente contrária à prova dos autos. Para Fachin, a decisão do júri, ainda que fundada em eventual clemência, deve apresentar uma racionalidade mínima, tal como ao Tribunal de Justiça deve ser assegurado um controle mínimo desta racionalidade, evitando-se, assim, que a absolvição do réu acusado de feminicídio ocorra com base na tese que foi considerada inconstitucional.

Em seu voto, Toffoli argumentou que a traição, que seria pretexto de muitos casos de feminicídio registrados no Brasil, teria seu desvalor inserido "no âmbito ético e moral, não havendo que se falar em um direito subjetivo de contra ela agir com violência". Acrescentou, ainda, que foi baseado nesta ideia e "para evitar que a autoridade judiciária absolvesse o agente que agiu movido por ciúmes ou outras paixões e emoções que o legislador ordinário inseriu no atual Código Penal a regra do artigo 28", de acordo com a qual nem a emoção e nem a paixão seriam hipóteses excludentes de imputabilidade penal.

"Aquele que pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa", entendeu o ministro Dias Toffoli.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, declarou em seu voto que "não pode o Estado permanecer omisso perante essa naturalização da violência contra a mulher, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 226, §8º, da CF)".

Uma importante razão que a ministra Cármen Lúcia trouxe em seu parecer foi a de que "a tese jurídica de legítima defesa da honra não tem amparo legal". Teria sido ela construída por discursos em julgamentos pelos tribunais e firmada "como forma de adequar práticas de violência e morte à tolerância vivida na sociedade aos assassinatos praticados por homens contra mulheres tidas por adúlteras ou com comportamento que fugisse ou dotasse do desejado pelo matador".

No modo de pensar do ministro Gilmar Mendes, como expressou em seu voto, a tese da legítima defesa da honra seria inadmissível, "visto que pautada por ranços machistas e patriarcais, que fomentam um ciclo de violência de gênero na sociedade". E é respaldado nesse argumento que é possível apresentar a seguinte conclusão abaixo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O direito brasileiro demorou 81 anos para reconhecer a inconstitucionalidade da utilização da tese da legitima defesa da honra, e pior, ainda existe quem a defenda e a confunda com o que está em nosso ordenamento relativo a defesa da honra previsto nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal.

Estaria mesmo o nosso judiciário avançando e evoluindo, se adequando aos preceitos do Povo ou estaríamos entrando em uma nova era, um mix entre "*Civil Law*" e "*Common Law*", poderia ainda ser uma conscientização do Supremo Tribunal Federal tentando reparar os erros passados ou quem sabe, estaríamos constatando apenas um efeito do Constitucionalismo Abusivo? A resposta realmente ainda não a tenho, mas a certeza de que mudanças são necessárias em nosso ordenamento sim, com atualizações, modernizações, a fim de que possamos nos manter vivos como organização social mais justa e correta, em tempos que a vida é reconhecida como o bem maior, esta é a maior riqueza do ser humano.

É inacreditável que este tipo de pensamento ainda exista, me parece que vamos em determinados momentos retornar a prática das ordálias, e deixo claro, nada tenho contra qualquer tipo de religião ou prática religiosa, mas entendo que não caberia a insanidade de se submeter ao julgamento dos deuses com práticas de provação, como eram feitas antigamente.

Vivemos um momento em que a sociedade em geral, clama por igualdade, de tudo, sexo, raça, religião, e tudo mais que possa gerar desigualdades, mas até onde estamos aptos a aceitar estas desigualdades, até onde conseguimos viver em uma sociedade justa, correta, ética, moral, transparente, consciente, digna da vida, só o tempo vai nos responder.

9. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

A.D.P.F. 779, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 distrito federal - **<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>** acessado em 29 de abr. 2021.

ARRUDA, José Acácio. Breve História do Júri Criminal Inglês, 2012. Disponível em: **<http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/inglaterra.pdf>.** Acesso em: 14 de abr. 2021.

BAYER, Diego Augusto. Tribunal do Júri: o controle da decisão dos jurados no direito comparado, 2014. Disponível em: **<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943177/tribunal-do-juri-o-controle-da-decisao-dos-jurados-no-direito-comparado>.** Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 1824.

CAOP - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça dos Direitos Humanos - Tese de legítima defesa é considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal **<https://direito.mppr.mp.br>** acesso em: 29 abr. 2021.

Código do Processo Criminal - LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>** Acesso em: 19 jun. 2021.

CARLOTTO, Daniele; SORES, Denise Mara; Gresslet, Gustavo. Um olhar sobre o tribunal no júri Norte-Americano. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: **<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-20/um-olhar-sobre-o-tribunal-do-juri-norte-americano>.** Acesso em: 20 abr.2021.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

ESTADOS UNIDOS, Constituição Americana. Disponível em: **<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>.** Acesso em: 24 mar. 2021.

GARAPON, Antoine. Julgar nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e common law e uma perspectiva comparada. Trad. De Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÓLLUSKIN, Glória - O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia. Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p. 116-126.

MARCÃO Renato, Curso de processo penal – 4 ed. rev. ampl. e atual – São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri: Crimes e Processo. São Paulo: Atlas, 1999.
MAXIMILIANO, Carlos. Comentários a Constituição brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1954. v. 1 a 3, p. 156. apud TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, pg.12.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira,1999.
NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.2 ed. São Paulo :Revista dos Tribunais,2012.
NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. 6 ed. rev. atual e ampl. rio de jneiro:Forense,2015.
PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
REIS, Wanderlei José dos. O júri no Brasil e nos Estados Unidos. Algumas considerações. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23474>. Acesso em: 22 abr. 2021.
RANGEL, Paulo – Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica – 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
SANTIAGO, Emerson. Commom Law, 2012. Disponível em: **<https://www.infoescola.com/direito/common-law/>**. Acesso em: 11 fev. 2021.
SÈROUSSI, Roland. Introdução ao direito inglês e norte-americano. Traduzido por Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2001.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal – Primeiro Volume. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e Common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A TEORIA DA POSIÇÃO PREFERENCIAL

Ivana Maísa de Freitas

1. INTRODUÇÃO

O direito à liberdade teve sua origem na queda do Estado Absolutista durante a transição para o Estado Liberal, consagrado assim como na 1ª dimensão dos Direitos Humanos, já que exigiu do Estado uma postura negativa impedindo que este interfira no exercício deste direito individual. A proteção ao direito de liberdade de expressão e informação aparece evidenciada por diversas normas internacionais, principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que após a 2ª Guerra Mundial, tornou-o indispensável à dignidade da pessoa humana, bem como ao exercício da democracia. A partir desse momento então, o direito de liberdade é um dos mais relevantes direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reinvindicações dos homens de todos os tempos. Ou seja, não há como se falar em Estado Democrático de Direito sem que haja a liberdade de expressão, pois o direito de liberdade é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa teórica, fundamentada em pertinente e atualizada bibliografia, e com cunho explicativo, relativo à liberdade de expressão.

A técnica de pesquisa bibliográfica foi amplamente utilizada, sobretudo no que se refere à consulta de literatura nacional, a fim de enriquecer a pesquisa.

Ademais, a técnica da pesquisa documental realizada em leis esteve presente a fim de se compreender a aplicação da liberdade de expressão.

3. A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE NO SÉCULO XX

Os direitos fundamentais foram criados e efetivados com o objetivo de conferir a condição de sujeito de direitos aos indivíduos. Conforme esclarece Mattos Junior[ii](2009, p. 18):

> No intuito de se valorizar a condição do ser humano, colocando-o definitivamente na condição de sujeito de direitos, tais circunstâncias vieram a conquistar maior relevo teórico e prático, em função de muita luta, com objetivos diversos a depender do contexto histórico e social da época. (MATTOS JUNIOR, 2009, p. 18)

Desde então, a liberdade é um dos mais importantes direitos fundamentais, representando a uma das mais antigas reinvindicações dos homens de todos os tempos. Contudo, para serem efetivados na vida de qualquer cidadão, é necessário que haja uma postura negativa do Estado, impedindo que este interfira no exercício deste direito individual.

Após o término do período denominado de liberal clássico, que foi marcado pelas diversas declarações de direitos, surge no século XX outro modelo de

constitucionalismo, que visava assegurar direitos prestacionais, como aqueles que surgiram na Constituição Mexicana (1917) e a Alemã (1919).

Essas constituições foram o marco nesta nova fase do constitucionalismo do século XX, porque trouxeram mais normas dispondo sobre a organização do Estado e reunindo em um único dispositivo os direitos fundamentais já definidos por outras cartas desde o período da queda do absolutismo, conferindo desta forma, uma maior proteção àqueles direitos.

Como ambas as constituições tiveram grande importância a trazer o direito de liberdade positivado, dessa forma é possível verificar semelhanças sobre os direitos sociais e os direitos de liberdade na Constituição Mexicana e a Constituição de Weimar. Conforme demonstrado por Sampaio[ii] (2010):

> Direitos clássicos – liberdade de trabalho e profissão (Alemanha – art. 151.3; México – art. 5), de expressão do pensamento (Alemanha – art. 118; México – art. 6), de imprensa (Alemanha – art. 118; México – art. 7), religiosa (Alemanha – art. 135; México – art. 24), ambulatória (Alemanha – art. 111; México – art. 11), direito de petição (Alemanha – art. 126; México – art. 8), igualdade (Alemanha – art. 109; México – art. 12); (...) a inviolabilidade da casa (Alemanha – art. 115; México – art. 16), (...); garantias de legalidade penal (Alemanha – art. 116; México – art. 14.3), de irretroatividade da lei (Alemanha – art. 116; México – art. 14.1) (SAMPAIO, 2010, p. 435)

4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE NO BRASIL

No Brasil, a trajetória constitucional sempre foi marcada pela busca das liberdades individuais, e a Constituição do Império de 1824[ii], dedicou o Título VIII às Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, o qual foi inspirado na Declaração Francesa de 1789, previu a garantia de todos poderem "[...] comunicar seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa", dispondo também sobre a possibilidade de responsabilização pelos abusos cometidos no exercício desse direito no art.179, inciso IV.

A Constituição Republicana de 1891[ii] também sofreu influência da Declaração Francesa, mas revela também influência da concepção anglo-americana dos direitos individuais, notadamente a 1ª Emenda da Constituição dos EUA, prevendo, junto ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, a ampla liberdade de imprensa, respondendo cada um pelos abusos que cometer, conforme disposto no art.72, § 12.

Já a Constituição de 1934[ii], promulgada sob influência das citadas Constituição Mexicana (1917) e Alemã (1919), inovou em relação à constituição anterior ao prever, além da liberdade de manifestação do pensamento e da responsabilidade por abusos, a vedação do anonimato e a proibição de propaganda de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política e social, previsto no art. 113, inciso 9. Esta Constituição determinou ainda a possibilidade de censura a espetáculos e diversões públicas.

Em 1937[ii], tem-se uma carta outorgada e conhecida como "polaca", em um período conhecido como Estado Novo, que possuía características menos liberais. Essa constituição previa em seu art. 122, inciso 15, que o exercício do direito à liberdade de expressão poderia sujeitar-se a condições e limites impostos por lei, os quais poderiam ser: estabelecer censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e da radiodifusão, impedir manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes,

especialmente a proteção da infância e da juventude e tomar providências destinadas à proteção do interesse público, bem estar do povo e segurança do Estado.

A Constituição Brasileira de 1946[ii], revelando um avanço democrático ao contrário da constituição anterior, já que trazia previsão quanto às garantias das liberdades individuais, assegurava a manifestação de pensamento sem dependência de censura, no art. 141, parágrafo 5º, porém manteve a disposição da Constituição de 1934 quanto à possibilidade de censura aos espetáculos e diversões públicas, proibindo o anonimato, assegurando o direito de resposta e restringindo a publicação de livros e periódicos em situações de propaganda de guerra, processos violentos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classe.

Em 1964 com o início do golpe militar, o regime constitucional de proteção aos direitos fundamentais foi extremamente enfraquecido, já que foi instaurada a prática de perseguição aos cidadãos que fossem contrários ao regime. Dessa forma, foi estabelecido o Ato Institucional nº 2, que modificou a redação da Constituição de 1946, para restringir a liberdade de expressão das propagandas que na visão política da época subvertessem a ordem.[ii]

Em 1967, foi elaborada uma nova Constituição, mantendo formalmente a liberdade de expressão, com os mesmos limites impostos pela Constituição de 1946 e pelo Ato Institucional nº 2, que condicionava à liberdade de pensamento aos parâmetros da ordem pública e dos bons costumes. Do mesmo modo, a Constituição de 1967 dispunha explicitamente sobre sanções a todos que se opusessem ao governo, numa clara afronta ao princípio da livre manifestação de pensamento.[ii]

Em 1968, ocorreu um agravamento do regime militar, que acabou na edição do Ato Institucional nº 5, que tornou o sistema mais rígido e a liberdade de expressão mais restrita.[ii] Mais tarde a Emenda Constitucional 1, manteve inalterado o dispositivo constitucional que tratava da liberdade de expressão.[ii]

5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após um longo período de cerceamento da liberdade devido a ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º dispôs sobre a liberdade de expressão para todos os cidadãos, tornando o direito à liberdade um dos mais valiosos direitos fundamentais. Sobre o tema, Bonotto[ii] (2017), elucida:

> Cumpre referir que nem a Constituição Federal Brasileira atual nem as constituições antecessoras aderiram ao termo "liberdade de expressão" para assegurar as variadas formas de manifestações que nela se enquadram, como exemplo da manifestação do pensamento, religiosa, de imprensa, entre outras. Contudo, **considera-se que a manifestação do pensamento expressa na Constituição Federal Brasileira assume a condição de gênero para as diversas espécies existentes.** [...] Assim sendo, a liberdade de expressão aparece como "direito-mãe" das mais diversas formas de comunicação. O dispositivo que disciplina o direito à manifestação do pensamento na Constituição Brasileira atual pode ser comparado com uma espécie de cláusula geral, que se relaciona diretamente com os demais dispositivos da Constituição sobre a manifestação do pensamento. (BONOTTO, 2017, p. 28, grifo nosso)

A Constituição brasileira destaca um direito geral de liberdade, e ao longo de seu texto, enumera direitos de liberdade específicos, tais como: a liberdade de manifestação do pensamento, incluindo a liberdade de opinião (art. 5º, IV), liberdade de expressão artística, liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de comunicação e de informação e expressão (art. 5º, IX) e a liberdade religiosa (art. 5º, VI)[ii].

Ao contrário do que se observa na Constituição brasileira, na visão de Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2013, p. 443), "[...] é possível afirmar que o reconhecimento de um direito geral de liberdade não corresponde a uma tendência uníssona e uniforme nos diversos ordenamentos constitucionais".[ii]

Na esfera do direito comparado, Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2013) citam como exemplo a constituição portuguesa e a alemã, pois a primeira não garante um direito geral de liberdade em sua carta, mas apenas consagra as principais liberdades em espécie, ao contrário da constituição alemã, onde o reconhecimento de um direito geral de liberdade não decorre da positivação no texto constitucional, mas da interpretação de outros direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais.[ii]

6. A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DIANTE DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Devido ao grande papel que a liberdade de expressão desempenha no Estado Democrático de Direito, de acordo com parte da doutrina, o direito de liberdade assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Sobre o conflito de direitos fundamentais, Mattos Junior (2009)[ii] esclarece que:

> Conflitos e colisões em matéria de direitos fundamentais ocorrem cotidianamente. Entretanto, a sutileza que permeia tais situações nem sempre permite o entendimento de sua dimensão jurídica e social. Com isso, ao se deparar em uma questão prática que envolva colisão de direitos fundamentais, necessário que se pondere os diversos valores envolvidos, a fim de que se possa direcionar a efetivação daquele direito considerado de maior relevância. (MATTOS JUNIOR, 2009, p. 16)

A Constituição Federal de 1988 incorporou um sistema de proteção reforçado das liberdades de expressão, reconhecendo uma prioridade desta liberdade na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade.

A respeito disso, Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2013)[ii], afirmam que:

> [...]quando se fala de uma posição preferencial, tem-se a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com a hierarquização das posições conflitantes no caso concreto, de tal sorte que também nessa esfera – da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos – não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 459)

A proteção do direito de expressão vai depender do peso da norma em abstrato e do reconhecimento deste direito no caso concreto, quando estiver em colisão com outros valores constitucionais, podendo sofrer restrições.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2004)[ii], explica:

> Na verdade, tanto em sua manifestação individual como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica a posição de preferência - *preferred position* - em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação. (BARROSO, 2004, p. 20)

Neste sentido, Freitas e Castro (2013)[ii] reiteram:

> [...] o que se pode depreender é que a liberdade de expressão não é absoluta, nem é um direito fundamental de hierarquia maior, aos moldes da tutela estadunidense. Essa liberdade terá que ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, em respeito ao sistema constitucional em vigor. Para tanto, poderá ser utilizada, em casos de violação de direitos, uma solução promovida pelo princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, ou ainda outros recursos disponibilizados pela hermenêutica. (FREITAS; CASTRO; 2013, p. 349)

Constatando as ideias iniciais que podem levar à proteção do direito de expressão, verifica-se que a proteção *prima facie* dada a esse direito vai depender do caso concreto, quando em colisão com outros direitos fundamentais. Como exemplo desta proteção *prima facie*, pode-se citar a ADPF 187/DF [ii] que se discutia a possibilidade da população se manifestar a favor da descriminalização das drogas, a liberdade de expressão esteve em posição preferencial por se tratar de instrumento importante para a manutenção da democracia e estar em conflito com uma norma infraconstitucional, no qual foi possível estabelecer a melhor interpretação daquela norma.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. Como consequência disso, deve-se fazer uma análise muito rigorosa, criteriosa e excepcional de toda e qualquer medida que tenha por objetivo restringir a liberdade de expressão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa deste trabalho, vimos o quão difícil foi essa trajetória de conquista dos direitos de liberdade e dos demais direitos fundamentais. Com a redemocratização

no Brasil, a Constituição Federal de 1988, trouxe inúmeros direitos, entre eles o direito à liberdade de expressão, a qual é o objeto de pesquisa deste trabalho.
Após a Constituição Federal de 1988 começar a produzir seus efeitos, notou-se que ela inovou ao dispor sobre um direito geral de liberdade e também direitos específicos decorrentes dela, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos internacionais, que adotam apenas alguma modalidade de direito de liberdade, o modelo geral ou o específico.
Também evidenciou que não existe hierarquia de direitos fundamentais, mas em caso de colisão de princípios constitucionais, principalmente quando o direito à liberdade estiver envolvido, ele terá uma posição preferencial. Mas, para a solução do conflito, este não se resolverá pelo emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos.
Quando for o caso de colisão, o intérprete deverá em busca da técnica da ponderação de princípios, preservando o conteúdo de cada uma, a depender do caso concreto, mas fundamentando a adequação constitucional aplicada a determinado caso.

8. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, Jan/Mar. 2004. p. 1-36. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026> Acesso em: 04 jun. 2021.

BONOTTO, Ana Carolina Garcia. *O anonimato na ordem jurídico-constitucional brasileira e suas implicações na internet.* 2017. 124f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: < http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/9094> Acesso: 02 jun. 2021.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)*.**Disponível em: <** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm**> Acesso em: 04 jun. 2021.**

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891)*. **Disponível em: <** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm**> Acesso em: 04 jun. 2021.**

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934).* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)*. **Disponível em:**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL**.** *CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)***.Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL*. ATO INSTITUCIONAL Nº 2. (DE 27 DE OUTUBRO DE 1965).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm> Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967***. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 04 jun.2021.

BRASIL. *ATO INSTITUCIONAL Nº 5. (DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm> Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. *EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969***. Disponível em:<**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Processo: ADPF 187 / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 15 de junho de 2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 04 jun. 2021.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. Seqüência. UFSC, Florianópolis, v. 34 n. 66, p. 327-355, 2013. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327/25072> Acesso em: 04 jun. 2021.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira. *Direitos Fundamentais e Direito de Liberdade*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia / Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, v.6, n.6, p. 1-26, jul/dez. 2009. Disponível em: < https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/241/235> Acesso em: 04 jun. 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 203.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 442-460.

CAPÍTULO 31

LIBERDADE DE EXPRESSAO E DISCURSO DE ÓDIO
Uma análise comparativa entre o Brasil a Espanha e os EUA

Izabel Cristina da Silva Oliveira

A liberdade de expressão é um tema que, por si só, desperta interesse, especialmente devido ao contexto social que vivemos hoje, com uma sociedade se tornando cada vez mais plural e intolerante.

Assim, é necessário verificar a importância atual do assunto, analisando os limites da liberdade de expressão com o discurso de odio (*hate speech*), em um contexto comparativo entre o Brasil, Espanha e Estados Unidos, com uma análise jurídica em resposta a atual situação da sociedade, que tem ganhado um espaço significativo na internet, pois com o desenvolvimento acelerado das Mídias sociais esse fenómeno se propaga na velocidade de um clique.

Neste contexto, será examinada a liberdade de expressão focalizando na proporcionalidade, especialmente ao confrontar a teoria com a realidade, refletindo sobre os discursos discriminatórios, preconceituosos e intolerantes, associados a garantia da dignidade humana e a democracia.

Para atingir os objetivos do trabalho, é importante compreender o processo histórico da liberdade de expressão destacando a história dos direitos humanos e como ela ajudou a evolução desse direito, com uma breve revisão de sua positivação e sua proteção com base no direito internacional.

I. UM BREVE PANORAMA HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No final do século XV, surgiu na Europa o estado moderno, caracterizado pelo monarca absoluto, que detinha poder ilimitado sobre seus súditos. Isto levou ao surgimento de vários movimentos que exigiam liberdade política e liberdades

individuais[ii], procurando estabelecer limites a este poder. Assim, na Inglaterra, surge o *Libertatum* - a Carta Magna de 15 de junho de 1215, no qual o Rei João Sem Terra se comprometeu a respeitar as liberdades individuais e a propriedade[ii], tornando esta Carta um marco importante na concepção dos Direitos Humanos.

Com o passar dos anos, a burguesia ainda insatisfeita e influenciada pelas ideias liberais[ii] no chamado "século das luzes"[ii], começou a rebelar-se. Com isso, eclodiu as revoluções burguesas, as quais também tiveram um grande impacto sobre os direitos que hoje são conhecidos como direitos fundamentais.

Já no início do século XVI, as revoluções começaram com a Revolução Gloriosa, que culminou na diarquia, na Petição de Direitos de 7 de junho de 1628 e na Carta de Direitos de 13 de fevereiro de 1689 (*Bill of Rights*)[ii], documento que reafirmou alguns dos princípios da Carta Magna e impôs mais limites ao regime absolutista[ii] garantindo as liberdades civis.

Entretanto, a grande mudança ocorreu nas treze colônias norte-americanas, sob a influencia da teoria contratual de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau[ii] para dar origem ao Constitucionalismo, que foi um reflexo das lutas pelos direitos na Inglaterra. Então, em 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia também trouxe em seus artigos a afirmação das liberdades individuais, como a liberdade de expressão, sendo uma inspiração para a Independência das treze ex-colônias britânicas da América do Norte em 1776, reunidas primeiro como uma Federação e depois como um Estado Federal em 1787[ii].

A Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1787[ii], foi um ato inaugural da democracia moderna. Porém, foi somente com as propostas das primeiras dez emendas do Congresso que foi introduzida a Carta de Direitos Americana com respeito aos direitos fundamentais e incluiu a grande inovação[ii] “liberdade de informação - discurso e imprensa”, que impede o Congresso de limitar as liberdades de expressão do povo americano, sendo aprovada na 1ª emenda [ii] da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 15 de novembro de 1791.

De volta à Europa, as Revoluções Inglesa e Francesa contribuíram novamente para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e do constitucionalismo através das duas últimas revoluções. Outro documento importante foi a Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão em 1789[ii], sendo um verdadeiro código de Direitos Humanos reconhecido na época, com a definição de liberdade em geral e a liberdade de expressão prevista em seus artigos 10[ii] e 11[ii].

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, havia a necessidade de garantir que o desrespeito aos direitos fundamentais causados pela guerra não se repetisse. Por esta razão, foi criada a Liga das Nações, dando origem ao Sistema Global para a Proteção dos Direitos Humanos. Em 1948, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos[ii] que proporcionou novas mudanças com os chamados direitos fraternos e estabeleceu esses direitos em nível internacional, além da disposição expressa para a liberdade de expressão no Artigo 19.

Desse modo, vários pactos e acordos internacionais começaram a surgir com o objetivo de garantir a liberdade de expressão até os dias atuais, como a Convenção Americana sobre Direitos humanos no artigo 13 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e políticos no artigo 19.

II. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental comum nas Constituições dos Estados Democráticos da América, pois é regido pelo pensamento plural da sociedade, devendo ser exposta como forma do homem se manifestar livremente em uma sociedade democrática, tal como no Brasil, estando positivado no artigo Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 incisos (IV, V e IX) e no artigo 220 que trata dos veículos de comunicação social. Já nos Estados Unidos, esse direito é previsto na 1ª emenda, e na Espanha no (articulo 20.1 CE)[ii].

No Brasil, embora a Constituição proteja o direito a liberdade de expressão, privilegiando esse direito fundamental em vários aspectos, isso não significa que ele seja uma garantia absoluta e ilimitada, pois esse direito não pode servir de base para infringir outros direitos que com ela possam colidir[ii]. A liberdade de expressão, assim como todos os demais direitos fundamentais, também precisa ser ponderado e respeitado. Tanto é que em casos de abusos na liberdade de manifestação do pensamento, ademais de assegurar o direito de resposta proporcional

ao agravo, pode ter consequências civis (art. 5º, V CF) e penais como os crimes de ameaça (art. 147 CP), crimes contra a honra, calúnia, injuria e difamação (arts. 138 a 140 CP), racismo (art.20, Lei nº. 7.716/89)[ii], entre outros.

Nos Estados Unidos, como já mencionado, foi somente com a 1ª emenda que foi introduzido na Constituição dos Estados Unidos a liberdade de expressão. Esse direito *free speech* é quase que absoluto nos EUA*,* pois na própria redação da 1ª emenda, se estabelece que o congresso não legislará para limitar a liberdade de expressão. Contudo, ainda que prevaleça nos Estados Unidos o mercado livre de ideias (*marketplace of ideas*) criado pelo juiz Oliver Wendell Holmes da Suprema Corte Americana, segundo o qual as ideias e os pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção a verdade[ii], a jurisprudência norte- americana faz algumas atenuações a esta liberdade, como nos casos obscenidade, propaganda comercial, discurso politico[ii] e discurso de odio (*hate speech*).

Já na Espanha, sua constituição consagra a liberdade de expressão no artigo 20, mas é necessário fazer algumas ponderações. A liberdade de expressão estabelecida no artigo 20 se trata da liberdade para comunicar pensamentos, ideias e opiniões por qualquer meio de difusão, seja de carater geral ou mais restrito, também estabelece a liberdade de informação, a qual traz uma observação importante. Esse preceito Constitucional exige que a informação difundida seja verdadeira (art. 20 paragrafo 1º alínea d)[ii], tratando-se de uma verdade subjetiva, ou seja, que o informante tenha atuado com diligencia e verificado o contraste da informação com outros meios de comunicação (SSTC, entre otras, 6/1988, de 21 de enero, 240/1992, de 21 de diciembre; 47/2002, de 25 de febrero; 76/2002, de 8 de abril)[ii].

Ademais, a Constituição Espanhola traz no paragrafo 4º[ii] os limites que podem mitigar a liberdade de expressão quando entrem em conflito com os direitos a honra, privacidade e auto-imagem. Em caso de conflito, a correspondente ponderação de ativos deve ser realizada, tendo que analisar cada uma das circunstâncias simultâneas, fazendo uma análise individualizada sem a aplicação automática de regras gerais, devendo ser decidido em cada caso qual direito fundamental prevalece.

III. Crime de Odio

Para analisar os possíveis limites a liberdade de expressão frente ao discurso de odio, é necessário definir o discurso de odio que, que para a doutrina se divide em "crimes de ódio" e "discurso de ódio". A matriz terminológica, aponta fundamentalmente seu nascimento na Convenção Europeia de Direitos Humanos [ii] "*hate speech*" discurso de odio e na tradição legislativa dos Estados Unidos de América "*hate crime*" crimes de odio[ii].

III.1 Convenção Europeia sobre Direitos Humanos

A recomendação (97) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 30 de outubro de 1997 é uma referência ao definir[ii] o chamado discurso do ódio (*hate speech*). Esta definição de referência foi atualizada pela Comissão Européia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) Recomendação de Política Geral No. 15 sobre o discurso de combate ao ódio, em 8 de dezembro de 2015, que afirma[ii]:

> *"(...) para os fins desta Recomendação Geral, o discurso de ódio deve ser entendido como o incentivo, promoção ou incitamento, sob qualquer forma, ao ódio, humilhação ou desprezo de uma pessoa ou grupo de pessoas, bem como o assédio, a difamação, o estereótipo negativo, a estigmatização ou ameaça de tal pessoa ou grupo de pessoas e a justificativa de tais manifestações com base em "raça", cor, descendência, origem nacional ou étnica, idade, deficiência, língua, religião ou crença, sexo, gênero, identidade de gênero, orientação sexual e outras características ou status pessoais; (...)".*[ii]

Como se verifica, o discurso do ódio é o gênero e os crimes de ódio, ou aqueles que se materializam através do discurso, seriam a espécie[ii]. Para LANDA[ii], os crimes de odio (*hate crime)* em sentido amplo integram, pelo menos a propagação ou ofensas (*hate speech* criminalizado) por uma parte, e, por outra, crimes de atos de odio (*hate crime* en sentido restrito). Crimes de ódio em sentido restrito transmitem a mensagem pela seriedade dos fatos, sendo o agravante genérico um exemplo de pena mais intensa, por exemplo, assassinar uma pessoa por pertencer a um determinado grupo envia uma mensagem de hostilidade e discriminação contra o grupo alvo.

III.2 Discurso de Odio nos EUA

Os Estados Unidos da América são um grande ponto de referência terminológica para discurso de ódio, onde o *hate speech* esta relacionado a liberdade de expressão e as manifestações de odio, desprezo e intolerância contra determinados grupos, motivados pelo preconceito ligados a vários grupos como religião, etnia, género, etc.

A última fase legislativa de regulamentação faz referência aos anos 90, porém a legislação anti-discriminação vem muito antes, remonta o período chamado de "reconstrução", após a Guerra Civil no final do século XIX, e também a Lei de Direitos Civis de 1866, a de 1874, a Lei de execução de 1870, conhecida como primeira Lei de Ku Klux Klan (lei criada contra a discriminação ao voto), entre outros[ii]. A Guerra de Sucessão também foi um marco importante para os movimentos anti-discriminatórios, ela é uma referência com o movimento de direitos civis dos anos 60 no século XX, sendo as Leis de Direitos Civis (1964 e 1968) legislações anti-ódio que estendeu o foco de proteção a outros grupos além dos negros[ii].

Já nos anos 90, o ponto de referência terminológica em nível federal foi a adoção pelo Congresso da Lei de Estatísticas de Crimes de Ódio (*Hate Crime Statistics Act*) no qual o Departamento de Justiça que é instruído (*Attorney General*) para coletar e publicar sistematicamente dados sobre crimes que manifestam claramente preconceitos baseados em raça, religião, orientação sexual ou etnia. Logo, passou a fazer parte do FBI que assumiu a liderança nas investigações e criou uma seção especial para este tipo de relatório dentro do *Uniform Crime Reporting Program (UCR-1990)*[ii]. Em 1994, a lei foi emendada para incluir a conduta criminal contra pessoas deficientes (*persons with disabilities*)·

Em 2009, foi aprovada a Lei a Matthew Shepard e James Byrd Hate Crimes Prevention Act. Esta lei amplia o mandato de coleta federal de dados sobre crimes de ódio dirigidos contra um determinado gênero e identidade sexual e, ao mesmo tempo, reorganiza e sistematiza as categorias de coleta que estavam sendo tratadas com respeito ao grupo LGTB (orientação sexual). A importância da Lei Shepard, além de ampliar os grupos de referência, também expande a jurisdição federal nesta área, uma vez que desde a Lei de Direitos Civis de 1968 as autoridades federais só tinham jurisdição para investigar crimes de ódio dirigidos contra vítimas por causa de sua raça, cor, religião

ou origem nacional, o que estava de acordo com o desejo legislativo de proteger a comunidade afro-americana[ii].

De acordo com GIRAO[ii] a história legislativa dos EUA privilegia um modelo de intervenção criminosa anti-xenofóbica que se baseia essencialmente na legitimidade das punições agravadas (crimes de ato) excluindo e protegendo o discurso do ódio (*hate speech*) como liberdade de expressão. O autor argumenta que a evolução da luta pelos direitos civis garante que a liberdade de expressão foi historicamente pró-dissidente e, portanto, o discurso do ódio é tolerado com base na desconfiança do Estado, evitando a todo custo a restrição de sua liberdade, mesmo que ela se manifeste em um discurso prejudicial à dignidade.

III.3 Discurso de odio da Espanha

A Espanha criminaliza os discursos de odio, os quais estão previstos nos artigos 510/510bis/515.4o e 22.4o CP, que são crimes de ódio em sentido estrito. Em seu contexto, a legislação acumula referências genéricas em ofensas criminais como violência, ódio ou discriminação em relação a seus potenciais danos quando são dirigidas contra um grupo específico, revelando uma dinâmica de ataque imediato ou mediado com maior ou menor grau de vulnerabilidade.

Os crimes de ódio na Espanha incluem tanto a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos quanto as correntes político-criminais dos Estados Unidos, com um nome que aponta para dois modelos de crimes com palavras “hate speech” criminalizados e com fatos “hate crime” que são fundidas e impostas na União Européia e através da Decisão-quadro de 2008.

Para este fim, o artigo 10.2 da Constituição estabelece que os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com tratados internacionais elaborados tanto na União Européia quanto nas Nações Unidas, e especialmente com as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos ao aplicar a Convenção Européia de Direitos Humanos, argumentando que qualquer expressão ou ato que contenha elementos formalmente insultuosos e que tenha por objetivo a vexação de um tom vexatório, legitimaria tal restrição à liberdade de expressão.

TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: Uma polêmica empreitada político-criminal.

Izabela Coelho Fernandes

INTRODUÇÃO

Constantemente, a desordem funde-se ao crime, afinal, já está presente no imaginário coletivo a periculosidade presente em áreas degradas. Mas o que estimula a delinquência, a pobreza propriamente dita ou o seu efeito, qual seja, a desorganização estrutural?

Estudiosos geralmente definem dois tipos diferentes de desordem. O primeiro é o distúrbio físico, caracterizado por edifícios vazios, janelas quebradas, veículos abandonados e terrenos baldios cheios de lixo. O segundo tipo é a desordem social, que é tipificada por agressores, vizinhos barulhentos e grupos de jovens reunidos nas esquinas das ruas.

A linha entre crime e a desordem é muitas vezes confusa, com alguns especialistas considerando atos como prostituição e tráfico de drogas como desordem, enquanto muitos outros os classificam como crimes. Embora diferentes, esses dois tipos de transtorno são ambos pensados para aumentar o medo entre os cidadãos.

1. ORIGEM

A Teoria das Janelas Quebradas ou *Broken Windows Theor*y em seu nome original, é uma teoria criminológica estadunidense, pertencente ao gênero das Teorias do Consenso e pertencente à Escola de Chicago. Teve um enorme impacto na política policial durante os anos 90 e permaneceu influente no século XXI. Baseia-se num experimento realizado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford.

Elaborada na Universidade de Stanford (EUA) e publicada na revista The Atlantic Monthly no ano de 1982 pelos criminologistas James Wilson e George Kelling, foi publicada no ano de 1982 e é fruto de um experimento bem peculiar: dois automóveis idênticos foram deixados em bairros diferentes. O primeiro automóvel, bastante avariado, foi deixado no Bronx, bairro bastante pobre de Nova Iorque, em 24 horas foi destruído. O outro carro sem nenhuma danificação foi deixado em Palo Alto, bairro nobre e tranquilo da Califórnia, permaneceu assim por duas semanas.

Se uma janela quebrada aparece em um prédio e não é consertada em breve, imediatamente o restante das janelas acaba sendo destruído por vândalos. Porque é divertido quebrar o vidro, é claro. Mas, acima de tudo, porque a janela quebrada envia uma mensagem: não há ninguém aqui para cuidar disso.

Quando uma pichação aparece em uma parede, se não for apagada em breve, toda a parede - e as das casas próximas - aparecerão cheias de pichações. Daí a importância de manter sempre a cidade limpa, as ruas em ordem, os jardins em boas condições. A polícia também sabe disso, e é por isso que é importante combater não apenas os grandes crimes, mas também as pequenas transgressões.

A mensagem é clara: uma vez que você começa a desobedecer às regras que mantêm a ordem em uma comunidade, tanto a ordem quanto a comunidade começam a se deteriorar, geralmente a uma velocidade surpreendente. Comportamentos antissociais são espalhados.

E as pessoas comuns se retiram. Muitos cidadãos pensam que o crime, especialmente o crime violento, se multiplica e, consequentemente, modificam seu comportamento. Eles usarão as ruas com menos frequência e, quando o fizerem, ficarão longe dos outros, se mudando. Para alguns, essa crescente atomização não será relevante, mas será para outros, que obtêm satisfações desse relacionamento com outros.

E isso se aplica não apenas à ordem pública, mas a muitas outras facetas da vida social. Se alguns padrões éticos são negligenciados em uma empresa, o ambiente se deteriora. Se a contabilidade for falsificada para pagar menos impostos, mentir para os funcionários é mais fácil - e também para os gerentes e proprietários. Se o que conta é a rentabilidade a curto prazo, as regras de segurança e higiene no trabalho e as de segurança do produto ou serviço são negligenciadas, as pessoas são tratadas com menos respeito, o cliente é cada vez mais um objeto e não uma pessoa cujas necessidades devem ser atendidas.

Nesses casos, nem a polícia nem os serviços de limpeza da prefeitura nada podem fazer, como foi o caso do carro abandonado, das pichações ou da sujeira nas ruas. A solução corresponde aos próprios cidadãos, sem esmagar o carro abandonado e ajudar a manter a cidade limpa. E recuperar comportamentos cívicos e morais na família, na empresa, no clube esportivo, na cidade, na mídia e assim por diante.

O suporte empírico mais forte para a teoria veio do trabalho do cientista político Wesley Skogan, que descobriu que certos tipos de desordem social e física estavam relacionados a certos tipos de crimes graves.

A priori, a conclusão poderia ser que o nível socioeconômico está diretamente vinculado a comportamentos antissociais, todavia, o experimento não estava encerrado: os pesquisadores repetiram a ação, porém, com ambos os automóveis avariados, o resultado foi surpreendente, mesmo no bairro elitizado, houve a depredação simultânea dos veículos, ou seja, o fator determinante não era a classe dos moradores, mas sim a aparência de abandono dos veículos.

Não se trata de pobreza. Obviamente, é algo que tem a ver com psicologia, comportamento humano e relações sociais.

Um vidro quebrado em um carro abandonado transmite uma ideia de deterioração, de desinteresse, de indiferença que quebra códigos de convivência, como a ausência de leis, normas, regras, pois tudo não vale nada. Cada novo ataque sofrido pelo carro reafirma e multiplica essa ideia, até que a escalada de atos, cada vez pior, se torne incontrolável, levando à violência irracional.

No mesmo sentido:

> Se apenas uma janela de um prédio fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que passassem pelo local e vissem que a janela não havia sido consertada concluiriam que ninguém se importava com isso, e que em um curto espaço de tempo todas as demais janelas também estariam quebradas, pois as pessoas começariam a jogar mais pedras para quebrar as demais janelas. Em pouco tempo, aquela comunidade seria levada à decadência. Abandonado, o local seria ocupado por pessoas viciadas, imprudentes e com tendências criminosas. A comunidade seria abandonada e tomada por desordeiros (HABIB, p. 252- 253, 2015)

Nas palavras do eminente professor Nestor Sampaio Penteado Filho:

> Nesse sentido, caso se quebre uma janela de um prédio e ela não seja imediatamente consertada, os transeuntes pensarão que não existe autoridade responsável pela conservação da ordem naquela localidade. Logo todas as outras janelas serão quebradas. Assim, haverá a decadência daquele espaço urbano em pouco tempo, facilitando a permanência de marginais no lugar; criar-se-á, dessa forma, terreno propício para a criminalidade. (PENTEADO, 2012, p. 97)

Se uma comunidade exibir sinais de deterioração e isso parecer algo que não importa para ninguém, o crime será gerado lá. Se "essas pequenas falhas" forem cometidas, como estacionar em um local proibido, exceder o limite de velocidade ou passar um sinal vermelho e essas pequenas falhas não forem sancionadas, as principais falhas começarão a se desenvolver e, em seguida, crimes cada vez mais graves. Se os parques e outros espaços públicos se deteriorarem progressivamente e ninguém agir a esse respeito, esses locais serão abandonados pela maioria das pessoas (que param de deixar suas casas por medo de gangues) e os mesmos espaços abandonados pelas pessoas., serão ocupados progressivamente por criminosos. A resposta dos estudiosos foi ainda mais forte, indicando isso; diante do descuido e da desordem, muitos males sociais crescem e o ambiente se degenera.

O defensor público federal Pedro Coelho elucida a Teoria em análise da seguinte forma:

> [...] a teoria das janelas quebradas apontava para que o Estado deveria se preocupar com a prática de todo e qualquer delito, inclusive os de pequena monta e gravidade ínfima. É que punindo de maneira "exemplar" essas pequenas infrações, o Estado denotaria para a população um estado de ordem, em contraposição à desordem. Caso contrário, não havendo punição, aquela sociedade teria o mesmo fim que a comunidade em que se localizava o prédio cuja janela não fora consertada em tempo hábil. (COELHO, 2016)

Assim, se um dos pais deixa sua casa sofrer algum dano, como falta de tinta nas paredes em mau estado, maus hábitos de limpeza, maus hábitos alimentares, palavrões, desrespeito entre os membros a partir do núcleo familiar etc, gradualmente cairá no descuido dos relacionamentos interpessoais dos membros da família e começará a criar maus relacionamentos com a sociedade em geral, e talvez algum dia eles caiam na prisão.

Essa pode ser uma hipótese da decomposição da sociedade, da falta de apego aos valores universais, da falta de respeito da sociedade entre si e das autoridades (extorsão e suborno) e vice-versa, corrupção em todos os níveis, a falta de educação e treinamento da cultura urbana, a falta de oportunidades gerou um país com janelas quebradas, com muitas janelas quebradas e ninguém parece disposto a repará-las.

Como bem preceitua o ilustre filósofo francês Michel Foucault: "A mínima desobediência é castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas" (p. 243, 2009).

2. APLICABILIDADE. Caso I – Metrô Novaiorquino

A teoria foi colocada em prática pela primeira vez em meados da década de 80, no metrô nova-iorquino, até então uma das localidades mais perigosas da cidade. Iniciou-se uma obstinada fiscalização, todos as transgressões passaram a ser reprimidas, incluindo as

menores, como jogar lixo no chão, evasões no pagamento de passagens, alcoolismo inadequado nas estações e pequenos furtos.
Essas condutas passaram a ser punidas não com pena de prisão, mas com prestação de serviços à comunidade. As pessoas foram intimidadas a obedecer à lei e, no caso de não prestação de serviços, essa conduta autorizava a prisão.
A eficácia das medias, são assim explicitadas por Penteado Filho:

> O estudo foi de extrema importância para que fosse colocada em prática a política criminal de tolerância zero, implantada pelo chefe de polícia de Nova York, Willian Bratton, que combatia veementemente os vândalos no metrô. Do metrô para as ruas implantou-se uma teoria da lei e ordem, em que se agia contra os grupos de vândalos que lavavam os para-brisas de veículos e extorquiam dinheiro dos motoristas. Essa conduta era punida com serviços comunitários e não levava à prisão. Assim, as pessoas eram intimadas e muitas não cumpriam a determinação judicial, cujo descumprimento 20 autorizava, então, a prisão. As prisões foram feitas às centenas, o que intimidava os demais, levando os novaiorquinos a acabar em semanas com um temor de anos. Em Nova York, após a atuação de Rudolph Giuliani (prefeito) e de Willian Bratton (chefe de polícia) com a "*zero tolerance*", os índices de criminalidade caíram 57% em geral e os casos de homicídios caíram 65%, o que é no mínimo elogiável. (PENTEADO, 2012, p. 100)

Caso II – Prefeitura de Nova Iorque

No ano de 1994, baseado na experiência positiva com o metrô, o prefeito de Nova Iorque, Rudolph Giuliani, aprimorou a teoria e a aplicou com máxima eficiência no Município, originou-se a atualmente denominada política de "Tolerância Zero".
O plano consistiu em criar áreas ordenadas e limpas, sendo punidas as transgressões às normas de convivência e a lei.
Sob a direção do comissário de polícia William Bratton, ele e outros estavam convencidos de que as práticas agressivas de manutenção de ordens do Departamento de Polícia da cidade de Nova York eram responsáveis pela dramática diminuição das taxas de criminalidade na cidade durante a década de 1990. Bratton começou a traduzir a teoria em prática como chefe da polícia de trânsito de Nova York de 1990 a 1992.
Esquadrões de policiais à paisana foram e, à medida que aumentavam as detenções, os crimes de metrô de todos os tipos diminuíam drasticamente. Em 1994, quando se tornou comissário de polícia de Nova York, Bratton apresentou sua "iniciativa de qualidade de vida" baseada na teoria que denomina o presente trabalho. Essa iniciativa reprimiu o comportamento desordeiro, bebida pública, prostituição de rua e lavagem de para-brisas não solicitada ou outras tentativas semelhantes para obter dinheiro de motoristas parados no trânsito.
Quando Bratton renunciou em 1996, os crimes haviam caído quase 40% em Nova York, e a taxa de homicídios havia caído pela metade.
Nesse sentido, Penteado Filho dispõe:

> Índices semelhantes foram obtidos em Los Angeles, Las Vegas e São Francisco, que, guardadas as devidas proporções, adotaram a *zero tolerance* em seus domínios, valendo ressaltar que Willian Bratton foi

> chefe de Polícia em Los Angeles por sete anos, aposentando-se recentemente em outubro de 2009. (PENTEADO, 2012, p. 100)

A política de Tolerância Zero e o seu fundamento, a Teoria das Janelas Quebradas, transformaram Nova Iorque, uma metrópole com um problema criminal endêmico, em uma das metrópoles mundiais mais seguras.

A expressão "tolerância zero" parece uma espécie de solução autoritária e repressiva, mas seu conceito principal é a prevenção e promoção das condições de seguridade social. Não se trata de linchar o criminoso, nem de arrogância da polícia; de fato, em relação aos abusos de autoridade, a tolerância zero também deve ser aplicada.

Não é tolerância zero para a pessoa que comete o crime, mas tolerância zero para o crime em si. Trata-se de criar comunidades limpas e ordenadas, respeitadoras da lei e dos códigos básicos da coexistência social humana.

3. OS AGENTES PÚBLICOS FRENTE À POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO

O artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) estabelece o rol taxativo de instituições de segurança pública com status constitucional, sendo elas a Polícia Federal (PF), Polícia Rodoviária Federal (PRF), a Polícia Ferroviária Federal (PFF), as Polícias Civis dos Estados (PC), as Polícias Militares estaduais (PM) e os Corpos de Bombeiros Militares.

Tais instituições objetivam a manutenção da ordem pública e a incolumidade dos bens jurídicos fundamentais. Cada qual abordando esse fim em ângulos distintos e complementares. Explica-se: há atividades de policiamento ostensivo inibitório de condutas ilícitas, realizados pelas PMs e a função de polícia judiciária, investigativa e repressiva realizada pelas PCs e PF. Observa-se também que há delimitação territorial quanto à área de atuação, podendo ser estadual ou federal.

Dessarte, existem outras instituições incumbidas pela preservação da segurança, como as Guardas Municipais, a Força Nacional de Segurança (ambas de natureza pública), as Forças Armadas em caráter subsidiário (hipótese de intervenção) e empresas privadas de segurança patrimonial, reguladas por lei ordinária e limitadas em sua área de atuação, haja vista ser vedada em nosso ordenamento jurídico a organização de associações de caráter paramilitar (CF/88, art. 5º, inc XVII).

Antes do desenvolvimento e implementação de várias teorias criminológicas, como janelas quebradas, os policiais tendiam a se concentrar predominantemente em crimes graves; isto é, a maior preocupação era com os crimes que eram considerados os mais graves e consequentes para a vítima, como estupro, roubo e homicídio.

Divergências políticas impedem a implementação de medidas mais rígidas, por esse ângulo, Penteado Filho afirma:

> Em contrapartida, no Brasil a criminalidade é crescente e organizada a partir dos presídios. Como se não bastasse, progridem também as medidas despenalizadoras, na contramão da história e da necessidade de maior proteção do direito à segurança da sociedade, um direito constitucional fundamental e difuso. Mais disso, na periferia dos grandes centros urbanos brasileiros predomina uma indiscutível ausência estatal e, via de regra, uma desordem crescente, formando o ambiente favorável à instalação do crime organizado, das milícias etc. Parece até que alguns penalistas brasileiros pretendem uma neoanomia do "quanto pior, melhor". (PENTEADO, 2012, p. 100).

4. CRÍTICAS

Embora seja popular nos círculos acadêmicos e de aplicação da lei, a teoria das janelas quebradas não está isenta de críticas. Uma linha de crítica é que há pouca evidência empírica de que a desordem, quando não é contestada, causa o crime. Para validar a teoria em sua totalidade, deve-se mostrar que a desordem causa medo, que o medo provoca um colapso dos controles sociais (às vezes chamado de coesão da comunidade) e que esse colapso dos controles sociais, por sua vez, causa o crime. Finalmente, o crime deve ser mostrado para aumentar os níveis de desordem.

O já mencionado cientista político, Skogan, prudentemente recomendou cautela na interpretação de seus resultados como prova da validade da teoria das janelas quebradas. Mesmo esse suporte qualificado tem sido questionado por alguns pesquisadores. Em uma reanálise dos dados de Skogan, o teórico político Bernard Harcourt descobriu que a ligação entre desordem de vizinhança e roubo de bolsa, assalto, estupro e roubo desapareceu quando a pobreza, a estabilidade do bairro e a raça foram estatisticamente controladas. Apenas a ligação entre desordem e roubo permaneceu. Harcourt também criticou a teoria das janelas quebradas por fomentar políticas de "tolerância zero" que são prejudiciais aos segmentos desfavorecidos da sociedade.

Perguntas começam a surgir sobre janelas quebradas. Desde o início, havia sinais de que algo estava errado com a bela narrativa. Harcourt, notável professor de Direito da Universidade de Columbia, ressalta que o crime caiu não apenas em Nova York, mas em muitas outras cidades onde o policiamento de janelas quebradas estava em vigor. De fato, o crime até caiu em partes do país onde os departamentos de polícia foram atolados em escândalos de corrupção e amplamente vistos como disfuncionais, como Los Angeles.

Havia muitas teorias para explicar o declínio nacional do crime. Alguns disseram que era a economia crescente ou o fim da epidemia de crack. Outros criminologistas atribuíram a diretrizes mais duras sobre sentenças.

Em 2006, Harcourt descobriu que as evidências que sustentam a teoria das janelas quebradas podem ter falhas. Ele revisou o estudo que Kelling havia realizado em 2001 e descobriu que as áreas que registraram o maior número de prisões por contravenção também tiveram as maiores quedas no crime violento.

Kelling reconhece que janelas quebradas podem não ter tido um efeito dramático no crime. Mas ele acha que ainda tem valor.

A ordem pode ser um fim em si mesma, mas vale a pena notar que essa não foi a premissa na qual a teoria das janelas quebradas foi vendida. Foi anunciado como uma maneira inovadora de controlar crimes violentos, e não apenas uma maneira de tirar mendigos e prostitutas das ruas. E apenas sete meses 28 depois de assumir novamente o cargo de chefe do Departamento de Polícia de Nova York, a política de janelas quebradas de Bratton passou por um novo escrutínio. O motivo: a morte de Eric Garner. Em julho de 2014, um espectador pegou no celular o confronto mortal entre policiais de Nova York e Garner, um afro-americano. Após um confronto verbal, os policiais atacaram Garner, enquanto o detinham com um estrangulamento, uma prática proibida na cidade de Nova York.

Garner morreu pouco depois de ser derrubado no chão. Sua morte provocou protestos maciços e seu nome agora é sinônimo de desconfiança entre a polícia e as comunidades afro-americanas.

Para Kelling, este não era o fim que ele esperava. Como pesquisador, ele é um dos poucos cujas idéias deixaram a academia e se espalharam como fogo, mas quando os políticos e a mídia se apaixonaram por sua ideia, eles a levaram a lugares que ele nunca pretendeu e não pôde controlar.

Penteado Filho, todavia, defende a teoria, dispondo que:

> Uma das principais críticas a essa teoria está no fato de que, com a política de tolerância zero, houve o encarceramento em massa dos menos favorecidos (prostitutas, mendigos, sem-teto etc.). Na verdade, a crítica não procede, porque a política criminal analisava a conduta do indivíduo, não a sua situação pessoal. (PENTEADO, 2012, p.99)

O brilhante professor, em artigo publicado para a revista jurídica Carta Forense, ainda arremata: No Brasil da "socialdemocracia", houve um enxugamento do Estado, proporcionado pela bisonha política do neoliberalismo, com o consequente sucateamento e desvalorização dos órgãos policiais (delegacias de polícia fechadas, ausência de contratação de novos policiais, péssimos salários etc), bem como pela pífia atuação na infraestrutura da sociedade. Isso tudo, aliado ao estrangulamento do mercado de trabalho, vem causando a favelização centrípeta dos grandes centros urbanos (São Paulo, Rio de Janeiro, etc.) que, uma vez deteriorados, se mostram terreno fértil à criminalidade.

5. A SOCIEDADE DO RISCO E A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

No ano de 1986, sob o contexto do desastre nuclear de Chernobyl, o sociólogo alemão Ulrich Beck publicou a obra "Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade", nas palavras do autor:

> [...] pode-se dizer que foram escritos com a mesma perspectiva de um observador do cenário social no início do século XIX, que buscasse, por trás das fachadas da era agrícola feudal e decadente, os traços que já anunciavam uma era industrial ainda inédita (BECK: 2011:11-12).

Na mencionada obra a sociedade pós-guerra é descrita como uma sociedade complexa, na qual, embora os indivíduos possuíssem condições socioeconômicos mais favoráveis do que em sociedades anteriores, ainda, amparada pela agilidade trazida pela revolução tecnológica, além de cada vez mais interdependente graças à globalização.

Entretanto, os vertiginosos avanços tecnológicos trouxeram rápidas mudanças na configuração social, o que ocasionou e ainda ocasiona um sentimento de insegurança, haja vista que estruturas seculares foram dissolvidas e as portas para um futuro.

> Assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental, e ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma nova configuração social (BECK: 2011: 12-13)

Nesse contexto, os indivíduos sentem-se inseridos em uma espiral de novidades, na qual impera a incerteza e a aparente desordem.

Partindo do pressuposto apresentado pela Teoria das Janelas Quebradas, de que a desordem aparente é fator gerador de criminalidade, a sociedade atual é terreno fértil

à delinquência. Assim, nesta sociedade de transição, a ação contundente das instâncias de controle seria um paliativo até a estabilização da ordem social.
A cada notícia de uma ocorrência criminosa as pessoas questionam a credibilidade das instituições e do arcabouço legal, bem como alimentam-se de uma nefasta crença de que a delinquência é a regra, a lealdade e correspondência das expectativas sociais a exceção.
A Teoria das Janelas Quebradas reforça a necessidade de apresentar aos jurisdicionados um cenário no qual os delitos sejam investigados e os delinquentes, punidos. Obviamente, a pretensão de eliminar o crime por derradeiro é uma utopia, entretanto, a sua redução não apenas evitará violações a bens jurídicos relevantes como assegurará a paz social, decorrentes da credibilidade dos indivíduos nas instituições e da segurança para o ser humano desenvolver o seu potencial, termos para a concretização da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o desenvolvimento e implantação dos Direitos Humanos de segunda geração, o Estado passou além de ter o papel de mantenedor da ordem pública, a função assistencialista de seu povo. Nas modernas sociedades o Estado não deve ser omisso às mazelas de seu povo, caso contrário, criar-se-ia um exército de miseráveis, pedintes e marginalizados de toda sorte, ainda maior do que os já existentes.
Wilson e Kelling tiveram uma visão diferente. Eles viam o crime grave como o resultado de uma cadeia de eventos mais longa, teorizando que o crime emanava da desordem e que, se a desordem fosse eliminada, crimes sérios não ocorreriam.
Sua teoria ainda postula que a prevalência da desordem cria medo nas mentes dos cidadãos que estão convencidos de que a área não é segura. Essa retirada da comunidade enfraquece os controles sociais que antes mantinham os criminosos sob controle. Uma vez que este processo começa, ele se alimenta. Desordem causa crime, e crime causa mais desordem e crime.
A vantagem óbvia dessa teoria sobre muitos de seus predecessores criminológicos é que ela permite que iniciativas dentro do âmbito da política de justiça criminal afetem a mudança, em vez de depender da política social. Teorias anteriores de desorganização social e teorias econômicas ofereceram soluções que eram caras e demorariam muito para se mostrarem eficazes.
A Teoria das Janelas Quebradas é vista por muitos como uma maneira de efetuar mudanças rapidamente e com um gasto mínimo, simplesmente alterando a estratégia de controle do crime da polícia. É muito mais simples atacar a desordem do que atacar males sociais tão sinistros como a pobreza e a educação inadequada.
A história de janelas quebradas ainda é uma história de fascínio por soluções fáceis e teorias sedutoras, mas além disso, pode ser um parâmetro para a reforma social.
Embora a Teoria das Janelas Quebradas seja criticada sob o argumento de fomentar a discriminação contra as camadas mais vulneráveis da sociedade, uma vez que em suas origens fomentava a punição a pequenos delitos desordeiros do metrô novaiorquino, delitos estes praticados por vândalos e indivíduos marginalizados, como por exemplo, pichações, de outra feita.
A Teoria em questão rompeu com o paradigma da vinculação dos comportamentos desviantes às populações excluídas e/ou miseráveis, uma vez que a repressão não visa

atingir somente pequenas infrações urbanas, mas igualmente delitos passíveis de serem praticados por indivíduos economicamente abastados, a saber, condutas de sonegação e desvio de pequenos valores ao fisco, recorrentes entre empresários e mitigadas pelo Princípio da Insignificância, entretanto, quando acumuladas, representam grande prejuízo aos cofres públicos.

Ainda que as janelas possam ser quebradas, elas são passíveis de reparação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. 2. Ed. São Paulo: 34, 2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/ legislacao/const/. Acesso em: 27jun2021.

COELHO, Pedro. *Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory)*. Disponível em: http://blog.ebeji.com.br/teoria-das-janelasquebradas-broken-windows-theory/. Acesso em: 29jun2021

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis, Vozes, 2009.

HABIB, Gabriel*. Leis Penais Especiais, Tomo I*. Jus Podivm. 7ª edição, 2015.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPÍTULO 33

O NOVO DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA: BRASIL *VERSUS* ESPANHA

Jessica Daiane Hendscke

1 INTRODUÇÃO

O Covid-19 – doença iniciada em Wuhan, na China em dezembro de 2019 e que, rapidamente, atingiu todos os países do mundo, causando milhares de morte foi classificada como uma pandemia. O Covid-19 é uma doença infecciosa causada pelo vírus SARS-CoV-2, denominado novo coronavírus que provoca sintomas de resfriado comum que podem agravar para infecções graves em grupos de risco, idosos e crianças (SIPIONE et al., 2020).

A pessoa infectada apresenta febre, cansaço e tosse podendo avançar para congestão nasal com grande dificuldade para respirar, dor de cabeça e no corpo, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato, erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés. Os sintomas são leves no início do contágio e tendem a se agravar. Por se tratar de um novo vírus, segundo Boletim Epidemiológico nº 01, a vigilância epidemiológica que se atenta a observação, registro e identificação de fatores de transmissão de casos suspeitos de infecção de Covid-19 foram sendo construídos a medida que a Organização Mundial da Saúde consolidava as informações dos países afetados, e, a partir das evidências técnicas/científicas que eram publicadas. Assim, a pandemia exigiu a implementação de restrições para impedir uma maior disseminação do vírus (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

As medidas restritivas foram acirradas no Brasil a partir de março de 2020 quando surgiram os primeiros casos da doença no país com o pedido para que a população permanecesse em casa, uso de máscaras, fechamento dos comércios, redução da carga horária de trabalho e paralisação de atividades que ocasionam aglomerações como forma de minimização dos casos de Covid-19, tendo como ação mais impactante o isolamento social (ANDRADE, 2021).

Entre as medidas iniciais de prevenção do Covid-19 em ambientes empresariais, as empregas tiveram, obrigatoriamente, que observar as normas de saúde, higiene, segurança do trabalho a fim de evitar o referido contágio da doença. As estratégias adotadas foram o uso de máscaras, disponibilização de álcool gel tanto para funcionários como para consumidores, aferição da temperatura corporal, dispensa de funcionários com sintomas de gripe, distanciamento das estações de trabalho. A pandemia vem produzindo repercussões não apenas de ordem médica e epidemiológica, mas também repercussões e impactos sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos sem precedentes na história recente das epidemias (AMITRANO; MAGALHÃES; SILVA, 2020).

A necessidade de ações para contenção da mobilidade social como isolamento e quarentena, com várias medidas legislativas focadas ao combate da pandemia, levam às implicações éticas e de direitos humanos que merecem análise

crítica. Nesse sentido, algumas medidas legislativas dos países afetados pela doença foram empregadas com os objetivos de dirimir os prejuízos causados pela emergência de saúde pública, proteger a economia a e proteger os empregos.

Assim, este estudo tem por objetivo tratar do novo direito do trabalho em tempos de pandemia fazendo uma comparação entre os países Brasil e Espanha.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O estudo pretende analisar relações de trabalho impostas e flexibilizadas pela legislação do Brasil e Espanha a partir da ocorrência da pandemia do Covid-19 com a perspectiva de estabelecer uma análise comparativa dos aspectos jurídicos de ambos países.

Os procedimentos deste estudo evidenciam pesquisa bibliográfica, abrangendo a bibliografia já tornada pública em relação ao tema abordado (LAKATOS; MARCONI, 2017), com a pretensão de propor uma metodologia fundamentada na pesquisa do assunto, procurando evidenciar o que a literatura científica, os ambientes eletrônicos e a própria legislação indica como estratégias tomadas para redimir os efeitos negativos da pandemia no ambiente de trabalho.

A técnica de coleta de dados foi realizada com revisão de literatura baseada, principalmente, em bibliografia virtual do Brasil e da Espanha de autores sobre o assunto. Este tipo de pesquisa permite conhecer a variável de estudo tal como se apresenta, seu significado e o contexto onde ela se insere.

Os critérios de inclusão dos estudos para a pesquisa seguiram algumas características previamente estabelecidas como:

I) veículo de publicação: optou-se por periódicos indexados, haja vista que são órgãos de maior publicação e de fácil acesso para os pesquisadores, respeitando assim, a qualidade científica e regularidade de publicação;

II) modalidade de produção científica: foram incluídos trabalhos originais relacionados à temática abordada nos artigos devendo estes apresentar referência aos assuntos: direito, trabalho, saúde, Covid-19 e sociedade.

Dentro desta amostra, foi realizado um procedimento de análise dos temas escolhidos, que significou: a organização das informações encontradas através da leitura de cada publicação, compreendendo as principais ideias expostas para contribuição da pesquisa. A seleção das publicações deu-se a partir de uma leitura prévia dos resumos anexados.

Os critérios orientadores para a aceitação ou exclusão dos documentos seguiram alguns quesitos respeitados na análise, devendo estar relacionados aos aspectos das relações de trabalho em tempos de pandemia Covid-19. Primeiramente verificou-se se o documento correspondia ao pretendido para a pesquisa, caso não se enquadrasse na temática proposta, estes estudos eram descartados a partir da leitura do título e posteriormente, de maneira mais completa pela leitura criteriosa do resumo.

3 DISCUSSÃO

Devido a pandemia Covid-19, foram tomadas medidas legislativas para

proteger a economia a e proteger os empregos e diminuir os prejuízos causados pela emergência de saúde pública. No Brasil, especificamente em relação aos vínculos trabalhistas, foram previstas medidas como teletrabalho, antecipação de férias e de feriados, bem como a redução da jornada de trabalho, suspensão do contrato de trabalho mediante acordo individual.

No Brasil, a lei que regulamenta o direito dos trabalhos e funcionários públicos em geral que adquiriram o direito de ficar em casa no tempo de pandemia ou de trabalhar a distância, ou seja, remotamente estabelece que as pessoas que traziam comorbidades ou que apresentavam alto risco a sua saúde o afastamento das atividades laborais era obrigatório. Brasil, assim como a Espanha decretaram calamidade pública.

A primeira ação voltada a proteção das relações de trabalho em tempos de pandemia no Brasil foi a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, que estabelece a flexibilização das regras trabalhistas para garantia de permanência do vínculo empregatício. Esta Medida Provisória possibilitou a adoção de acordos individuais por escrito entre empregado e empregador e estabelecimento do teletrabalho, banco de horas negativo, antecipação de férias individuais e a antecipação dos feriados civis e religiosos.

O acordo individual entre empregado e empregador possibilitou a adoção do teletrabalho no qual o trabalhador prestaria serviços ao empregador, mas de forma a distância, no qual a jornada de trabalho funcionário seria monitorada pelo tomador de serviços a partir da efetiva entrega dos serviços prestados (BRASIL, 2020a).

De forma similar, a Espanha teve que adotar medidas adotadas pela constituição espanhola de 1978 em que seu Art. 86 incisos I disciplina que no caso de situação de necessidade extraordinária o governo poderá emitir disposições legislativas provisórias que assumirão a forma de Decreto Lei, por meio do Decreto Real nº 463 de 14 de março de 2020 que declarou estado de alarme para situação de saúde causada pelo Covid-19. Assim, o Decreto Lei Real n. 8 de 17 de março de 2020 estabelece as medidas de redução e suspensão da jornada e com isso, impedia a demissão dos funcionários. Aqueles que eram afetados pela redução da jornada e outros que optavam pela suspensão recebiam uma ajuda de custo denominada prestação contributiva por desemprego. As pessoas que iriam receber esta ajuda de custo deveriam efetivar um requerimento estabelecido pelo referido Decreto Real. A referida suspensão dos contratos de trabalho irão interromper a sua duração (PEREIRA, 2021).

Ainda na Medida Provisória nº 927 em seu § 6 do Art. 2 prevê a possibilidade do empregador mediante acordo individual tratado com o empregado conceder antecipação das férias de períodos aquisitivos futuros, ou seja, períodos aquisitivos que sequer se iniciaram. Este prolongamento das férias individuais mostra-se totalmente compatível com a necessidade de saídas jurídicas para a prevenção dos empregos e da renda dos trabalhadores no Brasil. Já referente ao banco de horas especial o instituto armazenava as horas trabalhadas adicionais pelo trabalhador sendo, posteriormente, convertidas em férias (BRASIL, 2020a).

O banco de horas especial consistia na possibilidade do empregador promover estratégias de compensação em período mais extenso que o tradicional, ou seja, a compensação semanal. E foi instituída no Brasil em momento de grave crise econômica e mundial, no ano de 1998, com a reforma trabalhista, o legislador inovou acrescentando ao Artigo 59, § 5 que possibilitou a pactuação do banco de horas, mas com o Covid-19 veio a referida Medida Provisória nº 927 que prevê em seu Caput que

durante o período da calamidade pública, fica autorizada a interrupção das atividades pelo empregador e foi constituído em regime especial para compensação da jornada por meio do banco de horas em favor do empregado ou do empregador estabelecendo por meio de acordo coletivo ou individual informal. Este acordo pode ser firmado por escrito, mesmo que seja no plano individual, por outro lado por se tratar de um acordo coletivo de trabalho pode ser adequado à negociação conforme a realidade das empresas (SOUZA JUNIOR, 2020).

Na Espanha, uma das medidas provisórias articuladas pelo governo espanhol foi a medida dar tratamento legal às relações de empregos existentes que ficaram prejudicadas por conta da pandemia. Neste sentido, foi estabelecido o Decreto Lei Real n. 8 de 17 de março de 2020 para enfrentar o impacto econômico social que estabelece em seu Art. 22, inciso II que cabe as empresas decidir suspender contratos ou reduzir temporariamente dia útil. O horário de trabalho previsto neste artigo, deve ser verificado pela autoridade trabalhista, independentemente do número de trabalhadores afetados (ROCHA, 2020).

No Brasil, a Medida Provisória nº 927 estabeleceu ainda a antecipação das férias e feriados foram também adotadas como medidas de prevenção para diminuir o contágio da doença e evitar a aglomeração de pessoas. Estas férias individuais e coletivas ocorreram da seguinte forma: o trabalhador obteve o gozo das mesmas, ainda que, efetivamente, não as possuía perante a lei pelo não cumprimento do tempo mínimo de trabalho para usufruir do direito. Inclusive, para aqueles empregados que estavam em regime de contrato de experiência. A antecipação de feriados foi uma medida instituída pelo governo no qual houve a antecipação dos mesmos, tanto os feriados municipais como os feriados estaduais do Brasil com a finalidade de prevenção da ocorrência da doença, adotados por alguns estados e municípios (BRASIL, 2020a).

A Medida Provisória nº 927 trouxe como regulamentação a alteração do regime do trabalho presencial para o teletrabalho enquadrada no Art. 75 § II da CLT[ii] no qual estabeleceu o prazo de 15 dias para referida alteração do contrato de trabalho, mas o § II do Art. 4 da CLT diminuiu o prazo para apenas 48 horas. Isso se dá pelo fato de que muitas empresas já haviam adotado este regime mesmo antes da edição da MP (SOUZA JUNIOR, 2020).

Semelhante modo, na Espanha o Decreto Lei Real n. 8 de 17 de março de 2020 implementa o teletrabalho em todas as atividades em que for possível e protege da demissão imotivada todos os empregados afastados para o cuidado se seus familiares (ESPANHA, 2020). Portanto, conforme mencionado na norma, para suspensão do funcionamento da empresa ou a redução da jornada de trabalho, deve se aplicar a força maior neste sentido (IPEA, 2020).

Na lei brasileira, os regimes de telemarketing estão regulamentados nos termos do Art. 4, § I da Medida Provisória nº 927 que regulamentou esta função para o trabalho remoto, ou seja, a distância que possibilitou essa prestação de serviço de forma parcial ou totalmente fora das dependências da empresa, utilizando tecnologias de informação ou comunicação, que por sua natureza, não configuram um trabalho externo, aplicável no Art. 62 da CLT. Por este motivo, a medida provisória cuidou, expressamente, no seu Art. 33 que não se aplicava aos trabalhadores em regime de teletrabalho conforme disposto na própria Medida Provisória, as regulamentações de trabalho em teleatendimento e telemarketing se encontram disciplinadas na própria CLT (Art. 227 a 231) (SOUZA JUNIOR, 2020).

No Brasil, o contrato de trabalho era suspenso por acordo individual entre empregado e empregador, ou seja, eles poderiam estipular regras de comum acordo que fossem benéficas a ambos, conforme estabelecido pela Medida Provisória nº 936 de 1 de abril de 2020. Porém, em se tratando de trabalhador que apresenta uma comorbidade que possa colocar em risco a sua saúde, essa suspensão contratual seria de forma aquisitiva por um período de 120 dias, pelo fato de não poder exercer sua atividade em teletrabalho ou em *home office* (BRASIL, 2020c).

A Medida Provisória nº 927 deu o pontapé inicial para o novo direito do trabalho em decorrência do Covid-19 no Brasil, a mesma regulamentou as questões de redução de jornada, antecipação de férias, feriados nacionais e religiosos e o banco de horas. Apesar de ter sido muito importante, esta medida teve eficácia por 120 dias e foi extinta em 19 de julho de 2020.

Outra ação jurisdicional muito importante no Brasil no período de pandemia Covid-19 foi a Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020 que estabelece medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, que corresponde a suspensão de prazos processuais criminais e civis, ou seja, a mesma permite que a pessoa que tiver um processo em andamento no judiciário este permanecerá engavetado em favor dos acusados, no prazo que se estendeu até o dia 31 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020b).

Já a Medida Provisória nº 944, de 3 de abril de 2020 é um programa de suporte a empregos que se configura em linhas de crédito emergencial para empresas com o objetivo de custear total ou parcialmente o pagamento de folha salarial de seus empregados. Conforme o Art.1 da referida medida: poderiam solicitar esta linha de crédito especial os empresários ou empresas cooperativas, as empresas de pequeno e médio porte com a receita bruta anual em 2019 superior a 360 mil e até 10 milhões de reais. Esta linha serve para totalidade da folha de pagamento do contratante para o período de até dois meses, limitados ao valor correspondente a até dois salários mínimos por empregado, não poderiam ser utilizados estes recursos para nenhuma outra finalidade (BRASIL, 2020d).

Da mesma forma que no Brasil, o governo espanhol criou algumas medidas como o objetivo de garantir os empregos, neste sentido foi estabelecido no Decreto Lei Real n. 8, já anteriormente citado, mais especificamente no seu Art. 29 que são medidas financeiras concedidas pelo ministério de Assuntos Econômicos e Transformação Digital por meio de estabelecimentos financeiros. O texto normativo traz expressamente que o ministério pode conceder garantias no valor máximo de 100 milhões de euros. Desse modo, conforme se extrai do informe da comissão, quanto a ideia de auxílio estatal, tratando do funcionamento da União Europeia define auxilio econômicos às empresas no Art. 107, incisos I e II alínea *b*. Destarte que o governo espanhol prevê a concessão destes auxílios pela União Europeia para as empresas em solo Espanhol sempre como garantia de caráter excepcional, visto que os auxílios governamentais podem quebrar isonomia entre as empresas e, por consequência, a livre concorrência (ESPANHA, 2020).

No Brasil, a Medida Provisória nº 946, de 7 de abril de 2020 estabeleceu a autorização temporária que extinguiu o fundo PIS/PASEP[ii] instituída pela Lei Complementar n. 26 de 11 de setembro de 1975 e transferiu seu patrimônio para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS[ii]) ao contrário do que possa parecer, este benefício não foi extinto, meramente foram transferidos os fundos do patrimônio acumulados nas contas individuais dos participantes do PIS. Por consequência desta

transferência para o FGTS de que trata esta MP este fundo de garantia por tempo de serviço poderia ser antecipado aos empregados aqui no Brasil (BRASIL, 2020e).

No Brasil o funcionário suspenso devido a pandemia (força maior) que não tivesse alcançado o período mínimo de carência para aquisição do direito ao seguro desemprego, não teria direito ao mesmo. Enquanto que na Espanha o funcionário, apesar de não ter completado o tempo de carência para o recebimento do seguro desemprego, adquiria o gozo do recebimento, fundamentado no Expediente de Regulação Temporal de Emprego - ERTE[ii] (PEREIRA, 2021).

Diferente do Brasil o governo espanhol regulamentou os trabalhadores da área agrícola dando suporte de garantia de emprego aos mesmos, fato especialmente adverso em períodos de colheita de safra quando a ampliação da demanda por mão de obra temporária. Que pretende proporcionar formas para estabelecer os ganhos do trabalhador rural e manutenção da normalidade da cadeia de produção de alimentos de forma que haja um equilíbrio entre a mão de obra e a necessidade de desenvolvimento de atividades no campo, de forma que não haja perdas no campo e nem prejuízos para estes trabalhadores (IPEA, 2020).

Outra medida estabelecida regulamenta que profissionais autônomos que tiveram que fechar seu pequeno negócio ou que tiveram queda de 75% do seu faturamento terão direito de receber uma prestação extraordinária. Inclusive, previu proteção com benefícios específicos aos trabalhadores com contratos a termo ou tempo parcial. O governo forneceu para os trabalhadores autônomos que tiveram as atividades profissionais suspensas em decorrência das medidas de política de saúde, o pagamento de uma renda mínima mensal (PEREIRA, 2021).

No Brasil a questão dos trabalhadores autônomos Lei nº 13.982/2020 que estipulou o pagamento de auxílio emergencial no valor de R$ 600,00, a ser pago durante três meses a contar da publicação da referida lei, mas os beneficiários do auxílio emergencial precisavam cumprir com os seguintes requisitos: ser maiores de 18 anos, não ter emprego formal ativo, inclusive com qualquer espécie de relação jurídica prestacional com a administração pública, ter renda familiar mensal não superior a meio salário mínimo e renda mensal familiar mensal total não superior ao triplo do salário mínimo, contribuintes individuais autônomos ou facultativos para o regime geral da previdência social.

Em relação aos trabalhadores autônomos, a Espanha evidenciou medidas mais contundentes para proteção dos indivíduos, no qual os trabalhadores autônomos tiveram o direito ao recebimento de uma renda mínima mensal paga pelo governo. Tal medida beneficiou os profissionais que tiveram suas atividades suspensas em decorrência do Covid-19 e pelas medidas da política de saúde adotadas. Na Espanha, o valor do benefício pago foi equivalente à média dos últimos doze salários de contribuição em período imediatamente anteriores à suspensão da atividade profissional. No entanto, o benefício poderia ser extinto em caso do recebimento de outro benefício agraciado pelo sistema de seguridade social (IPEA, 2020).

A partir da análise comparativa dos arranjos constitucionais efetivados pelo Brasil e pela Espanha no período de pandemia pode-se perceber que ambas as nacionalidades estabeleceram, adaptaram e flexibilizaram instituições legais e medidas para o enfrentamento da pandemia Covid-19 como forma de proteger a população dos países, especialmente para a população mais pobre ou em situação de maior risco de contaminação.

Portanto, apesar de pequenas disparidades entre as instituições legais dos dois países no cenário de incertezas frente a pandemia, pode-se afirmar que ambos propuseram alternativas emergenciais eficazes para preservar o bem-estar da população, quando analisadas as relações de trabalho. Isso demonstra que tanto Brasil como Espanha congregaram forças visando a manutenção do coletivo e as condições de trabalho em tempos de instabilidade em seu território, beneficiando a população trabalhadora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando analisados os arranjos jurídicos efetivados no Brasil e na Espanha durante a pandemia Covid-19 que se referem as relações de trabalho percebe-se que houve a preocupação dos legisladores no sentido de beneficiar os trabalhadores e pequenos empresários na manutenção das atividades laborais com o intuito de preservar a economia da nação.

O conjunto de medidas adotados em ambos países privilegiou a proteção dos indivíduos mais vulneráveis que participam do sistema econômico dos países. As medidas tiveram como finalidade trazer o equilíbrio para a economia e com isso reestabelecer os empregos e o bem-estar dos indivíduos tanto do Brasil como da Espanha.

Desta forma, foi possível concluir neste período de pesquisa fazendo levantamento entre Brasil e Espanha em relação ao Novo Direito do Trabalho tiveram leis em comum e outras que foram mais específicas na Espanha. Essas referidas normas vieram para regulamentar o regime de trabalho tanto para empregados como para empregadores visando o enfrentamento da situação indesejada provocada pela pandemia Covid-19.

REFERÊNCIAS

AMITRANO, C.; MAGALHÃES, L. C. G.; SILVA, M. S. **Medidas de enfrentamento dos efeitos econômicos da pandemia COVID-19**: panorama internacional e análise dos casos dos Estados Unidos, do Reino Unido e da Espanha. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2020.

ANDRADE, M. A. C. **Máscaras cobrem o rosto, a fome desmascara o resto**: Covid-19 e o enfrentamento à fome no Brasil. Maio/2020. Disponível em: <preprints.scielo.org> scielo›preprint›download>. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2020/lei/.../.htm>. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1, edição 55-L, extra p. 1. 2020a.

BRASIL. **Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência

de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Brasília: PR, 2020b.
BRASIL. **Medida provisória nº 936, de 01 de abril de 2020**. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1, edição: 63-D, extra p.1. 2020c.
BRASIL. **Medida Provisória nº 944, de 03 de abril de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 03 abr. 2020d
BRASIL. **Medida Provisória nº 946, de 07 de abril de 2020.** Extingue o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, transfere o seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 07 abr. 2020. Disponível em: <https://legislacao. presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=946&ano=2020/..../>. Acesso em: 31 mar. 2021e.
BRASIL, Ministério da Saúde Secretaria de Atenção Especializada à Saúde (SAES). **Protocolo de Manejo Clínico para o Novo Coronavírus (2019-nCoV).** 2020. Disponível em:<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/11/protocolomanejocoronavirus. pdf>. Acesso em 18 nov. 2021.
ESPANHA, **Decreto-lei real 8/20, de 17 de março, sobre medidas urgentes extraordinárias para enfrentar o impacto econômico e social da COVID-19.**Chefe de Estado. Diário Oficial do Estado (BOE) Madrid. N. Boletim 73. p. 25873-25874. 2020.
MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
MINISTÉRIO DA SAÚDE - Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico nº 01.** Doença pelo Novo Coronavírus 2019 - COVID-19. Boletim Epidemiológico – COE COVID-19. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/ 04/Boletim-epidemiologico-SVS-04fev20.pdf>. Acesso em 18 nov. 2021.
SIPIONI, M. E.; RIQUIERI, M. R. L.; BARBOSA, J. P. M.; BISCOTTO, D. B.; SARTI, T. D.; ROCHA, T. S. O ingresso mínimo vital na estrutura de proteção social da Espanha após a pandemia de Covid-19**. Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 994-1019, set./dez. 2020.
SOUZA JUNIOR, A. U. de; GASPAR, D. G.; COELHO, F.; MIZIARA, R. **Direito do Trabalho de Emergência**: Impactos do Covid-19 no Direito do Trabalho. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
PEREIRA, L. **O novo Direito do Trabalho em tempos de Pandemia**. Módulo Internacional da Universidade de Santiago de Compostela; (Material da Disciplina de Direito do Trabalho). 2021.

CAPÍTULO 34

A COBRANÇA DOS JUROS COMPOSTOS NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO EM CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DIREITOS

João Carlos Pergola Orenstein Filho

INTRODUÇÃO

Introduzido pela Constituição Federal de 1988, o artigo 6º, que é uma cláusula pétrea, trata do direito social à moradia a todos os brasileiros, sem distinção. Tal previsão teve como base, primeiramente, na Declaração Universal de Direitos Humanos, especificamente em seu artigo 22, tratado como direitos de 2ª geração que está intimamente ligado em condições de igualdade a todos os seres humanos.

Após, com a criação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), introduzido no Brasil pelo Decreto 591 de 1992[ii], que ampliou o rol dos direitos econômicos, sociais e culturais determinados pela Declaração Universal de Direitos Humanos, foram determinadas obrigações legais dos Estados-membros e permitiu a responsabilização de seus signatários em casos de violações dos direitos mencionados.

Assim, dentre todos os direitos previstos no PIDESC, especificamente objeto de estudo deste artigo, o direito social à moradia dependeu de criação de uma legislação específica acerca do tema, bem como adotar todas as medidas e esforços para o progresso de todos os direitos nele reconhecidos.

Para tanto, como uma das forma de facilitar o direito social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal, criou-se a lei 4.380/64, a lei do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), que teve por objetivo uma criação de linha de crédito imobiliário que visa atender a população menos favorecida financeiramente, pois os imóveis sujeitos a tal tipo de financiamento não poderão extrapolar o limite de preço estabelecido pelo Estado. Em outras palavras, se trata da criação de um método de financiamento para que a população que não tenha sua moradia possa alcançar sua propriedade de forma facilitada e com taxa de juros abaixo do que geralmente é cobrado pelos bancos, ou seja, abaixo de 1% ao mês e abaixo de 12% ao ano. Isso faz com que haja uma facilidade de acesso pela população com menor poder aquisitivo em conquistar sua moradia, tratando-se de um instrumento fundamental.

Contudo, a lei do SFH foi alterada pela lei 11.977 de 2009, que dispõe acerca do programa Minha Casa, Minha Vida. Ela inseriu os artigos 15-A e 15-B na lei 4.380/64, que permite a capitalização dos juros de maneira expressa sobre os financiamentos habitacionais, fazendo com que o preço a ser pago por aquele que contrai o financiamento pague valores bem superiores com relação aos juros simples, como era antes da alteração.

Nesse caso, a lei do SFH confronta normas constitucionais, que serão demonstradas no decorrer deste artigo, quando prevê expressamente a possibilidade da capitalização dos juros nos financiamentos habitacionais, desrespeita o que foi amplamente estabelecido

em normais de Direitos Humanos, bem como desestimula a aquisição da moradia aos brasileiros pelo financiamento que deveria cumprir sua função anteriormente estabelecida, pois a medida dificulta ainda mais a aquisição, diante do alto preço a ser pago pela moradia.

Se o direito social à moradia é previsto em no ordenamento jurídico brasileiro, previsto em normais de Direitos Humanos que o Brasil faz parte, que obriga o Estado-membro a criar normais que facilitam o acesso, tudo aquilo que seja inerente ao direito de propriedade/moradia é um direito social. Assim, onerar e dificultar a aquisição da moradia às pessoas, bem como maltratar regras estabelecidas na Constituição Federal e Tratados Internacionais fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para que a situação não ocorra, necessário é que aquele interessado recorra ao Poder Judiciário para que seja feito o controle de constitucionalidade acerca do toma e que sejam respeitadas todas as normas existentes.

1. DIPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 192 acerca do capítulo do sistema financeiro nacional[ii]. Como forma que atende as disposições acerca do PIDESC quanto à facilitação do direito social à moradia e o que nele esteja inerente, tal como o financiamento habitacional, especificamente, o dispositivo estabelece que o sistema financeiro nacional deverá promover o desenvolvimento equilibrado do país, deve servir aos interesses da coletividade, bem como será regulada por leis complementares (grifamos).

Em um primeiro momento, com a criação da lei 4.380/64, lei do Sistema Financeiro Habitacional foi criada com o intuito de, além de um direito social à moradia, também de dimensão de direito fundamental da população brasileira. Há uma obrigação ao Estado pela realização de atividades positivas que deverão assegurar tais direitos, bem como uma forma de igualar situações das pessoas que estejam vivendo de forma desigual. Trata-se do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, I, da Constituição Federal[ii].

Se o intuito da criação da lei do SFH era uma estimulação estatal à população de renda menos favorecida em adquirir sua moradia, tratado como um direito social, a previsão da capitalização dos juros demonstra que existe uma desigualdade existente, pois aquele cidadão com menos condições terão ainda menos possibilidades de exercer tais direitos. Como poderão pagar as parcelas mensais cobradas pelos bancos de forma capitalizadas? É uma maneira desigual de desestimular o cidadão brasileiro de adquirir sua moradia, pois não conseguirá arcar com tais despesas, como melhor será demonstrado adiante e capítulo próprio acerca da forma de amortização dos juros.

Nesse entendimento, no sentido de que o Estado deve atender todo disposto nos tratados internacionais sobre direitos sociais, especialmente à moradia, que é objeto deste estudo, o artigo 21, XX, da Constituição Federal dispõe que deverá a União desenvolver diretrizes necessárias para o desenvolvimento urbano adequado, especialmente no que se refere à habitação e moradia[ii]. Para tanto o Estado deverá sempre garantir todas as condições mínimas e dignas para sobrevivência. Em contrapartida, o que deveria ser facilitado irá onerar aquele que pagar juros compostos em um financiamento que deveria ser da forma de estímulo na aquisição da habitação.

Para afirmar tais alegações, conforme o artigo 192 da Constituição Federal demonstrado no primeiro parágrafo deste capítulo estabelece três pilares para a estruturação do sistema financeiro nacional:

a) a primeira delas é o fato de que o sistema deverá promover o desenvolvimento equilibrado do país. Nesse sentido, a lei que regula o SFH quando prevê a possibilidade de capitalização de juros em financiamento deixa de promover tal equilíbrio quando tal forma de amortização faz com que aquele que deva pagar as parcelas não consiga cumprir com sua obrigação. Onerar excessivamente o devedor é uma forma ampla de desequilíbrio contratual entre aquele que poderá exercer um direito de moradia e ao banco que lucra com os juros recebidos;

b) a segunda é que o sistema deve servir aos interesses da coletividade. O simples fato de haver incidência de juros compostos faz com que não exista um interesse coletivo na concessão de crédito pelo financiamento do SFH. Tal forma de amortização atende somente aos interesses dos bancos que lucram muito de um lado, enquanto acarreta em um empobrecimento daquele que contraiu a dívida para aquisição de sua moradia;

c) a terceira, talvez o requisito mais importante, é o fato de o sistema financeiro nacional exigir a criação de Leis Complementares acerca da matéria. Nota-se que a lei 4.380/64 é uma Lei Ordinária que trata de matéria bancária, sendo uma norma jurídica que não respeitou o que dispõe a Constituição Federal. Vale dizer que há um vício de formalidade na criação da lei do SFH, sendo que as Leis Complementares exigem que para sua aprovação é necessário um quórum de aprovação de maioria absoluta, ou seja, aprovada por mais da metade dos membros do Congresso Nacional e tratada de matérias específicas. Já as Leis Ordinárias exige-se a aprovação da maioria simples, ou seja, mais da metade dos presentes do Congresso Nacional e exigida de forma residual, quando a matéria não ser específica de lei complementar.

Diante de tais pilares, nota-se que o terceiro deles, a exigência de criação de Lei Complementar em matéria de lei que dispõe sobre o sistema financeiro nacional, em especial a lei do SFH, há um estampado vício de formalidade em tal lei que é Ordinária. Ou seja, além de haver um desestímulo populacional na aquisição da moradia diante da previsão de cobrança de juros compostos nos financiamentos habitacionais, existe uma afronta ao que dispõe todas as normas de Direitos Humanos, em especial ao PIDESC que estabelece a obrigação do Estado-membro em facilitar o alcance dos direitos sociais neles dispostos, bem como uma afronta à norma constitucional, tanto no disposto do artigo 192, quando principalmente em não atender todas as disposições do direito social à moradia. Tal forma de amortização se distancia completamente dos objetivos criados pela lei do SFH que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Não menos importante, o tema da capitalização dos juros tomou grandes proporções e foi fortalecido com a edição da Medida Provisória 2.170-36 de 2001, artigo 5º[ii], quando permite a capitalização dos juros em qualquer periodicidade, ou seja, de forma anual, mensal ou diária sobre as parcelas a serem pagas por quem contraiu financiamento imobiliário ou qualquer outra espécie de concessão de crédito. Ainda vigente e em discussão perante os Tribunais Superiores, os bancos se baseiam nela para a cobrança e legalidade dos juros compostos. Contudo, nota-se que há mais um vício de criação quando à capitalização dos juros, pois, conforme o que é disposto no artigo 62, §1º, III da Constituição Federal, que é vedada a edição de Medida Provisória sobre matéria

reservada a Lei Complementar, lembrando que o artigo 192 é expresso pela forma de criação.
Ainda sobre o tema da Medida Provisória 2.170-36 de 2001, há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.316 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento. Já existem entendimentos que a MP é inconstitucional[ii]. Há, também, um Recurso Extraordinário de nº 592.377/15 que entende que a MP é constitucional, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que o debate seria somente acerca da urgência e relevância na época da edição dela. Não houve debate sobre a matéria que é discutida ainda em outra via[ii].
Nota-se, portanto, que mesmo diante de tantas afrontas às disposições do que preveem os direitos humanos e em nossa Constituição Federal acerca do tema, os bancos ainda praticam descaradamente a forma composta de amortização de juros de financiamento, especialmente a do SFH, e não atende o que dispõe para alcance da população ao direito social de moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal. A única maneira de fazer com que as disposições sejam atendidas é recorrer ao Poder Judiciário para revisão dos contratos que possuem as cláusulas nesse sentido, ou até mesmo a revisão desses instrumentos que não possuem a expressa previsão e mesmo assim os bancos cobram os juros abusivos. Caso não seja dada efetiva solução pelo Poder Judiciário quanto a essa questão, a última forma seria recorrer às Cortes Internacionais para que intervenham e deem uma solução.

2. DOS PRECEDENTES VINCULADOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em matéria de direito bancário, exclusivamente quando às revisões contratuais que versam sobre a incidência de juros simples e juros compostos, há diversos precedentes dos Tribunais Superiores nesse sentido, sendo que um deles entende pela possibilidade da aplicação do anatocismo e outro entende de forma contrária, como melhor se verificará adiante.
Nelas, destacam-se os precedentes mais importantes:

a) QUANTO AO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes de mais nada, vale demonstrar que o STJ entende que é lícita a cobrança de taxas de juros superiores a 12% ao ano (Súmula 382), seja ela incidida por juros simples ou juros compostos, desde que respeitado o que dispõe o que o Banco Central nesse sentido quando aos seus limites.
A Súmula 539[ii] do STJ dispõe que é lícita a incidência de juros compostos nos contratos bancários, atendidos seus requisitos essenciais, desde que seja expressamente pactuado entre as partes, ou seja, desde que tenha cláusula nesse sentido.
De tal forma, a Súmula 541[ii] estabelece que caso haja previsão contratual de taxa de juros que supera 12 vezes a taxa mensal haverá incidência de juros sobre juros.

Tais súmulas acima descritas geraram tamanho desconforto, pois restou lacunas quanto às expressões de expressa pactuação e até mesmo quando à taxa anual que supera 12 vezes a taxa mensal. Assim, por meio de um Recurso Especial Repetitivo de nº 1.388.927/SC, o STJ deixou acertado que o alcance das expressões utilizadas nas Súmulas 539 e 541, entendendo que "expressamente pactuado" significa dizer que no contrato é necessário que apareça expressões como "juros sobre juros", "juros compostos", "juros capitalizados, "anatocismo" ou qualquer outra expressão dê o mesmo sentido. Caso não haja qualquer cláusula que não preveja quaisquer dessas expressões, entende-se que houve maltrato das respectivas súmulas, bem como do referido Recurso Especial, autorizando, assim, somente a incidência de juros simples.
É extremamente comum que nos contratos bancários em geral, sejam eles de qualquer natureza, que não tenham tais expressões, fazendo com que aquele que deva arcar com os pagamentos possa acionar o Poder Judiciário para que cláusulas sofram revisão.

b) QUANTO AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já o STF sempre caminhou de entendimento diverso do STJ, pois entende que a incidência de juros compostos é proibida.
A Súmula 121[ii] dispões é que vedada a cobrança de juros capitalizados em um contrato bancário, ainda que haja expressa pactuação entre os contratante.
É certo que tal súmula é de entendimento mais antigo com relação aos precedentes do STJ, mas ainda está em vigor. Possível é que aquele interessado em recorrer ao Poder Judiciário para que seu contrato seja revisto, invoque a referida Súmula 121 como tese, ainda que haja conflito entre os tribunais.
Sabe-se que o STF dificilmente julgará as ações que até lá chegarem contra seu próprio entendimento, ficando a critério do interessado.
De outro lado, a Súmula 596 do STF entende da mesma forma que STJ no sentido de que é lícito aos bancos públicos e privados cobrarem taxas de juros acima do limite estabelecido. Ou seja, é permitido que a taxa de juros mensais possam ser acima de 1%, bem como a taxa anual possa ser acima de 12%, sempre obedecendo ao que o Banco Central estabelece como limite.
Vale dizer que não deve ser confundido a diferença de uma revisão contratual quando à taxa mensal ou anual estabelecida e a forma de cobrança (juros simples e juros compostos). É certo afirmar que se forem comparados contratos com mesma taxa de juros acima de 1% ao mês ou 12% ao ano, sendo um de incidência de juros simples e outro de juros compostos, o contrato mais oneroso será o segundo.
E se um contrato que versar sobre juros compostos tiver taxa mais baixa do que um contrato que versar sobre juros simples com taxas mais altas? Tudo dependerá de perícia para demonstrativos dos respectivos cálculos, mas será bem provável que o instrumento que tiver incidência de juros simples seja menos oneroso, ainda que tenha taxa de juros maiores com relação ao outro exemplo dado.

3. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA FORMA DE AMORTIZAÇÃO DOS JUROS

Para somente que seja demonstrada a diferença entre a forma de amortização dos juros em contratos bancários, em especial à lei do SFH, os juros compostos e juros simples possuem metodologias diferentes de aplicação e incidência.

Primeiramente, os juros consistem em valores referente à remuneração a quem emprestou dinheiro, ou seja, o banco que concede um crédito a quem deseja adquirir um bem imóvel para fins de habitação, como é o caso deste estudo. São representados, geralmente, por taxas mensais e taxas anuais que incidem sobre as parcelas.

Os juros simples consistem em uma taxa de cobrança referente ao valor a ser pago pelo devedor, seja incidido de forma diária, mensal ou anual, conforme disposição do contrato. Seu cálculo é feito de forma linear, ou seja, não sofrem alterações conforme seus pagamentos ocorrerem. É feito pela multiplicação do valor total do crédito concedido pela taxa de juros que incidirão. Ao final haverá o acréscimo no total devido.

Já os juros compostos, também chamados de juros capitalizados, o cálculo é feito pelas taxas de juro acrescidas ao montante com acúmulo nas parcelas anteriores. Dessa forma que existe a denominação dos juros sobre juros. Essa forma de amortização faz com que quanto maior o valor concedido, maior será o lucro de acordo com o crescimento exponencial[ii].

Trata-se, portanto, de um estampado desequilíbrio entre as formas de amortização dos juros, que faz com que o devedor das parcelas do financiamento do SFH, que deveria atender todos os requisitos nele dispostos acerca da facilidade de acesso à moradia e habitação para uma melhoria na condição de vida como um direito social, bem como não atende o que dispõe toda norma constitucional e regras estabelecidas em Direitos Humanos, destacando-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, acerca do desenvolvimento humano. Há, assim, um confronto das normas estabelecidas para o crescimento do país quando não atendidas todas as regras constitucionais e internacionais.

4. DA NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

Diante do que foi demonstrado nos capítulo anteriores, a medida necessária para que seja feita a correção dos contratos acerca do SFH quanto à incidência de juros compostos nas parcelas a serem pagas por aquele devedor, é a intervenção jurisdicional para a revisão desses contratos, diante de tantas inconstitucionalidades existentes, especialmente aos requisitos implícitos do artigo 192 da Constituição Federal, sem prejuízo da lei do financiamento habitacional (lei 4.380/64) quando trata dos juros compostos, pois não atende aos requisitos de criação e objetivo da normal legal. Trata-se de um maltrato com que é inerente ao direito de propriedade e moradia, conforme o direito social do artigo 6º do texto constitucional e perante ao PIDESC.

Assim, aquele devedor do financiamento habitacional deverá ingressar perante ao Poder Judiciário para que seu contrato sofra revisão de cláusulas contratuais abusivas e inconstitucionais, em especial cláusula que versa sobre os juros sobre juros, devendo incidir juros simples, conforme todas as alegações em matéria jurídica já expostas durante este estudo.

Vale dizer que o instrumento de financiamento habitacional é um contrato de modalidade mútuo feneratício, que possui como característica de contrato **unilateral**, pois impõe obrigações a uma das partes apenas e característica **oneroso**, pois traz vantagens a ambos os contratantes.

De outro lado, os contratos correspondentes às regras do SFH são na modalidade de **adesão**, ou seja, instrumentos que já são regidos por apenas uma das partes, com cláusulas já impostas sem a possibilidade de discussão e negociações por outro contratante. Nesse caso, a parte mais fraca da relação somente poderá aderir ao instrumento se concordar com o que nela está imposto. Trata-se, portanto de um contrato regido pelas regras do Código de Defesa do Consumidor[ii].

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor, no caso aquele contratante de um contrato do SFH, que possa discutir ou modificar o conteúdo do documento[ii]. Trata-se de uma modalidade de controle de constitucionalidade exercida pelo Judiciário que possui efeitos somente entre as partes e, se assim for reconhecido, trará maior equilíbrio contratual ao devedor, bem como eventual. Esse equilíbrio faz com que a cláusula que prevê a incidência dos juros compostos seja substituída por juros simples, havendo a necessidade de um recálculo das parcelas.

Consequentemente o banco deverá devolver ao contratante do SFH todas as parcelas que foram pagas a mais, dada a diferença da forma de amortização, bem como a redução das eventuais parcelas vincendas, se for o caso. Nota-se que mesmo que incidam juros simples os bancos ainda terão seu lucro sobre o valor concedido ao consumidor, mas de forma menos onerosa e não excessiva.

Outra medida cabível, ainda, é a possibilidade de o Ministério Público, por meio de uma Ação Civil Pública ajuíza a demanda para que fosse defendido nesse sentido toda a abusividade da onerosidade excessiva na cobrança de juros compostos a todos os consumidores contratantes do SFH, sendo, assim, um interesse individual homogêneo. A sentença, se fosse procedente ao caso, obrigando aos bancos ao recálculo das parcelas de todos os seus contratos dessa natureza, que teria como consequência os efeitos ultra partes.

5. CONCLUSÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, nota-se que o Brasil, ao editar a lei 4.380/64 que dispõe acerca do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), teve como objetivo a criação e facilitação do acesso à moradia, que se trata de um direito social disposto no artigo 6º da Constituição Federal, tratada como cláusula pétrea. Esse dispositivo, que teve como base no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), fez com que o Brasil criasse, na forma da lei, um dos modos pelos quais o ser humano pudesse conquistar seu direito social à moradia.

Contudo, com a edição da lei 11.977/09, fez com que fosse alterada a lei do SFH quando permitiu que os bancos pudessem cobrar juros compostos sobre o valor concedido, seja no total, anual ou sobre cada parcela mensal paga, à população que quisesse adquirir sua moradia. Trata-se de uma forma que desestimula e afronta o objetivo principal da lei do SFH que é a facilitação do acesso ao direito social.

Além disso, a lei do SFH, bem como a lei que a alterou quando permite a capitalização dos juros, não atende aos requisitos do artigo 192 da Constituição Federal, que estabelece a necessidade do preenchimento de requisitos específicos acerca do tema sobre o sistema financeiro nacional. É necessário que toda lei desta natureza deva ser por meio de Lei Complementar, sendo que a lei do SFH é Lei Ordinária, havendo um vício de formalidade, deve atender aos interesses da coletividade e o desenvolvimento equilibrado do país.

Mesmo que a lei do SFH seja anterior à Constituição Federal de 1988, não foi ela recepcionada como Lei Complementar, além de que a lei que alterou a forma de capitalização dos juros também é Lei Ordinária, sendo que ambas desrespeitam como um todo.

O tema ainda é amplamente discutido, tanto que os tribunais superiores ainda divergem. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 121 que proíbe a capitalização dos juros, ainda que seja convencionada, mesmo que seja um entendimento mais antigo. Já o Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a capitalização de juros acerca do tema, mas que, conforme a Súmula 539, deva ter expressa pactuação contratual.

Nota-se que os contratos bancário que versam sobre o financiamento habitacional devam sempre respeitar todas as regras, tanto pela norma constitucional, quanto pelas normais infraconstitucionais e suas regras contratuais. Deve sempre o contrato ser interpretado em favor daquele deve arcar com as obrigações, atendidas, inclusive, as regras de Direito do Consumidor.

Com isso, como a capitalização dos juros faz com que haja o contrato que versa sobre o SFH seja excessivamente oneroso, que gera por consequência um empobrecimento populacional, além de afrontar regras constitucionais estabelecidas, a única alternativa é aquele que tem a obrigação de realizar os pagamentos mover ação judicial de revisão de cláusulas contratuais para que os juros compostos sejam substituídos por juros simples. Isso fará com que a instituição financeira faça a devolução de valores pagos de forma excessiva, bem como a diminuição do valor das parcelas que ainda vencerão. É uma forma que faz com que o direito social à moradia seja atendido e que os valores pagos não sejam excessivamente onerosos ao devedor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONCEIÇÃO MANOEL, Ronildo da*. Revisional de Financiamento de Veículos e Outros Contratos Bancários.* Leme/SP: Habermann Editora, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil – Volume Único/*Cristiano Chaves de Faria, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald. 5 ed. rev, ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivum, 2020.

LENZA, Pedro*. Direito Constitucional esquematizado* – 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAIS, Alexandre de*. Direito Constitucional.* 20 ed., São Paulo: Atlas, 2006*.*

NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. *Tabela Price – mitos e paradigmas.* 2ª ed. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2008

TARTUCE, Flávio*. Manual de Direito Civil: volume único.* 11ª ed. página 559 – Rio de Janeiro; METODO, 2021

CAPÍTULO 35

EUROPA: UM ESPAÇO TAMBÉM PARA OS IMIGRANTES E REFUGIADOS: (UM ESTUDO BASEADO EM HABERMAS)

Jonathan de Araújo Neves

INTRODUÇÃO:

Neste trabalho será abordada a questão dos refugiados[ii] sua situação diante da repulsa dos países acolhedores e suas garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana. O objetivo é tentar dar uma resposta aos questionamentos: "*Qual é o agir justo do Estado diante da questão dos refugiados? O Estado deve ampará-los, expulsá-los ou ignorálos?"* Para isso, far-se-á uma exposição com base nas teses fundamentais e teoria do Direito dos autores Jürguen Habermas, Immanuel Kant e Norberto Bobbio e suas teorias sobre os Direitos Humanos e a responsabilização do Estado na promoção desses Direitos,

No mundo atual a política Internacional dos Direitos Humanos é determinada pelos interesses dos Estados que se dizem democráticos de Direito, isto é, que deveriam ser comprometidos de fato com os Direitos Fundamentais do Homem. Mas apesar do discurso igualitário apresentam uma série de articulações entre o poder disciplinar e regulamentador pautado no preconceito, nas discriminações, no racismo e nas distinções entre os povos.

É dentro do contexto histórico que podemos enxergar por parte dos Estados hegemônicos econômicos e militarmente diversos mecanismos e estratégias de dominação que foram e ainda são usados e essas estratégias são, muitas vezes, baseadas nos próprios Direitos Humanos interpretados a favor deles e que, dessa forma, acabam impondo seus ideais. e superestruturas dominantes às infraestruturas dominadas.

Todos os anos, milhares de migrantes e refugiados tentam chegar à Europa. Alguns são movidos pela necessidade de escapar da miséria; outros estão fugindo da violência e perseguição. Suas jornadas são cheias de perigos. Estima-se que pelo menos 23 mil pessoas tenham perdido suas vidas tentando chegar à Europa desde 2000. E aqueles que conseguiram atingir as fronteiras da União Européia (UE) descobrem que a segurança permanece fora do seu alcance

Os Modelos político-jurídicos do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito ligam-se à Modernidade, à medida que o modelo do Estado Democrático de Direito está situado no contexto da Pós- Modernidade.

O Estado Liberal resulta-se de um rompimento com o contexto absolutista e com ele se apresentam implicações bem cruciais, como traz Hobbes: a liberdade negativa[ii] e a igualdade formal [ii]**.** Aquela, que é entendida como a não-interferência do poder do Estado sobre as ações individuais: o Indivíduo é mais livre quanto mais o Estado deixar de regular a sua vida; essa é de certa forma, jurídica, em que todos devem ser tratados de maneira igual, ou seja, sem quaisquer distinções. Essas implicações se têm como as principais características do Estado Liberal: pouco se intervinha na liberdade individual

e o Direito era formalidades, abstrato, até mesmo, para os indivíduos, esses se davam como livres e autônomos, mas não eram todos, e não para coletividade.

Pode-se averiguar que a passagem para o modelo de Estado Social se Impôs para preencher as lacunas anteriores, neste período o método dialético[ii] e o materialismo histórico[ii] de Karl Marx foram muito influentes. O próprio direito formal burguês teve que se abrir para fins coletivos, mas a essa persecução de fins coletivos teve que: *"subordinar-se à função própria do direito, à normatização de expectativas de comportamento"* (HABERMAS: 1997 v. II p.171)

O que se apresentava era a crise do Estado de direito e compreensão procedimentalista[ii] do direito. Neste momento, O Estado é mais participativo, intervindo na liberdade individual, regulando os processos sociais, servindo-se dos meios do direito e compromete-se com uma série de políticas públicas, para conceder suporte material aos sujeitos, a participar excessivamente da dinâmica social.

Mas, Para Habermas:

> No Estado Social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiria: "*O direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito*."
>
> (Günther, in Grimm, (1990) apud (HABERMAS: 1997 p.171)

Ao contrário disso, no contexto anteriormente citado o Estado ganha formato totalitarista; as políticas se mostram arbitrárias, pois o Poder Central não chega a discutir com a própria Sociedade a maneira de positivar os direitos formalmente legitimados e legalizados em suas Constituições. Assim, tanto o valor do Estado Liberal (a Liberdade), quanto e o valor do Estado Social (a igualdade), apresentaram falhas, fragilidades e não conseguiram promover nem liberdade e tão pouco as igualdades plenas para a coletividade.

O Modelo político-jurídico Estado Democrático de Direito surge para ajustar as demandas dos modelos pré-existentes. Esse modelo traz o princípio da soberania popular, segundo o qual: todo poder do Estado vem do povo, uma vez que o direito subjetivo à participação com igualdades de oportunidades coaduna com a possibilidade jurídico-objetiva de uma práxis instituída da livre decisão dos seus cidadãos, esses cidadãos participam do processo de criação dos sistemas do direito e, inclusive, até no processo da construção e de aplicação do Estado de Direito. Confere-se maior poder participação da sociedade nas decisões político-jurídicas. É neste modelo político-jurídico que estamos incluídos e nele desenvolve-se esta pesquisa.

Como fundamentação teórica tem-se por base a Teoria Crítica da Sociedade de Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão que integrou a segunda geração da Escola de Frankfurt. Tendo como ponto central a racionalidade dessa sociedade, caracterizando-a em termo de uma razão instrumental que visa estabelecer os meios para alcançar um fim determinado.

> A proposta de Habermas formula-se em termos de uma teoria da ação comunicativa, recorrendo inclusive a á filosofia analítica da linguagem para tematizar essa condição do uso da linguagem livre de distorções como

> fundamento de uma nova racionalidade. JAPIASSU: 2006, p.126

Para Habermas, o diálogo e a comunicação é a forma na qual mais nos expressamos, e por isso não pode ser reduzida a uma razão instrumental. O diálogo deve buscar um consenso por meio da ética para construirmos uma sociedade melhor. Melhor no sentido da concepção ética de discussão da moral em defesa da democracia deliberativa.

Habermas traz em sua teoria uma pretensão de inteligibilidade, um projeto de esclarecimento do conceito sobre a razão por meio dos processos comunicativos, dentro das capacidades intuitivas humanas, ou seja, linguagem juízo e ação.

2. A FILOSOFIA DE HABERMAS, breves comentários biográficos

Jürgen Habermas nasceu em 18 de junho de (1929), em Düsseldorf, na Alemanha. Filosofo Alemão, pertenceu à chamada "segunda Geração" da escola de Frankfurt[ii] Após obter um doutorado em filosofia na Universidade de Bonn, em 1954, Habermas trabalhou como assistente de Theodor Adorno, entre 1956 e 1959, no Instituto de Pesquisas Sociais, da Universidade de Frankfurt, professor na universidade de Heidelberg (1961-1964) e depois em New York em (1968) Habermas emergiu como um dos principais expoentes da segunda geração da Escola de Frankfurt – à época, uma nova corrente influenciada pelo marxismo, que se dedicava a reflexões e críticas sobre a razão, a ciência e o avanço do capitalismo. Em Frankfurt em companhia dos filósofos Adorno e Horkheimer, precursores da chamada Dialética do Esclarecimento,[ii] criticaram a razão Humanista, vista como um meio de libertação, um instrumento de dominação, uma vez que o mundo passou a pensar que o conhecimento deve ser administrado em nome da técnica: é o que chamavam isso de razão instrumental, dirigida a fins. Marcondes traz que:

> [...] Habermas toma como ponto central de sua análise a racionalidade da sociedade, caracterizando-a em termos de uma razão instrumental, que visa estabelecer um meio para se alcançar um fim determinado. Segundo essa análise, o desenvolvimento técnico, e a ciência voltada para aplicação técnica, que resultam dessa razão instrumental, acarretam a perda de autonomia do próprio bem submetido igualmente às regras de dominação técnica do mundo natural [...] (JAPIASSU: 2006, p.126)

Marcondes e Japiassú dizem também que para Habermas, numa perspectiva crítica, é necessário, portanto, recuperar a dimensão da interação humana, de uma racionalidade não-instrumental, baseada no agir comunicativo entre os sujeitos livres de caráter emancipador em relação à dominação técnica. (JAPIASSU: 2006, P.126)

Neste caso, o que Marcondes e Japiassú dizem é que essa ideologia dominante sugerida em Habermas seria uma distorção dessa possibilidade de ação comunicativa produzindo relações assimétricas que impediria a plena realização da interação entre os sujeitos.

> A crítica, ao explicitar as condições de ação comunicativa, implícita em todo significado do discurso, permite o

> desmascaramento da ideologia e a retomada da razão emancipadora. Nesse sentido, a proposta de Habermas, formula-se em termos de uma ação comunicativa, recorrendo inclusive a filosofia analítica da linguagem para tematizar essas condições do uso da linguagem livre de distorção como fundamento de uma nova racionalidade. (MARCONDES e JAPIASSU: 2006 p.126)

Deursen, em seu texto, acredita que para esses pensadores, Adorno e Horkheimer a razão instrumental teria, inclusive, sido atingido até a arte. Ele ainda afirma que: "*A produção artística passou a ser condicionada de acordo com uma lógica de mercado. A Indústria Cultural, nome usado por Adorno e Horkheimer, portanto, tornaram as produções artísticas mercadorias como quaisquer outras."* (DEURSEN, 2020)

Nessa perspectiva, Deursen afirma que Habermas entendeu que Adorno e Horkheimer, confundiram um tipo particular de racionalização com a própria razão, e mostra como ele, Habermas, entendeu e explicou esse dilema:

> A razão, assim, não pode ser reduzida à sua perversidade utilitária, uma vez que ela possui uma função comunicativa: a interação com a linguagem, assim, sustenta que os indivíduos partilhem um mundo objetivo, um mundo social e um mundo subjetivo – essa é a base de sua teoria da ação comunicativa. [...] Habermas visa a fundar uma "ética da discussão": em vez de um sujeito buscar fazer valer uma lei universal, é preciso buscar uma discussão na qual as questões morais sejam objeto de debates, dando lugar a acordos. DEURSEN, (2020)

A tese central de Habermas em *"Direito e Democracia entre Facticidade e validade"* sustenta que para que eu possa efetivamente construir um estado democrático de Direito São absolutamente necessários os direitos fundamentais de participação em igualdade de oportunidades nos processos de formação da opinião e da vontade comum. Nos quais os cidadãos exerçam sua autonomia política e mediante os quais seja estabelecido direito legítimo atribuir.

Em frente à crise do Estado Social, Habermas discutiu qual seria a função do Direito, direcionando sua reflexão para a relação entre estado de direito e Democracia, haja vista estabelecer um novo paradigma do Direito que possa superar a oposição entre o modelo liberal e o modelo social Ele aponta para um modelo intersubjetivo, procedimental que seja capaz de efetivar por meio do uso público da razão, do protagonismo do sujeito em sua autonomia individual como também uma autonomia pública de todos os indivíduos sociais, dando a possibilidade de que isso ocorra a partir da autonomia de vontade dos cidadãos livres e iguais, contudo, isso deve acontecer por meio de práticas comunicativas interfaces intersubjetivas para fazer valer a norma.

3. "RAZÃO PRÁTICA" E "RAZÃO COMUNICATIVA": o que diz Kant e o que diz Habermas

Kant, o principal representante da Modernidade, foi um filósofo que atribuiu, em sua Filosofia, ênfase central à razão, ao sujeito. Kant aplicou o uso da razão no campo do agir procedimental. Seu projeto era construir os elementos de uma ética universal válida para todos a todo tempo, para toda eternidade e toda e qualquer circunstância

Kant traz uma crítica à razão para construir uma ética universal aquilo que é dito de forma objetiva é dito pela razão – se não será falho, incompleto. A única forma para que possamos chegar à mesma conclusão do que é justo é a razão. Para chegar a uma razão universal precisa-se de um fundamento de base universal e só conseguimos ter ideia daquilo que é universal de algo que é universal, não particular: a única coisa comum a todos é que é universal é que somos Seres Humanos! E o que marca o fato de sermos seres humanos? Para Kant é a razão.

Qual a finalidade de nossa ação, o que se pretende realizar com a conduta determinada pela razão o que se passa na cabeça quando se cumpre a regra do agir para cumprir a própria Norma

Trata de uma proposição tautológica na metafísica dos costumes.

Kant diz que uma ação praticada por dever tem o seu valor moral não no propósito quer por meio dela Se Quer alcançar, mas na máxima que a determina; assim não depende, pois, da realidade do objeto da ação, mas meramente do princípio do querer segundo qual foi praticada prescindindo de todos os objetos da faculdade desejar

O direito deve buscar fazer com que o sujeito realize aquilo que a razão determina usando sua força cada um dá o seu agir não importa o direito porque alguém acha irracionalmente baixar Age de acordo com a razão o direito deve buscar que o homem executa sua própria razão mesmo que seja à força, como a razão é uma expressão da liberdade, o direito realiza sua força na própria liberdade do homem, ou seja, o direito deve fazer com que o homem realize sua própria liberdade obrigando o homem a ser livre.

Habermas inicia a sua obra "Direito e Democracia: entre facticidade e validade" (HABERMAS, 2012, p. 17), apresentando uma contradição entre a razão comunicativa sugerida por ele, Habermas, e razão prática sugerida por Kant.

Conforme Habermas:

> O que torna a razão comunicativa possível é o médium lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um assemble de condições possibiltadoras e ao mesmo tempo, limitador [...] A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de norma do agir. Ela tem possui um conteúdo normativo, porém numa medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual. [...] E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o "ter que" prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o "ter que" de uma coerção transcendental fraca, derivado da validade deontológica e de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. (HABERMAS: 2003, p.20)

Para ele, há uma tensão entre a facticidade e a validade no Direito, pois em Habermas o direito situa-se entre o plano factual e o normativo. Na contemporaneidade, o positivismo jurídico não mais mantém sua força explicativa, ou

seja, é apenas uma *tensão interna* ao direito entre facticidade e validade digo entre a *positividade* do direito, seu caráter coercitivo que independe da aceitação do receptor para sua aplicação (facticidade), e a pretensão de *legitimidade* do direito, condição necessária para sua validade em um Estado Democrático de Direito. Assim, ele conclui-se que por intermédio deste raciocínio a Teoria Discursiva se afasta tanto do positivismo jurídico, que situa o direito apenas no plano normativo

Como disse Inghedore Koch, o sujeito argumentante é livre e autônomo e tem igualdade de direitos para participar da argumentação. Portanto, há sempre uma obrigação imanente ao ato ilocucionários[ii] A autora acredita e diz que o sujeito pressupõe a responsabilidade recíproca quanto à veracidade do que é comunicativo e diz que a teoria da racionalidade comunicativa "aponta para a necessidade de uma abordagem diferente da relação teoria-prática, ou seja, leva o autor a tematizar essa questão estabelecendo outra mediação entre o pensar e o agir humanos. Assim expõe Habermas:

> A ideia fundamental é esquematizatada pelo autor da seguinte maneira: "Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente,pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado).Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejara continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente para uma ação de adesão e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita" (HABERMAS, p. 79, 1989)

4. DIREITOS HUMANOS E DEOTOLOGIA JURÍDICA

Kant esclarece o assunto de Direitos Humanos e justiça social falando sobre os paradoxos da razão, que podem ser aplicados aos direitos Humanos e a forma como são manipulados, traz no seu ensaio "O que é a modernidade" uma síntese filosófica de contexto quando diz que o sujeito agora é autônomo e alavanca a subjetividade Moderna mostrando que há uma superação da minoridade do homem e mostra que deve se ter como princípio a dignidade humana. Critica o comportamento das ações humanas como racionais e propõe a teoria das virtudes na sua teoria do Direito como Direito e Moral.

O grande dilema que passa os teóricos dos Direitos Humanos é: a Universalidade ou a Relatividade desse Direito. Para Kant, o que marca o fato de alguém ser humano é

a razão, e o que é justo de forma objetiva é dita pela razão, porque se não for assim, será algo falho ou incompleto. Mas o homem é um ser histórico, como pode aprender verdades eternas, universalmente acredita que sim. Pois é a função da razão. A única coisa universal que temos em comum é que somos seres humanos e o que marca esse fato é a razão.

Dessa forma a razão deve estar livre de tudo que a contamine: religião, sexo, cor, raça, costumes, idade etc. Ela deve estar pura e livre.

Nesse sentido, ele purifica razão pelas máximas dos seus imperativos categóricos: "age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal" (KANT: 2011 p.44): as pessoas devem pautar suas ações de acordo com os princípios éticos universalmente aceitos.

Hoje, pode-se perceber que os paradigmas Modernos de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito ainda mantiveram a categorização de tipos de sociedades (primitivas, intermediárias e evoluídas) legitimando a dominação dos Estados-metrópoles com suas colônias onde mantivera, e ainda, mantêm o uso de políticas públicas de controle social, controle de massas.

Jürgen Habermas dentro da perspectiva de uma teoria crítica da sociedade faz considerações ao posicionamento positivista científico de um Estado liberal de quando deve ter seu agir justo. Para ele que é de natureza sociológica filosófica com bases em Auguste Conte busca mostrar dentro de uma ética de discurso e sobre uma teoria da ação comunicativa uma ação que possa criar uma harmonia de interesses em busca de um consenso.

Para Habermas o diálogo e a comunicação é a forma na qual mais nos expressamos, e por isso não pode ser reduzido a uma razão instrumental. O diálogo deve buscar um consenso por meio da ética para construirmos uma sociedade melhor mais democrática, uma democracia deliberativa dos seus Direitos.

Assim, pode-se pensar em um agir onde consideraria um diálogo entre aqueles que têm condições de acolher, proteger como forma de conciliar as necessidades desses diante das diversidades mundiais para promoção dos Direitos Humanos.

Mas, tentando entender como diz Norberto Bobbio, teórico italiano, no seu texto a "*Era dos Direitos"*, será feito uma abordagem de como esses Direitos aliados a Democracia e paz pode promover a "paz perpétua", no sentido Kantiano da expressão, sem a qual não podemos avançar sem o reconhecimento e da proteção dos direitos dos homens acima de cada Estado. Para Bobbio:

> Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo. (BOBBIO: 1992, p.1)

Em seu texto, Bobbio inicia falando sobre o reconhecimento dos Direitos dos Homens, ou seja, como que o homem, como que a nossa sociedade, tem discutido

reconhecido, e, além disso, tem positivado os Direitos humanos nas suas Constituições e nos seus ordenamentos jurídicos

Na concepção do autor, os aspectos positivos extensão de direito bem como a preocupação com o meio ambiente ele diz que os seres humanos estão cada vez mais preocupados tanto com a preservação da humanidade bem como a preservação do meio ambiente isso significa então que para ele que há um avanço um progresso uma melhoria nessa humanidade, nessa humanização o que autor vai chamar de progresso moral da humanidade da sociedade ao longo desses últimos anos.

Norberto Bobbio desenvolve essa teoria do progresso moral a partir de uma indagação que Kant faz na em seu livro "*A Metafísica dos Costumes".* Immanuel Kant em Sua obra faz uma indagação. Ele se pergunta: *"Será que Há um progresso moral da humanidade? Será que o gênero humano está em constante progresso para o melhor"?* (KANT apud BOBBIO: 1992 p.51) até que ponto a Justiça Restaurativa é eficaz?

Norberto Bobbio, por sua vez, acredita que sim e que há um progresso moral da humanidade nos últimos tempos, para isso então, ele vem trazendo alguns elementos, alguns argumentos que servem como base, como justificativa para essa sua tese de que há um progresso moral da humanidade nos últimos tempos. Para ele:

> "O homem é um animal teleológico que atua em função das finalidades projetadas no futuro. E que só quando se der conta da finalidade da ação é que se pode compreender seu sentido. A perspectiva da filosofia da história representa a transposição dessa interpretação finalista da ação de cada indivíduo para a humanidade em seu conjunto, como se a humanidade fosse um indivíduo ampliado, ao qual atribuímos as características do indivíduo reduzido.
>
> (BOBBIO: 1992, p.51)

A pergunta de Kant é justificada quando se busca na história o entusiasmo que despertara na opinião pública mundial no momento da Revolução Francesa, cuja causa era o entusiasmo do que era moral, era ideal não poderia estar no interesse individual. E a causa desse entusiasmo o sinal premonitório "*signum prognosticum*" da disposição moral da humanidade era segundo (KANT apud BOBBIO: 1992 p 52) era: "o aparecimento, no cenário da história, do "direito que tem um povo de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que julga boa"

Bobbio afirma que por "Constituição civil", Kant entende uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, uma
Constituição segundo a qual "os que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar". Definindo o direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador.

Para Kant, é a razão, a racionalidade. Ela é a predominância do pensamento crítico, se queremos uma conclusão universal devemos nos apoiar somente na razão (comum a todos) e se algo interfere nela, estará contaminada e para purificá-la, deve-se deixá-la livre pura.

A forma que ele encontra para purificar a razão foi formulada nos "Imperativos Categóricos", esses imperativos caracterizam-se por ser o dever de toda pessoa de agir conforme os princípios que ela quer que todos os seres humanos sigam que ela quer

que seja uma lei da natureza humana combatendo, assim, o relativismo moral. Kant enumerou alguns três diferentes e suas variantes. São elas:

> “Lei Universal, lei moral: "Aja como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal. ’ Variante: "Age como se a máxima da tua ação fosse para ser transformada, através da tua vontade, em uma lei universal da natureza."
> (KANT: 2011, p.44)

Esse processo de universalização das conclusões liberta a razão dos elementos que não são ela mesma. Isso tem como finalidade realizar a liberdade e constrói o fundamento do justo que para Kant é a própria liberdade.

Definindo o direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador, Bobbio diz que:

> Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo. De resto, no início da Metafísica dos costumes, escrita na mesma época, afirmara solenemente, de modo apodítico — como se a afirmação não pudesse ser submetida a discussão —, que, uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro [...](BOBBIO: 1992, p.52

A liberdade está longe de fazer o que se quiser, ela está no sentido de se libertar, se desvencilhar de tudo e daquilo que não é razão ou também no sentido de autonomia, de capacidade de criar as próprias normas. A finalidade do agir racional e universal, justo e livre é a própria razão, pois só ela pode ser e guiar o agir em direção a igualdade. Mas o homem pode não agir de acordo
com que a razão determina. Se o homem agir em desacordo com a razão, Sua ação é injusta, imoral e incorreta. Isso ocorre porque é dúbio em racionalidade
e inclinações, pois é um ser dualístico de dois mundos: pode agir por dever e agir conforme o dever.

O agir por dever é aquele que o sujeito realiza o dever racional e age por “aderência subjetiva” ao próprio dever e assim está agindo pela moral, neste caso, não pode ser verificado empiricamente, pois é um elemento da subjetividade, da autonomia e somente o próprio sujeito da ação é quem pode saber se agiu moralmente ou não.

Por outro lado, o agir conforme o dever é o agir conforme a norma, mas com finalidade diferente da própria razão cumprindo-a para não sofrer uma sanção, por exemplo, tem-se sua conduta externa concordando com a norma.

Essas concepções interessam ao Direito e é significativa para o jurista, pois o Direito terá como objeto de estudo somente as ações “conforme o dever” O Direito busca fazer com que os sujeitos ajam determinados pela razão, usando de coerção sem levar em consideração a finalidade de cada um empoe ao seu agir. Não se interessa por

saber o motivo do agir racionalmente, mas cobra e diz que é necessário que aja com a razão.

Mas a razão é uma expressão da liberdade e o Direito legitima sua coerção por meio da liberdade humana e assim ele garante e executa com o homem sua liberdade, impondo-lhe que seja livre.

5. O PROGRESSO MORAL DA HUMANIDADE PARA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E A DEMOCRACIA NA VISÃO DE BOBBIO.

Bobbio defende a sua ideia desse Progresso moral elencando, no seu texto os seguintes argumentos três processos de evolução na história dos direitos humanos no final do texto ele ainda fala de uma quarta; mas, sobretudo, vamos, primeiramente, nos basear nesses três primeiros processos na evolução dos direitos humanos nesse momento para por fim falar do quarto.
Segundo (BOBBIO: 1992 p.50):

Os três processos são:

1) A positivação desses direitos;
2) A generalização desses direitos; e
3) A internacionalização deles.

O primeiro deles, diz respeito à positivação desses direitos, isto é, os seres humanos na sociedade por meio dos Estados visão positivar, tutelar e proteger os Direitos Humanos nas suas constituições e ordenamentos jurídicos. Esses direitos passam a ser incorporado, a serem protegidos pelos Estados sobre a forma de Direitos Fundamentais, sendo tutelados na sociedade, principalmente, nas suas Constituições dos Estados Nacionais;

No segundo processo, nós temos a generalização desses direitos, ou seja, a partir dessa positivação nas constituições dos Estados todos os seres humanos não estariam vinculados a nenhum grupo social, ético, econômico, religioso especifico, mas sim a o grupo daqueles que se enquadram na condição de seres humanos de pessoas dignas de serem protegida e serem tutelada por esses direitos Independentes da sua condição Econômica social e de sua classe social profissão, cor, etnia todos enquanto seres humanos têm direito a essa promoção, preservação e essa tutela garantidas nas Constituições dos seus Estados

O terceiro processo, então, seria a internacionalização desses direitos. O que Bobbio diz aqui é que esses direitos seriam ultrapassados pelas barreiras, pelos limites dos Estados nacionais e teriam que ser protegidos internacionalmente e transnacionalmente por meio de tratados, de Convenções de Direitos Humanos tratados internacionais, Tais como, o Pacto de São José da Costa Rica e o Tratado de Palermo.

Bobbio, ainda elenca um quarto processo em seu texto como já foi mencionado anteriormente de Especificação dos Direitos Humanos para ele seria então uma proteção uma tutela dos Direitos Humanos voltados para alguns grupos específicos aqueles grupos que precisam de uma maior proteção, como, por exemplo, o direito dos que pertencem ao movimento LGBT, dos negros, o direito das mulheres, dos idosos, das Crianças, dos deficientes e alguns grupos que demandam no seio da sociedade uma

maior proteção no que diz respeito à tutela do estado e ao respeito aos direitos de garantias fundamentais e que esses direitos sejam preservados.

Bobbio termina seu texto dizendo que essa especificação ocorreu em relação ao gênero seja as várias fases da vida, seja a diferença ao estado normal e estados excepcionais da vida humana. Com relação ao gênero, forma cada vez mais reconhecida as diferenças específicas entre o homem e a mulher e, relação as várias fases da vida, forma diferenciando o direito da infância, da velhice., como também dos homens adultos.

Com relação ao estado normal e excepcional reconhecem-se os direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc. Os Direitos sociais como se sabe são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas em seu texto ele assegura que realmente indica um sinal de progresso moral da humanidade. (Bobbio: 1992, p.64).

Bobbio termina sua explanação citando Kant, dizendo que para Kant o progresso não era necessário. Era apenas possível, pois criticava os políticos por não terem confiança na virtude e na força na motivação moral e viviam repetindo: “O mundo foi sempre assim como o vemos hoje”. Kant dizia que com essas atitudes só confirmava suas previsões, ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história se realizassem efetivamente.

Assim Kant dizia que se retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor (Bobbio: 1992 p.64)

Habermas com a perspectiva bastante apurada e de influência da filosofia de Kant e da escola de Frankfurt na teoria crítica da sociedade traz uma profunda análise das condições do Estado democrático de direito, o conceito de democracia passa implicar uma autorização do cidadão por um processo no qual quem elabora as normas é ao mesmo tempo autor e destinatário autolegislação

Habermas propõe uma sofisticada relação entre política, racionalidade e discursos como forma de estabelecer uma metodologia de se pensar a validade a legitimidade e eficácia do direito,

Nestes termos, parte de lançar as bases de uma estrutura jurídica democrática fundada sobre as possibilidades de existência de consenso racional entre os membros de uma comunidade como forma de legitimação e validação das decisões Estatais.

Ainda nesse momento o vínculo entre ética e justiça direito deve ser apresentado como elemento estruturador da Democracia. Pois nos dizeres do
próprio Habermas o direito deve permanecer presente como uma fonte de Justiça, isto é, a força legitimadora do direito só se mantém se ele se operar como fonte de Justiça, ou seja, pretende aproximar a eficácia de justiça e validade por meio da ideia de processo e como ele pretende teorizar sobre tal tarefa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vejamos a problemática seguinte: parte do fato típico dos Estados contemporâneos serem plurais e já não podemos definir o que é a vontade do povo, pois o interesse público por uma sociedade é composto de várias formas de vida.

São Estados com distintas realidades e valores distintos pretendem fazer com que suas normas sejam seguidas por essa pluralidade de formas, ou seja, têm eficácia e devem garantir que toda pluralidade participe do processo de construção e interpretação das normas que todos possam ser ouvidos que tenho de garantia de

expressar. Dessa forma, para os países signatários da declaração dos direitos humanos é um agir moral, pois têm por dever e poder de abrir para o diálogo a questão dos refugiados porque acima de tudo são seres humanos.

Habermas pretende que o direito deva garantir uma discussão entre os dois lados com vistas à produção de um consenso, isto é, que devemos chamar uma luz para um diálogo.

Observe que não se trata de participar apenas para levar seus interesses de forma autoritária não se trata de abrir espaço no processo apenas para alguém vir e dizer o direito, na verdade, a garantia de participação no processo é uma forma de possibilitar a formação de consensos racionais dando oportunidades dos diferentes estados participarem no processo para que ele possa entrar em um consenso como ser humano de direitos e interesses comuns e não apenas a partir de argumentos de natureza emocional È necessário que os indivíduos participem, apresentando seus argumentos de forma racional, de forma que possam ser compreendidos refutados ou aceitos pelo seu interlocutor.

Neste caso para aqueles que são refugiados e tem a garantia a dignidade humana como pressuposto principal para poder exigir que possam ficar nos países imigrados. ou seja, tanto morador do país imigrado quanto morador do país emigrante devem expressar racionalmente seus interesses, pois só desta forma torna-se possível a formação de um consenso

Para Habermas, autocompreensão no estado de direito democrático formou-se no quadro de uma tradição filosófica que apela exclusivamente uma razão natural, ou seja, argumentos públicos que de acordo com sua pretensão são acessíveis pela mesma maneira a todas as pessoas.

Pode-se ver com o trecho na obra direito e democracia entre facticidade e validade como Habermas coloca essas questões

> Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em direito por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros devem apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada pessoa, liberdades iguais, de modo que a liberdade de arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos. As leis morais preenchem essa condição *per se;* no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da Integração Social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem por meio de seu papel de cidadãos a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado por meio da tradição ou possa ser obtido por meio de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.
> (HABERMAS v I: 2003, p.52,53)

Assim, como podemos constatar, não há Democracia sem comunicação entre os atores sociais. Habermas observa que:

> O Direito não é um sistema fechado narcicisticamente em si mesmo. Uma vez que se alimenta da eticidade democrática dos cidadãos, pode ser um processo democrático onde os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado também para o bem comum, no qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente (HABERMAS, 1997, v II p. 323).

Assim, vemos que legitimar o direito, abrindo espaço para que os atores sociais participem do processo de criação de normas e 'agir voltado para o entendimento, levando em consideração, quando da criação das normas jurídicas, os argumentos levantados pelos que tem direito de uso, excluindo o agir estratégicos, é o que caracteriza o Governante como sendo adequado ao Estado Democrático de Direito, ou, seja, é o que faz dele um homem ético e moral voltado para o compromisso da dignidade da pessoa humana.

Diante do que foi exposto, só resta dizer que a teoria de Habermas cabe aqui para justificar que para agir justo com a questão dos refugiados é fazer desse momento uma roda de discussão mundial que possa resolver a situação de forma mais humana, porque todos somos iguais independente de raça, cor, etnia, sexo, religião, etc

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**: tradução Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992

CHAVES, Ronaldo Santana. **A teoria procedimental de Habermas: a superação do conflito entre a autonomia privada e a autonomia pública**: SANTA CATARINA - UFSC, TESES E DISSERTACÕES. PPGF (Programa de Pós-Graduação em Filosofia) Florianópolis, 2013 disponível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/101078> acesso: 15. JUL 2021

FERREIRA. Walace. **Uma análise revisionista de Adorno e Horkheimer em "A Dialética do Conhecimento"** CSONLINE – Revista Eletrônica de Ciências Sociais Ano 2, Volume 5, dezembro 2008

DEURSEN, Felipe Van ***A filosofia de Habermas***. Ed. Abril - on line- Disponível em <https://guiadoestudante.abril.com.br/especiais/jurgen-habermas/> , acesso em 18/Jul/2021

HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia: entre facticidade e validade*****, volume I** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003,

HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia: entre facticidade e validade*****, volume II** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1997.

HOBBES, Thomas. **LEVIATÃ ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, Ed, Martin Claret: São Paulo. 2009

JAPIASSU, Hilton & MARCONDES, Danilo. ***Dicionário Básico de Filosofia*** 3ª Ed. Zahar editora Rio de Janeiro: 2006

KANT, Immanuel. ***Crítica a razão Prática*** Ed. Martin Claret São Paulo: 2011
KOCH, Ingedore Grunfel Vilaça. ***Argumentação e Linguagem*** – São Paulo: Cortez, 1984.

CAPÍTULO 36

ATIVISMO JUDICIAL: DO DIREITO À POLÍTICA

José Alves Rosa Júnior

Introdução

O Art. 2° da Constituição Federal consagra o princípio da separação de poderes no nosso ordenamento jurídico como princípio fundamental da República, sendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário independentes e harmônicos entre si. Não obstante, tendo em vista a função típica do Poder Judiciário ser aplicar e guardar o Direito, este Poder tem ultrapassado os limites de suas atribuições, atingido incumbências naturalmente conferidas ao poder Legislativo e Executivo, gerando efeitos sociais e institucionais. Este fenômeno é tratado sob a nomenclatura de ativismo judicial, embora muitos autores defendam que a utilização deste termo seja errônea.

Não obstante, percebe-se um distanciamento do Direito quando as ações do Judiciário se dão em nome da política, ocasionado estrita invasão das funções dos demais Poderes do Estado e destoando o princípio da separação dos poderes, haja vista este princípio não confrontar nenhum direito fundamental que justifique os passos mais longos do Judiciário.

Diante desse fenômeno no meio jurídico tem-se muitas críticas positivas e negativas, entretanto considera-se que o Judiciário possui motivos relevantes para adentrar em competências de outros Poderes, bem como, indevidamente ultrapassa os limites de suas competências por motivos políticos com pouca ou nenhuma fundamentação jurídica relevante para suas ações. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo, analisar a forma como o tema se mostra no Direito brasileiro, apresentando os fundamentos à ação ativa dos tribunais ou maior protagonismo do Poder Judiciário, e as ações políticas da Suprema Corte.

Para tanto, elabora-se a presente pesquisa com base na doutrina, nas normas jurídicas e na jurisprudência para melhor exposição descritiva e analítica do tema.

1. Neoconstitucionalismo e a postura ativa do judiciário

Com a evolução do Estado e a forte difusão do movimento constitucionalista em todo planeta, limitando o Poder estatal por meio de uma Carta Maior escrita, houve notórios avanços no aspecto social, sendo consagrados os Diretos libertários e sociais, e a consequente superação dos governos absolutistas em grande parte do mundo. Sem embargo, após as tragédias da Segunda Guerra Mundial e com o advento do pensamento jus-filosófico do Pós-Positivismo, surgiu um novo movimento constitucional denominado Neoconstitucionalismo. Um movimento que não se contenta somente com a consagração dos diretos como normas constitucionais, mas também garantir a eficácia destes, para que não sejam evidenciados apenas no âmbito

formal, mas principalmente no substancial, sendo a Constituição dotada de força normativa e não sendo apenas uma mera folha de papel[ii].Segundo o constitucionalista Flávio Martins:

> O Neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico surgindo após a Segunda Grande Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã(1949), fruto do Pós-Positivismo, tendo como marco teórico o princípio da força normativa da constituição e como principal objetivo a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais.(NUNES JUNIOR,2018,p.78)[ii].

Assim, entende-se que o Neoconstitucionalismo busca tornar real a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos, transcendendo da forma para a matéria, não bastando somente que o Estado declare diretos, mas os concretize tornando-os eficazes, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais.

E é neste pensamento que o Poder Judiciário vem tomando como supedâneo de suas decisões, a fim de tornar efetiva a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Há de se verificar como exemplo o MI 708/DF, no qual possui como objeto o direito de greve dos servidores públicos previsto no Art. 37°, VII da CRFB/88.

Tal dispositivo prevê expressamente que o direito de greve dos servidores será exercido nos termos e no limite de lei específica, porém, haja vista este preceito ser uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, necessita de regulamentação infraconstitucional para que se mostre com efeitos no campo real, o Poder Legislativo, detentor da competência de elaborar tal lei, se omite em realizar tal processo.

Em razão desta omissão, foram impetrados diversos mandados de injunção na Suprema Corte por sindicatos para que o direto social de greve abarque todos os servidores públicos. Dentre todos os referidos remédios impetrados, destaca-se o MI 708/DF, tendo como relator, o Ministro Gilmar Mendes que em concreto determinou a declaração da omissão legislativa no presente caso, bem como a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89(Lei de greve dos Celetistas) por analogia aos servidores públicos enquanto não for elaborada lei específica que regulamente o direito social em pauta.

Esta decisão por mais que pareça uma usurpação de competência, encontra respaldo lógico na teoria da resolutividade, teoria pautada na resolução do interesse do impetrante, que segundo o comentário de Daniel Amorim Assumpção Neves sobre o caso concreto:

> O tribunal, ao julgar, procedente o mandado de injunção, profere decisão de natureza constitutiva, sanando a omissão legislativa no caso concreto, com efeitos *inter partes.* Essa atividade integradora do Poder judiciário garante ao impetrante a efetiva tutela de seu interesse.(NEVES,Daniel Amorim Assumpção ,2020,pg.140)[ii].

De acordo com esta ideia, que se baseia na efetiva tutela dos direitos fundamentais, o STF não apenas se limitou a declarar a omissão legislativa, mas se

mostrou mais ativo em relação ao direto fundamental objeto da demanda, buscando uma maneira de satisfazer o interesse do impetrante, para que o direito social de greve não se encontre mais enjaulado na omissão do Legislativo, que fora sanada parcialmente neste caso, sendo tal direito resguardado até que se elabore uma lei específica regulamentadora.

Percebe-se que a relevante matéria jurisdicional de resguardar e por eficácia aos direitos fundamentais, mostra-se como uma consequência do movimento Neoconstitucionalista, exigindo a elaboração de políticas públicas para o devido cumprimento das normas constitucionais, que apesar de muitas vezes o Estado se mostrar inerte na implementação dessas políticas, o Poder Judiciário quando provocado , pode de acordo com a resolutividade buscar meios para a devida tutela dos direitos, invocando a postura mais ativa do judiciário para que não haja desprezo material daquilo que seria inerente ao ser humano que são os seus direitos.

Sendo o Supremo Tribunal Federal conhecido como Guardião da Constituição, nada mais razoável que a Corte Suprema pugne pela defesa e promoção da Constituição e dos princípios que dela decorrem, levando em consideração a relevância dos direitos individuais e sociais. O Excelso Tribunal pode, mediante provocação direta de interessados, verificar irregularidades na tutela e execução desses direitos de forma proporcional ao caso concreto, decidindo-se pela resolutividade da questão, onde se mantém a efetiva tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e a harmonia e independência dos Poderes do Estado, formando assim a postura ativa .do Judiciário, fruto do Novo movimento constitucionalista.

Além da resolutividade há outro fundamento também decorrente do Neoconstitucionalismo que impulsiona o judiciário a agir ativamente em suas decisões, mais especificamente em relação aos direitos de segunda dimensão que exigem uma postura ativa do Estado para sua concretização, esta ideia é conhecida como cláusula do mínimo existencial.

Sabe-se que os direitos fundamentais, dentre outras classificações são classificados em direitos sociais, de segunda dimensão. Estes direitos estão previstos no Art.6° da CRFB/88, quais são: A educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Percebe-se para que haja a devida concretização dos direitos de segunda grandeza, faz-se necessária a implementação de políticas públicas que requeiram prestações financeiras por parte do Poder Público, esta ação é denominada, segundo Georg Jellinek, de *Status* Positivo[ii], ou direitos positivos, onde o Estado deve agir para satisfazer os direitos do povo.

Por outro lado, pode existir o impasse de não haver recursos disponíveis nos cofres para realização de uma obra que beneficie a sociedade, como a construção de escolas, hospitais ou áreas de lazer, ou alguma outra impossibilidade fática. Nesta situação face ao princípio da Força Normativa da Constituição, o Estado invoca a cláusula da reserva do possível, um mecanismo de defesa estatal que em tese justifica a sua abstenção de promover políticas públicas concretizadoras de direitos sociais, alegando a insuficiência de recursos monetários na maioria das vezes.

Sendo a cláusula da reserva do possível um limite aos direitos sociais, faz-se necessário impor um limite aos limites com fundamento na dignidade da pessoa humana, prevista no Art.1°,III da Constituição Federal, daí surge a cláusula do mínimo

existencial, uma resposta doutrinária e jurisprudencial com supedâneo nos ditames do Neoconstitucionalismo para o Estado, que em confronto com as onerosidades de concretizar os direitos, deve ao menos garantir o mínimo necessário que torne a vida dos titulares do direito digna. Segundo o Ministro Celso de Melo em voto proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n°639.337/SP (ARE 639.337 AgR/SP):

> A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).[ii]

Neste sentido, a jurisprudência dos Tribunais, evoluíram no sentido de intervir na Administração Pública de forma a impulsioná-la a tomar providências em relação aos direitos sociais, dentre tantas decisões destaca-se o RE n. 429903/RJ, no qual firmou entendimento que obrigasse o Poder Público a garantir quantidade mínima de medicamento em estoque. Assim expôs o relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

> Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento. Não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso. Isso porque, com essa decisão, o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes. Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. (STF - RE: 429903 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 13-08-2014 PUBLIC 14-08-2014).[ii]

Desta maneira, o mínimo existencial não se contenta apenas com um mínimo vital, uma garantia de vida, mas um mínimo necessário para se ter uma vida digna, o que embasa, juntamente com a resolutividade a postura ativa do judiciário, atingindo o âmbito da competência do legislativo, como fora explanado no exemplo da resolutividade e adentrando na competência do executivo, como citado no exemplo da cláusula do mínimo existencial.

Não obstante, o Poder judiciário tem se utilizado destes preceitos para tomar decisões que ultrapassam a razoabilidade da preservação dos direitos, configurando uma estrita invasão das prerrogativas dos demais Poderes do Estado, causando efeitos institucionais e culturais, este fenômeno é conhecido no meio acadêmico como judicialização, um apenso político no ativismo judicial.

2. Poder Judiciário e a Política

Tendo o Judiciário fundamentos para agir a fim de decidir resguardando os ditames constitucionais, há uma presente incorporação política nas suas ações, fazendo a Suprema Corte ultrapassar os limites jurídicos que visam organizar o Estado. Dessa forma nota-se a influência da política no Poder julgador que muitas vezes cria enunciados que necessariamente deveriam ser abordados pela legislação ou determinações do Executivo, bem como manipula normas constitucionais alterando o seu bojo de aplicação, formando a judicialização da política, fenômeno derivado de fatores alheios a jurisdição. Para Pedro Santoro de Melo e Vitor Santa Rita, a judicialização:

> se evidencia pela ação do Judiciário além de suas competências, interferindo assim nas decisões políticas dos demais poderes, fazendo com que questões políticas de grande repercussão nacional ao invés de serem analisadas pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo, passem a ser decididas pelo Poder Judiciário.[ii]

Diante dessa judicialização, tem-se uma verdadeira "desarmonização" dos Poderes, causando uma notável instabilidade institucional. Cita-se como exemplo a decisão em sede liminar na ADPF/722, na qual suspendeu os efeitos da Resolução Federal n°126/2020 que zerava alíquotas para importação de pistolas e revólveres[ii].

Nesta decisão, o Min. Edson Fachin alega que tal redução contradiz o direito à vida e à segurança. Entende-se que tal ação encontra-se em equívoco, haja vista a prerrogativa do Executivo para a concessão de isenção tributária, bem como a incidência do princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, tornando excepcionalíssima a atuação em sede de controle de constitucionalidade.

Não obstante, entende-se , com fundamento nas explanações públicas do professor Flávio Martins, que tal resolução encontra respaldo nas propostas de governo do atual Presidente da República, no que diz respeito à segurança pública, que dentre outras propostas fora eleito democraticamente, não cabendo ao judiciário implementar os limites das políticas públicas a serem elaboradas pelo Executivo, escolhendo qual a mais adequada, sendo estes limites encontrados na lei ,que por sinal, limitaram a

vigência de decretos que facilitariam o porte de armas em razão do princípio da legalidade.

Dessa forma, tendo o Executivo discricionariedade para forjar suas políticas, o Judiciário deve impor sua análise quando houver notória violação constitucional, que neste caso, por mais que haja discordância no conteúdo destas políticas, o governo tem total legitimidade para fazê-las.

Outro caso recente, envolve a reeleição dos Presidentes da Câmara, Rodrigo Maia(DEM) e do Senado Federal, Davi Alcolumbre(DEM), em que pretendiam permanecer no cargo por meio de recondução embasando-se em interpretação à luz da Constituição e aos textos do regimento interno de suas respectivas casas legislativas de forma manifestamente equivocada. Por este motivo o Partido Trabalhista Brasileiro(PTB) pleiteou junto a Suprema Corte o reconhecimento da inconstitucionalidade, por meio de ADI(ação direta de inconstitucionalidade), da recondução dos respectivos cargos nas casas legislativas, fundamentando-se em expressa vedação constitucional no Art.57, §4° da Constituição Federal, no qual dita:

> Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

No presente caso, houve vitória dos ditames constitucionais expressos sendo os votos pela inconstitucionalidade da reeleição dos cargos se dando em 6 contra 5 acerca a recondução de Davi Alcolumbre à Presidência do Senado e 7 votos contra 4 em relação a recondução de Rodrigo Maia à Presidência da Câmara dos Deputados.

O que chama atenção no caso concreto, é a estrita promoção do voto de alguns Ministros da Suprema Corte no que diz respeito a postura de reconhecer a reeleição dos cargos de Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal, como constitucional. Como dita o voto do Min. Relator Gilmar Mendes na presente ADI 6.524/DF[ii]:

> (...)os Membros das respectivas Casas do Congresso Nacional tenham a prerrogativa de, em sede regimental, por questão de ordem ou mediante qualquer outro meio de fixação de entendimento próprio à atividade parlamentar, deliberar especificamente sobre a matéria, desde que observado, em qualquer caso, o limite de uma única reeleição ou recondução sucessiva ao mesmo cargo da Mesa.

Apesar do voto do Min. Relator ter versado pela inconstitucionalidade da interpretação do texto constitucional refletido nos Art.59 do Regimento Interno do Senado Federal e Art. 5°,caput e §1° do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, nota-se uma postura permissiva por parte do Excelentíssimo Ministro para que a as Casas legislativas tratem sobre a matéria obedecendo somente o número de uma reeleição dos cargos. Este entendimento denuncia uma postura estritamente manipulativa das prerrogativas constitucionais vigentes que apontam a clara e

inequívoca vedação subsequente da recondução dos postos de Presidente das respectivas Casas Legislativas.

Por outro lado, em Defesa da Ordem Constitucional afirmou o Min. Luís Roberto Barroso a seguinte tese[ii]:

> Não é possível a recondução dos presidentes das casas legislativas para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, dentro da mesma legislatura. Eventual reconhecimento de uma mutação constitucional tem como limite as possibilidades semânticas do texto. 2. Não viola a Constituição a interpretação que vem sendo dada pelo Congresso Nacional de admitir a recondução (i) em caso de prévio exercício de mandato-tampão ou (ii) de eleição ocorrida em nova legislatura.

Dessa forma entende o Douto Ministro da Suprema que Corte que só é possível a recondução diante de mandato tampão, ou seja, o cumprimento do mandato de seu antecessor que por algum motivo fora afastado do cargo, ou eleição ocorrida em nova legislatura, permanecendo a regra constitucional com vigor no que diz respeitos aos demais casos que não se incluam a estas exceções.

Ante o caso, nota-se o condão estritamente político na motivação para a recondução dos presentes cargos, tendo um número considerável de Ministros votando a favor da constitucionalidade de tal medida teratológica em relação a órbita normativa constitucional. O reconhecimento da estrita vedação constitucional, que deveria ser unânime, acaba por indicar uma postura política do judiciário em relação ao julgamento da causa.

Acrescenta o jurista Ives Gandra que: “o artigo 57 da Constituição da República é de uma clareza solar e que dois anos não são quatro, vedação não é permissão e mesmo cargo não é outro cargo”[ii]. Neste sentido concordando com as palavras do ilustre professor, torna necessária a estrita obediência aos ditames constitucionais, bem como o devido resguardo popular como fiscalizador das ações do judiciário enquanto órgão político. Acredita-se que se tal caso não tivesse tamanha repercussão social como houve, o resultado dos votos poderia ter sido diferente e veríamos uma clara manipulação constitucional para adequação a certos interesses políticos, minando a democracia e gerando precedentes que consequentemente resultariam na enverga social.

Essa transcendência política que atinge o STF gera uma instabilidade institucional no sentido jurídico, político e social. Jurídico porque ultrapassa os fundamentos das ações ativas do Judiciário, não havendo à baila direitos fundamentais a serem tutelados ou outro fundamento republicano que embasa o Estado Democrático de Direito; Político, pois afronta, as prerrogativas naturalmente conferidas aos demais Poderes do Estado, sendo este o supedâneo para a maior crítica ao ativismo judicial, todavia como explanado anteriormente, o judiciário deve limitar-se a analisar a legalidade e a consonância de tais prerrogativas com a Constituição e não indicar qual a mais apropriada ou, se sendo o caso, quando houver direito fundamental certo a ser efetivado no caso concreto; Social, pois impacta diretamente a sociedade que assiste a Judicialização da Política e a Politização do Direito, causando corriqueiras afrontas à

democracia, distanciando o legítimo poder popular de seu altar. Dessa forma, o temor de um Judiciário interligado ao Legislativo e ao Executivo e não mais independente e harmônico entre eles se torna real.

Considerações Finais

Entende-se que o Judiciário deve agir além das suas funções típicas com a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos titulares relacionados ao caso concreto, dessa maneira torna plausível o entendimento quanto a constitucionalidade acerca das ações ativas do Poder Judiciário nesse sentido, sendo fruto dos movimentos constitucionais modernos e do interesse público em ter a satisfação dos diretos fundamentais no campo da realidade.

Não obstante, Percebe-se que o Poder Julgador muitas vezes inclina-se rumo à política, ocorrendo notável ofensa ao princípio da separação dos poderes, destoando os motivos que impulsionam o maior protagonismo do Poder Judiciário, assim como muitas vezes viola diretamente mandamentos constitucionais, como no caso abortado acima, assim como em diversos outros exemplos. Nesse sentido o Judiciário não deve agir em nome de interesses políticos, mas sempre preservar a prevalência dos ditames constitucionais.

Ressalta-se que quando houver ofensa constitucional por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro Poder do Estado, cabe ao povo defender a Constituição para a devida vitalidade do Estado Democrático de Direito, sendo juntamente com a Suprema Corte, um guardião da Constituição.

Referências bibliográficas

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Ségio Fabris Editor, 1991. [orig*. Die normative Kraft der Verfassung*, J.C.B. Mohr.(Paul Siebeck), Tübingen].

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 506.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves, *Curso de Direto Constitucional*, 2°ed. São Paulo: RT Thomson Reuters Brasil,2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 5.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

CAPÍTULO 37

STARTUPS

Juliana Amorim Afonso Costa

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se a demonstrar a importância das *startups* no Brasil que crescem e ganham relevância gradualmente.

Certamente, muita gente já ouviu o termo *startup*, seja na internet ou na televisão. Seguramente, todos conhecem as grandes empresas chamadas *Google* e *Facebook*. Pois bem, estas empresas começaram como *startups* e foram tão férteis que acabaram encorajando outros empreendedores a fazerem o mesmo.

O fato é que, as *startups* começaram a surgir entre os séculos XX e XXI e sua multiplicação ocorreu efetivamente com os avanços da *internet*. No Brasil, estas empresas em estágio inicial de desenvolvimento vêm ganhando destaque cada dia mais por seu crescimento e consequentemente movimentando a economia.

O Brasil possui grandes *startups* que já são consideradas "unicórnios" como a 99, PagSeguro e a *Nubank*. Estes empreendimentos são normalmente voltados para a inovação e envolvidos com a tecnologia.

Após muito tempo sem existir uma legislação brasileira que comentasse sobre o assunto, foi editada a Lei Complementar 167/2019 que criou o Inova Simples, regime diferenciado para a criação e encerramento de *startups* e mais recentemente foi publicada a LC 182/2021, que institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Neste trabalho foram utilizados métodos de pesquisa na lei, livros e artigos publicados, para um grande compilado sobre o que seriam *startups* e apresentar seus aspectos societários, tipos de investimentos e tecer comentários sobre a novas mudanças legislativas que envolvem o tema. O trabalho aborda também noções gerais sobre o direito empresarial. Com este artigo, pretende-se esclarecer dúvidas a respeito deste tema, visto que se trata de assunto muito importante, levando em conta muita discussão que há e o avanço dessas empresas no Brasil e no mundo.

3. DISCUSSÃO

3.1 Conceito de *Startup*

No final do século XX e início do século XXI, empresas chamadas *startups* começaram a ficar em evidência. O progresso das *startups* começou a seguir os avanços da internet.

Dessa forma, Feigelson, Nybo e Fonseca (2018, p. 22), explicam que: "Não é errado dizer, portanto, que as *startups* bebem da fonte do progresso tecnológico o qual, por sua vez, é característica inerente dos séculos XX e XXI".

As primeiras *Startups* surgiram no "Vale do Silício", no estado da Califórnia, Estados Unidos.

A sua difusão aconteceu de fato nos anos de 1990, com o acesso à internet e surgimento das chamadas *startups* "ponto-com". Exemplos de *startups* vitoriosas que foram instituídas naquela época e hoje se tornaram grandes empresas: *Amazon, Yahoo!* e *eBay.*

Startups prósperas, que desfrutaram do sucesso como *Google* e *Facebook*, servem de estímulo para empreendedores começarem, principalmente aqui no Brasil. Como resultado, existe um crescimento de *startups* cada vez maior no nosso país, um aumento no suporte oferecido por grandes empresas e reforço nos investimentos seja nacional ou estrangeiro.

De acordo com Fonseca, Barbosa e Pereira (2019, p. 89-90):

> As primeiras *startups* surgiram no Brasil no começo do século XXI, sendo que, a partir de 2010, essas empresas cresceram vertiginosamente, de acordo com a AB*Startups.* Segundo a instituição, essas empresas têm modelos de negócios, em sua maioria *Business to Business* – B2B. A maior parte está cadastrada no mercado de *Software as a Service* – SaaS/Web Aplicativo – App. O Brasil é o país que mais se destaca em termos de capacidade empreendedora, segundo pesquisa do GEM (2015), quando são analisados os principais fatores que favorecem a abertura e manutenção de novos negócios. Em relação aos principais obstáculos, o estudo aponta como entraves as políticas governamentais, educação e capacitação, sendo esses dois últimos os de maior atenção destacados por especialistas.

O Brasil tem três grandes *startups* que são consideradas os primeiros "unicórnios" do país (o termo "unicórnio" é utilizado para *startups* avaliadas em valor igual ou superior a um bilhão de reais). São elas: 99, PagSeguro e a *Nubank.*

Muito se tenta conceituar uma *startup*, o que de fato se trata de uma empresa como qualquer outra e as leis brasileiras se aplicam as que tiverem atividade empresarial em seu território.

Feigelson, Nybo e Fonseca (2018, p. 24-26), explicam que uma *startup* para ser considerada como tal, precisa estar em estágio inicial, estando desprovida de processos internos e organização, movida pelo impulso de venda de uma ideia inovadora, ou seja, possui perfil inovador. Possui importante controle de gastos e custos, seu serviço ou produto é operacionalizado por meio de um produto mínimo viável. O produto e/ou ideia normalmente é escalável, apresenta necessidade de capital de terceiros para operação inicial e utiliza tecnologia para seu modelo de negócios.

Feigelson, Nybo e Fonseca (2018, p. 31), ensinam que:

> Toda *startup* nasce de uma ideia, de uma premissa, de uma tese. Uma carência do mercado, a aposta em um novo comportamento, uma nova forma de prestar um serviço ou vender um produto. A inovação é a base do conceito de *startup*, e apesar das dificuldades inerentes em definir essa simples palavra acreditamos na clássica acepção que preceitua que *startup* é um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza, como demonstrado anteriormente.

Startup é uma palavra que vem da língua inglesa e de alguns anos para cá, passou a ser vista como um empreendimento, em fase inicial de desenvolvimento, firmado em um ambiente de incertezas, que não possui uma despesa muito elevada, onde se procura desenvolvimento rápido e sua grande característica é a busca por inovação, normalmente vinculada a tecnologia.

No Brasil, a *startups* vem chamando cada vez mais atenção da mídia e movimentando a economia do país.

Reis (2018, p. 15) cita que:

> Entretanto, é importante ressaltar que os empreendedores e investidores brasileiros, em sua maioria, ainda estão aprendendo a lidar com essa forma de investimento e as suas particularidades em relação aos empreendimentos tradicionais e às *startups* americanas (que são o maior espelho das *startups* nacionais).

Para muitos a característica mais presente é a chamada “extrema incerteza”. As *startups* concentram-se em um setor de alto risco, isto porque a maioria trabalha com a inovação sem saber se serão aceitas.

Para Blank (2012 apud COSTA, 2018, p. 257):

> A empresa que deseja inovar e lançar qualquer produto deve criá-lo a partir da compreensão dos seus futuros clientes, sobre a seguinte máxima que deve ser aplicada em cada etapa da criação; pare ou vá devagar até que você compreenda bem o cliente.

A inovação apesar de são ser um requisito obrigatório, quase sempre se encontra presente nas *startups.* Para Oioli (2020, p. 17), a inovação envolve três elementos-chave para sua compreensão: a existência de uma nova ideia, que pode ser, criar algo novo, fazer algo de uma forma diferente ou melhorar algo; a percepção de utilidade da nova ideia, esta deve gerar algum tipo de valor; e a necessidade de implantação da ideia.

Quando se fala em ciclo de vida jurídico das *startups*, Reis (2018, p. 21-22) expõe que:

> As *startups* são fundadas com o objetivo de alcançar um rápido crescimento para, em poucos anos, atingir atratividade suficiente para serem vendidas por valores múltiplas vezes superiores ao investimento realizado.
> Desta forma, são negócios criados para ter um ciclo de vida curto enquanto *startup,* sendo que, após esse período e em caso de sucesso, atingirão o patamar de empresas consolidadas, deixando de ser consideradas "*startups*".

Startup nasce de uma ideia inovadora que inicialmente pode demorar para sair do papel, porém o seu ciclo de vida jurídico só terá início exatamente quando o empreendedor oficializar sua *startup.*

Reis (2018, p. 23), finaliza dizendo que:

> Caso a *startup* obtenha sucesso, será então o momento de o empreendedor e os investidores prepararem-se para saírem da sociedade, ou para reduzirem as suas participações societárias, podendo assim obter o lucro almejado. Este movimento poderá ocorrer tanto por meio da venda direta da participação societária para terceiros como por meio da abertura do capital da sociedade para negociação em bolsa e consequentemente alienação do todo ou parcela de suas ações no mercado de valores mobiliários.

Assim, se encerra o ciclo de vida jurídico das *startups.*

Por fim, é importante abordar que em abril de 2019, entrou em vigor a Lei Complementar 167/2019, que acrescentou o artigo 65-A na Lei Complementar 123/2006 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, onde foi criado o "Inova Simples", regime especial simplificado que concede tratamento diferenciado para estas empresas e que facilita a criação e o encerramento de *startups.*

> Art. 65-A. É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda.
> § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de

> algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva.
> § 2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.

O texto da lei caracterizou as startups como incremental e disruptiva. Gonzaga (2020, p. 300), comenta que: "[..] A inovação incremental não cria algo novo, mas melhora algo que já existe, por outro lado, a inovação disruptiva é aquela que gera uma ruptura com padrões ou tecnologias estabelecidas no mercado".

O parágrafo terceiro, explica que o tratamento diferenciado se trata de fixação de um rito sumário para abertura e fechamento destas empresas, por meio de um ambiente digital do portal Redesim – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios e deverão preencher algumas informações previstas no parágrafo quarto.

Já o parágrafo quinto, aborda que, caso seja realizado corretamente o cadastro, será gerado automaticamente número de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Haverá associação entre o Inova Simples e o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual para facilitar o registro da propriedade intelectual e industrial.

Em conjunto com esta lei, foi sancionado o Decreto 10.122/2019, onde foi instituído o Comitê Nacional de Iniciativas de Apoio a *Startups.*

Para Gonzaga (2020, p. 301):

> Esta iniciativa possui o objetivo de melhorar a eficiência com que o Governo Federal trabalha com programas de Startups e, ao mesmo tempo, centralizar e alinhar as operações da administração pública neste Comitê. Ainda, será criada uma plataforma digital com o registro de todas as iniciativas de apoio, encontrando o empreendedor em um único ambiente virtual todas as informações sobre programas que o governo tem a oferecer às startups.

Importante ressaltar também que foi publicada a LC 182/2021 denominada como "Marco Legal das *Startups*" que entrará em vigor no dia 31/08/2021. Dispõe sobre *startups,* apresentando medidas de estímulo à criação dessas empresas e tratando, inclusive, sobre a contratação de soluções inovadoras pelo Estado.

3.2 Aspectos Societários

As *startups* não constituem uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado ou um novo tipo jurídico societário. Pode-se afirmar que são empresas em estágio inicial de desenvolvimento.

Antes de constituírem uma empresa, é muito comum que os empreendedores constituam um acordo de pré-constituição, também chamado de

memorando de entendimentos ou *pre-incorporation agreement*. Se trata de um contrato preliminar para a pré-constituição de uma *startup.*

Rodrigues (2020, p. 25), explica que esse acordo, se trata de um contrato preliminar:

> [...] que visa estabelecer os termos e condições que deverão reger o relacionamento dos empreendedores como sócios da futura *startup.* Por isso, deve ser celebrado entre os empreendedores na fase de criação, ou seja, no momento inicial de todo o processo de desenvolvimento da *startup,* em que ainda estão sendo concebidos a ideia inovadora e o modelo de negócio e, portanto, ainda não existe uma sociedade formalmente constituída.

Neste mesmo sentido, Feigelson, Nybo e Fonseca (2018, p.157), explicam que:

> Assim, a existência de um contrato preliminar beneficia em diversos aspectos as empresas em estágio inicial de desenvolvimento. Num primeiro momento, minimiza custos. A elaboração de um memorando de entendimentos reveste tal documento de caráter contratual preliminar em relação a um Contrato Social definitivo, sem, no entanto, obrigar a sociedade a perpassar pelas burocracias e custos da formalização definitiva logo no estágio embrionário de suas atividades.

Além disso, o caráter preliminar não afasta sua exigibilidade judicial e ainda aproxima investidores.

Existem três tipos societários que são escolhidos com maior frequência pelos empreendedores para iniciarem suas *startups*: sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em conta de participação.

Os tipos societários menos adotados no Brasil são: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações e cooperativas.

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado pelas *startups* em todas as fases. É recomendado principalmente no início.

Para Reis (2018, p. 47), a sociedade limitada é a principal escolha:

> Isso porque, dentre os tipos societários existentes no país, é o que possui, para empreendimentos de pequeno e médio porte, a melhor relação de custo-benefício entre a proteção do patrimônio de seus sócios e o custo e burocracia a ela inerentes.

As principais vantagens da sociedade limitada são a proteção patrimonial aos sócios, estrutura mais sucinta e menos custosa comparada às sociedades anônimas e a opção dada ao empreendedor à escolha pelo Simples Nacional, desde que atendidos certos requisitos.

A desvantagem, no entanto, é o risco de desconsideração da personalidade jurídica, conforme nos fala Reis (2018, p. 48).

> O principal risco existente na sociedade limitada é a desconsideração da personalidade jurídica, visto que, caso ocorra, ocasiona a perda da limitação da responsabilidade dos sócios, que passam a ter que responder com seu patrimônio pessoal por dívidas da sociedade.

3.3 Investimentos em Startups

À frente de uma empresa nova, para o empreendedor sempre o que se vem à mente são as fontes de recursos necessárias para que se inicie esse empreendimento.

No estágio inicial de uma startup é muito comum observarmos os próprios empreendedores financiarem o empreendimento com recursos próprios.

Porém, é muito difícil o empreendedor ter condições para financiar seu empreendimento com recursos próprios. O financiamento externo é a opção nestes casos e se torna essencial para o desenvolvimento de uma startup.

Uma das primeiras fontes de investimento que o empreendedor normalmente consegue vem de amigos (*friends*) e família (*family*). Isto porque, além destas pessoas contribuírem com o incentivo, apoio, muitos cooperam com os aportes necessários no início do empreendimento.

Kotha e George (2012 apud OIOLI; RIBEIRO JR; LISBOA, 2020, p. 108) comentam os motivos principais do porquê de a escolha inicial ser a família e os amigos.

> Isto se justificaria por quatro motivos principais: em primeiro lugar, a existência de prévio relacionamento social, familiar ou profissional confere uma maior previsibilidade sobre o comportamento da contraparte; em segundo lugar, o custo de obtenção de informações a respeito da contraparte é mais baixo; em terceiro lugar, o custo de fiscalização do comportamento destes indivíduos, caso venham a integrar o time da *startup,* é baixo, pois a existência de prévio relacionamento cria pressão moral que previne comportamentos oportunistas.
>
> O quarto motivo é o fato de que tais agentes tendem a realizar investimentos em *startups* de empreendedores com quem possuem prévio relacionamento sem realizar uma análise preliminar de custo-benefício, o que é muito importante num contexto de investimento de altíssimo risco e chance preponderante de perda da totalidade do capital investido.

Investidores-anjo são pessoas físicas no geral, que investem recursos próprios (e não de terceiros sob sua gestão) em *startups* que estejam em estágios iniciais, aguardando o retorno de seu capital a longo prazo.

Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2011 apud OIOLI; RIBEIRO JR; LISBOA, 2020, p. 111), investidores anjos são:

> [...] pessoas físicas detentoras de patrimônio elevado, que investem recursos próprios em negócios nascentes sem possuir qualquer prévia relação pessoal, social ou familiar com o fundador.
> Usualmente, são indivíduos que já foram empreendedores bem-sucedidos ou profissionais com experiência em investimentos que oferecem ao fundador da *startup,* além dos recursos financeiros, sua contribuição pessoal para o negócio, na forma de aconselhamento, conhecimentos técnicos específicos e acesso à rede de contatos do investidor – por isso, sua designação como "anjo" em contraposição a um investidor ordinário, cuja contribuição é puramente financeira.

A Organização Anjos do Brasil (2016 apud MORETTI, 2019, p. 23) define investimento-anjo como:

> [...] aquele que é feito em geral por pessoas físicas, que dispõem de parte de seu patrimônio para investir em empresas em estágio inicial, que possua, ou não, uma operação, mas com potencial expressivo de crescimento e inovação. Geralmente são pessoas com experiência que contribuem não só financeiramente, mas também agregam valor ao empreendimento por meio de sua experiência.

Prowse (1998 apud FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 95) explana que:

> Em resumo, a figura do investidor-anjo geralmente possui experiência anterior com a gestão de empresas e normalmente aparece após o empreendedor ter esgotado os recursos disponibilizados por sua família e seus amigos, mas antes de buscar investidores maiores.

Os investidores-anjo fazem a ligação entre os investidores informais, ou seja, família, amigos e os "tolos" e os formais, como os investimentos *venture capital*.

O fato de existirem investidores-anjo nas *startups*, passa mais segurança para novos investidores e clientes, além de, facilitarem de forma financeira o começo do empreendimento, auxiliam com informações e experiências o que ajuda a reduzir a taxa de mortalidade da empresa.

Cremades (2016 apud OIOLI; RIBEIRO JR; LISBOA, 2020, p. 112), aponta algumas vantagens de se receber o investimento do investidor-anjo:

> [...] (i) investidores-anjo podem agregar valor por meio de aconselhamento baseado em experiência; (ii) estes investidores possuem flexibilidade na definição dos termos e condições do investimento; e (iii) podem ser uma fonte de boas referências

> para a *startup* junto a outros investidores, ao longo do ciclo de vida da empresa.

O investidor-anjo diferentemente do investidor comum que só se preocupa com o financeiro, empenha-se em oferecer além do suporte econômico, conselhos, apoio e orientações, até por isto, o termo utilizado é “anjo”. É a primeira figura de fora do núcleo particular do empreendedor que acredita na sua capacidade.

Porém, é errado afirmar que investidores-anjo apenas pensam em lucro. Freear, Sohl e Wetzel (2002 apud FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 96), consideram que:

> [...] o retorno financeiro é algo importante, mas não é a expectativa primária desses investidores, que são, na realidade, geralmente motivados por fatores diferenciados, tais como o desafio do envolvimento com negócios inovadores, a criação de empregos decorrente e a possibilidade de contribuírem para a disseminação dos benefícios gerados pelas empresas investidas. É uma ideia equivocada, portanto, considerar que investidores-anjo primam pelo recebimento de “dividendos” ou um resgate de capital sobrecarregado de juros.

Por fim, é importante ressaltar que foi criada a Lei Complementar 155/2016, que reconheceu juridicamente a figura do investidor-anjo, criando um instrumento para sua formalização, chamado contrato de participação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito empresarial está em constante evolução. Novas regras surgem para novos modelos de empreendimento. Cada vez mais se destaca a importância de estudo da matéria.

O presente trabalho teve como base o estudo das startups e o que decorre sobre elas. Aprofundamos sobre a sua origem e seus diversos conceitos elaborados pela doutrina. Foi visto que as startups são consideradas empresas em estágio inicial de desenvolvimento, geralmente voltadas para o meio tecnológico, buscando inovações.

Tema de importante relevância no âmbito dessas empresas e que foi tratado neste presente trabalho, são os investimentos. Foram comentadas algumas formas de investimento que startups podem obter, desde investimentos com capital próprio até com capitais externos.

É fato que, essas empresas em estágio inicial estão cada vez mais em crescimento e evidência no país. Até pouco tempo não existia uma legislação no Brasil que abordasse o tema, se quer o termo *startup* era mencionado na lei.

Porém, após a edição da Lei Complementar 167/2019 criou-se o Inova Simples, regime diferenciado para a criação e encerramento de startups. Com ele, veio o Decreto 10122, instituindo o Comitê Nacional de Iniciativas de Apoio a Startups. Além disso, foi publicada uma lei chamada “Marco Legal das Startups”, onde propõe medidas de estímulo para estas empresas.

O que se conclui, afinal, é que essas empresas mudaram o modo de empreender, tornando as ferramentas jurídicas atuais não suficientes diante dessas novas formas empresariais, fazendo com que as legislações tivessem que se adaptar.

O fato é que, o mundo está voltado cada vez mais para a tecnologia e essas empresas, em sua grande maioria, trabalham justamente neste meio.

Um dos grandes fatores do crescimento desse tipo de empresa é o empreendedor estar cada vez mais apostando nesse modelo de negócio que em sua maioria envolve tecnologia e inovação.

Os riscos são grandes por lidarem com as incertezas do empreendimento. No entanto, as startups geralmente estão em uma fase de desenvolvimento e à procura de mercados, sem contar que seguem grandes exemplos pelo Brasil e mundo de modelos prósperos.

O assunto é muito importante em ser comentado, levando em conta muita discussão que há e o avanço dessas empresas no Brasil e no mundo.

Por fim, a ideia de criação de uma pequena empresa com um conceito revolucionário que facilitaria o dia a dia das pessoas com o uso da tecnologia, se torna cada vez mais um caminho para os empreendedores seguirem e em sua maioria das vezes obterem sucesso seja no setor de lazer, finanças, entretenimento ou alimentação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019*. Portal do Palácio do Planalto*, Brasília, 24 abr. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Portal do Palácio do Planalto,* Brasília, 14 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 03 jul. 2020.

COSTA, Y. N. Do Sonho à Realização em 4 Passos: Estratégias para a Criação de Startups de Sucesso*. REGEPE – Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas,* v. 7, n. 2, p. 256-260, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://www.regepe.org.br/regepe/article/view/887>. Acesso em: 06 mai. 2020.

FEIGELSON, B.; NYBO, E. F.; FONSECA, V. C. *Direito das startups***.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FONSECA, F. de S. M.; BARBOSA, R. R.; PEREIRA, F. C. M. Uso de Fontes de Informação por Gestores de Startups. *Universidade Federal de Minas Gerais; Escola de Ciência da Informação,* v. 24, n.1, p. 84-102, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://doaj.org/article/30592b0b64254ffc9d8b7c69f6518d4e>. Acesso em: 03 mai. 2020.

GONZAGA, T. F. Lei Complementar nº 167/2019 e o marco legal das startups (Projeto de Lei Complementar nº 146/2019). In: TEIXEIRA, T.; LOPES, A. M.; TAKADA, T. (Coord.). *Manual Jurídico da inovação e das startups.* / Tarcisio Texeira, Alan Moreira Lopes,

Thalles Takada. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. cap. 16, p. 299-304.

MORETTI, E. Investimento-Anjo: Instrumentos Legais e os Impactos da Lei Complementar nº 155/2016. In: MORETTI, E.; OLIVEIRA, L. A. G. (Organ.). *Startups: aspectos jurídicos relevantes***.** / organizador: Eduardo Moretti, Leandro Antonio Godoy Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 23-42.

MORETTI, E.; OLIVEIRA, L. A. G. (Organ.). *Startups: aspectos jurídicos relevantes.* / organizador: Eduardo Moretti, Leandro Antonio Godoy Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OIOLI, E. F. (Coord.). *Manual de direito para startups.* / Erik Frederico Oioli, coordenador. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
OIOLI, E. F.; RIBEIRO JUNIOR, J. A.; LISBOA, H. Financiamento da *Startup*. In: OIOLI, E. F. (Coord.). *Manual de direito para startups.* / Erik Frederico Oioli, coordenador. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. cap. 05, p. 105-152.

REIS, E. V. de A. *Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil.* São Paulo: Almedina, 2018.

RODRIGUES, A. V. Aspectos societários da constituição da *startup*. In: OIOLI, E. F. (Coord.). *Manual de direito para startups.* / Erik Frederico Oioli, coordenador. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. cap. 01, p. 19-47.

CAPÍTULO 38

A APLICABILIDADE DO PROGRAMA DE COMPLIANCE TRABALHISTA COMO MECANISMO DE LONGEVIDADE DAS EMPRESAS BRASILEIRAS

Karen Beserra Furtado

1 INTRODUÇÃO

A *Compliance* Trabalhista está diretamente ligada à adoção de boas práticas e com a aplicação correta das leis trabalhistas, dos acordos coletivos e até mesmo dos estatutos internos das empresas. Tal atividade, já implantada em diversos lugares, trás inúmeros benefícios, não só às organizações, como também aos empregados.

Assim, o presente trabalho científico se propõe a compreender como o cumprimento das regras trabalhistas e institucionais é tão vantajoso, bem como salientar a importância das ferramentas de *Compliance* para colher bons frutos e evitar processos trabalhistas e judicializações indesejadas no futuro das empresas.

Desse modo, a partir do objeto da presente pesquisa que é a importância da *compliance* trabalhista, têm-se o objetivo geral, sendo este: investigar a aplicabilidade do programa de *compliance* trabalhista como mecanismo de longitude das empresas brasileiras. Para tal, pretende-se analisar a efetividade de um programa de *compliance* trabalhista como mecanismo de longevidade empresarial.

Como instrumentos para viabilizar a análise do *compliance*, segue-se a necessidade de conceituar a *compliance* em seu aspecto geral e específico na seara trabalhista; abordar as técnicas gerais de um programa de *compliance*; bem como identificar as etapas capazes de efetivar o programa de *compliance* trabalhista.

Portanto, compreende-se que o *compliance* age como um canal direto entre trabalhadores e gestores, para que as situações que desviam das leis sejam solucionadas através do diálogo e das medidas cabíveis, melhorando, além do ambiente de trabalho e gerando maior produtividade entre os trabalhadores, da maneira em que o empregado se sente confortável e respeitável em seu ambiente.

Observa-se que as empresas brasileiras, principalmente as de pequeno e médio porte, não possuem o hábito de respeitar as normas trabalhistas, e em decorrência disto são demandadas judicialmente ou sofrem investigações perante o Ministério Público do Trabalho - MPT, sendo condenadas em valores altíssimos. Condenações estas que comprometem, algumas vezes, a própria atividade empresarial, uma vez que não possuem capital em caixa capaz de suportar as condenações judiciais e prosseguir com a atividade empresarial.

Outrossim, a relevância de se discutir a aplicação de um sistema de *compliance* trabalhista, além de diminuir os riscos de ações judiciais, também faz com

que empresas estejam à frente das demais que não possuem o respectivo programa. Prova disto são os processos licitatórios, que com frequência vem exigindo das licitantes certidões negativas junto à Justiça do Trabalho, instalação de programa de *compliance* dentro da empresa, dentre outras medidas.

Assim, as empresas que aderem a um programa de *compliance* trabalhista possuem uma maior expectativa de vida no mercado, tendo em vista que através do programa é possível mitigar os riscos de eventuais ações trabalhistas de valores elevados, bem como responder por inquéritos perante o MPT.

Ademais, um programa de *compliance* trabalhista bem desenvolvido traz bem-estar para o ambiente de trabalho, uma vez que seus funcionários laboram com um sentimento de colaboração e retribuição pelos serviços prestados, sentimentos estes que são retribuídos a empresa em retorno financeiro.

2 DISCUSSÃO

É comum ouvirmos entrevistas de empresários brasileiros ou até mesmo em conversas informais, relatando que os encargos trabalhistas no Brasil são altos demais, ou que a Justiça do Trabalho brasileiro é demasiadamente pró-operário e que muitas empresas estão prestes a fechar por conta de condenações altíssimas na Justiça do Trabalho.

De fato, um dos princípios que regem o Direito do Trabalho no ordenamento jurídico é o princípio do pró-operário, isto é, na dúvida, as normas devem ser interpretadas a favor do empregado. Bem como cabe falar do mecanismo da inversão do ônus da prova na justiça laboral, de maneira que, há certos fatos alegados pelo trabalhador que por ele são difíceis de serem provados, por essa razão incumbe o ônus de provar o contrário à outra parte (o empregador)[ii].

Podemos citar o exemplo do pedido de horas extras, em que a parte reclamante não possui condições de apresentar no processo o cartão de ponto – logo, o juiz determina que quem deve apresentar o cartão de ponto – mostrando que a reclamante não fazia horas extras – deve ser a reclamada.

Nesta feita, podemos compreender como de fato o Direito do Trabalho pode vir a dar uma maior proteção ao empregado, por perceber que há uma hipossuficiência por parte do empregado com o empregador.

Por essa razão, é necessário que cada vez mais as empresas, sejam elas de grande ou pequeno porte, comecem a investir em programas que versem sobre uma consultoria preventiva trabalhista, também conhecida como *compliance* trabalhista, a qual será melhor explanada durante o desenvolvimento do presente trabalho científico.

2.1 Conceito de *Compliance* e outros aspectos gerais

Primeiramente se faz necessário entender o que significa *compliance*. De acordo, como a tradução geral de inglês para português, *compliance* significa estar em conformidade. Na seara empresarial do termo *compliance*, significa um dos princípios fundamentais da Governança Corporativa, a qual diz respeito a iniciativa, métodos, politicas, processos – assumidos pela a liderança da empresa com o objetivo da sustentabilidade da empresa.

> (...) a governança corporativa, remete à implantação de um modelo de administração, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital, abrangendo o relacionamento entre sócios, conselho de administração, órgãos públicos de fiscalização, empregados e demais interessadas (*stakeholdlders*) (SILVA; PINHEIRO, 2020, p. 41).

Dentre os princípios da governança corporativa, além do princípio do *compliance*, existem outros três princípios importantes, os quais são: *disclosure, fairness e accountability*. Os quais significam em português, respectivamente: transparência, equidade e prestação de contas. Todos esses princípios não serão abordados de forma especifica neste presente artigo, tendo em vista que o foco deste trabalho é a análise de apenas um desses princípios, o *compliance*.

O objetivo do *compliance* é instalar dentro das sociedades empresarias programas que visem deixar a empresa em conformidade com as legislações vigentes, sejam elas trabalhista, tributária, administrativa, dentre outras – devendo inclusive criar e colocar em prática e o código de condutas da empresa. Tendo como finalidade evitar práticas corruptivas dentro da empresa e que venham a prejudicar o bom desempenho da sociedade empresária.

> Formado por leis, decretos, resoluções, normas, atos e portarias, o compliance é todo arcabouço regulatório aplicado pelas agências que controlam e regulam o setor no qual a empresa está inserida. (...) Sob a ótica dos executivos, o compliance pressupõe atender, além da normativa regulatória e legal, as regulações internas da companhia (ANTONIK, 2016, p. 47).

Dessa maneira, o compliance diz respeito diretamente a sustentabilidade da empresa.

De acordo com Fabrício Lima Silva e Iuri Pinheiro (2020, p. 56) um bom programa de *compliance* precisa seguir alguns pilares para que o mesmo obtenha o êxito necessário, os quais são: "suporte da alta administração; gestão de riscos; políticas e códigos de conduta; treinamentos de comunicações; canal de denúncia; investigação; monitoramento e auditoria; e *due diligence*".

O pilar do suporte da alta administração, significa dizer que é necessário que a alta administração, leia-se os sócios, conselho administrativo, também siga as condutas do programa. Aconselha-se que a alta administração também passe por treinamentos, que ela siga de forma fiel o código de condutas da empresa. Pois, é a partir das condutas da alta administração da empresa que os demais colaboradores se espelharam.

Para a Associação de Brasileira de Bancos Internacionais – ABBI e a Federação Brasileira de Bancos:

> A Alta Administração é responsável por estabelecer e divulgar a política de compliance da instituição, de forma a assegurar que

> esta está sendo observada. O Conselho de Administração deve ser informado a respeito do gerenciamento do risco de compliance (ABBI; FEBRABAN, 2009, p. 9).

Dessa forma, o discurso dos sócios deve refletir em uma prática efetiva, não pode haver contradição entre o discurso e a prática.

Com relação ao segundo pilar – a gestão de riscos, como já abordado anteriormente é fundamental que se faça um levantamento de todas as condutas da empresa, bem como da aplicação das legislações por parte da empresa. Antes de traçar metas, e dizer qual o melhor caminho para a empresa seguir é necessário conhece-la profundamente, conhecer inclusive os acertos e erros da empresa.

> Assim, para efetiva aplicação de um programa de compliance, inicialmente deve-se fazer um levantamento histórico da empresa, uma espécie de auditoria, para analisar se a empresa já se envolveu em alguma infração, quais as leis e regulamentos que a atividade deve seguir e se as práticas coorporativas estão em consonância com eles, quais os possíveis riscos, como são as condutas dos funcionários e criar políticas e regras aos colaboradores. (FRANÇA, 2018, p. 155)

Interessante nessa segunda ferramenta compreender que riscos, não são apenas riscos financeiros, e é a partir desse ponto que poderá ser analisado as políticas e códigos de conduta, terceiro pilar. Pois, apenas após realizar o primeiro mapeamento dos riscos é que se pode chegar a analise se o código de conduta existente está de acordo com a realidade daquela empresa, bem como na hipótese de a empresa ainda não possuir um código de conduta, que este seja criado pautado nos conhecimentos já existentes sobre a análise dos riscos da empresa e sobre a visão que deseja construir no mundo empresarial.

Para o pós-Doutor em Philosophy in Business Administration, em seu livro Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática, Luis Roberto Antonik, define código de ética como:

> O código de ética reúne as intenções da empresa e revela como ela pretende tratar clientes, concorrentes e fornecedores e, ainda, atuar em relação às autoridades regulatórias. O código de ética é um documento referencial, uma declaração de boas intenções, não uma lei ou um “seguro de disciplina e boa conduta. (ANTONIK, 2016, p. 167)

Tanto para a adequação de um código de conduta como a criação de um código de ética, é necessária uma atividade conjunta com a alta administração, pois a mesma precisa estar ciente do que dispõe o código e da necessidade de cumpri-lo.

Com relação ao pilar do treinamento e comunicação, este consiste em realizar treinamentos com todos os colaboradores da empresa – sejam elas da alta administração a terceiros interessados.

Após a devida implantação do programa de integridade, ainda é necessário que esses treinamentos sejam realizados, sempre de forma inovadora. Ou seja, é indispensável analisar como está o programa dentro da empresa, o que precisa ser mais ressaltado, quais as condutas que ainda não estão em conformidade com os parâmetros do programa e quais as medidas podem serem incluídas para o melhor desempenho do programa.

O Guia de Programa de *Compliance* do CADE, trata da relevância e importância dos treinamentos:

> Os treinamentos oferecidos aos colaboradores são uma forma bastante adequada para se transmitir cada um dos objetivos e regras do programa. É também por meio deles que os colaboradores se sensibilizam e compreendem corretamente a importância do *compliance* e têm a importância do *compliance* e têm a oportunidade de esclarecer dúvidas específicas sobre os procedimentos, o que geralmente contribui para o seu engajamento nas atividades. O treinamento mais efetivo geralmente adota diferentes enfoques de conteúdo, a depender da posição hierarquia e do nível de exposição a riscos concorrenciais dos colaboradores treinados, e ocorre de forma periódica. Isso ocorre porque, de forma geral, colaboradores que interagem com concorrentes ou alocados nas áreas de vendas e marketing estão mais sujeitos risco do que aqueles alocados nas demais áreas da empresa (CADE, 2016, p. 16).

Dessa forma, é sempre necessário que inclusive a alta administração, os gerentes da sociedade empresária, estejam sempre em seus discursos falando da importância do seguimento do programa de conformidade e reprimindo qualquer conduta que esteja em desacordo com mesmo. É algo que precisa ser lembrado todos os dias, até que se torne efetivamente parte da cultura da empresa.

É imprescindível que para um bom desempenho desse programa seja criado um canal de denúncias, com o objetivo de apurar desvios de conduta dentro da empresa. Para Kleindienst (2019, p. 24): o canal de denúncia interno, é uma ferramenta onerosa para a empresa, pois recomenda-se que as pessoas responsáveis por este canal sejam contratadas por uma empresa externa, ou seja, é um terceiro que realiza a atividade desse canal de denúncias, assegurando assim o anonimato e sigilo das informações reportadas.

Dessa forma, podem as empresas procurarem meios criativos e adequados para a criação de um canal de denúncias, o que não gere tanta onerosidade. Um exemplo mencionado por Kleindienst (2019) é a colocação de urnas nos banheiros, e que nos treinamentos feitos por todos na empresa que seja sempre esclarecido que essas denúncias, seguem altos padrões de sigilo.

O pilar seguinte corresponde ao monitoramento e auditorias, ou seja, como já exposto anteriormente o programa de *compliance* ele é permanente, devendo assim ter um monitoramento constante – inclusive com a finalidade de perceber alguma irregularidade de maneira prematura, antes do problema se alastrar em vários ramos da empresa.

Com relação as auditorias, essas são de extrema importância para a empresa, inclusive orienta-se que essas auditorias sejam independentes, contratando assim empresa especializada para realiza-las.

A avaliação de fornecedores é outro pilar importante a ser observado no referido programa, pois o mesmo possui como finalidade um estudo para analisar quem são os fornecedores da empresa, se esses fornecedores também possuem programas de integridade, se há condenações criminais, trabalhistas envolvendo esses fornecedores. Evitando assim que futuramente possa vir a ter algum escândalo, envolvendo as empresas fornecedoras e que estes escândalos reflitam na empresa.

> Salientamos que essas ferramentas não devem ser ilustradas como se fossem um caminho em linha reta e que, uma vez concluído, estaria finalizado. Isso porque as ferramentas de compliance devem estar em constante evolução e aprimoramento, sempre com acompanhamento da evolução legislativa e jurisprudencial e com a descoberta de novos riscos, o que demandará novas incursões em códigos e regulamentos internos, auditorias e investigações internas, tudo em um formato cíclico. (SILVA; PINHEIRO, 2020, p. 60)

Todas essas ferramentas não são aplicadas em etapas cronológicas, pois são mecanismos que devem serem aplicados de forma conjunta e permanente, pois para o bom desempenho no programa de *compliance* é necessário sempre constância e inovação.

2.2 Conceito de Compliance Trabalhista

Após essa análise mais detalhada sobre o programa de *compliance* de forma geral, podemos agora começar a construir uma abordagem mais específica, na seara trabalhista.

Nesse sentido, *compliance* trabalhista diz respeito a instalação de um programa na empresa que visa estudar os riscos do empreendimento na seara trabalhista, as maneiras pelas quais o empregador pode mitigar esses riscos, uma análise sobre como se encontra o ambiente de trabalho e o que a empresa pode fazer para construir um ambiente de trabalho mais saudável. Trata-se da criação de um código de condutas no qual disponha de normas que versem sobre a relação entre os colaboradores da empresa, criação de um canal de denúncias, dentre outros.

> (...) A chave para qualquer programa de conformidade trabalhista estará em sua capacidade de garantir a conformidade e a vigilância ideais por parte das empresas, não apenas das normas trabalhistas nacionais ou comunitárias aplicáveis, mas também e especialmente da conformidade com normas e padrões internacionais existentes no local de trabalho e proteção social dos trabalhadores em todo o mundo (ROSCO *apud* SILVA; PINHEIRO, 2020, p. 67).

Todo empreendimento possui riscos, de modo que é inevitável um negócio não possuir nenhum risco. Dessa forma, o que o programa de *compliance* trabalhista faz, inicialmente, é estudar toda a atividade empresarial daquele negócio, realizando um estudo principalmente voltado aos trabalhadores que colaboram para o desempenho dessa atividade empresarial, analisando como encontra-se a aplicação das normas de trabalho mais básicas ao empregado, como por exemplo, vínculo empregatício, pagamento correto das horas extras, pagamento do décimo terceiro, gozo de férias dos funcionários, dentre outros direitos básicos.

E posteriormente, analisar sobre mais direitos que possam ser implementados dentro da empresa, mas que não recaiam consequentemente em gastos excessivos ao empresário.

Como um programa de *compliance* geral, o programa de integridade trabalhista também tem o objetivo de ser permanente, continuo e inovador, pois diante da rapidez das inovações legislativas, inclusive advindas com maior frequência nesse período de pandemia, é necessário sempre estar atualizando o programa. Ainda havendo justificativa no fato das relações pessoais serem dinâmicas, bem como no avanço das inovações tecnológicas que cada vez mais vem gerando interdependência com as relações laborais.

2.3 *Compliance* no momento da admissão

A aplicação do programa de *compliance* trabalhista inicia-se com maior atenção na fase de pré-contratação e contratação dos funcionários da empresa. Pois, este é momento primordial para que seja analisado se aquele futuro colaborador está em consonância com as políticas da empresa.

Algo de extrema importância nesta fase é saber como deve ser dirigida a entrevista dos candidatos, para que não haja nenhum risco de eventuais condenações judiciais por discriminações. Portanto, é comum que empresas contratem pessoas que possuem técnicas especializadas em descobrir em entrevista, se as futuras e atuais colaboradoras possuem interesse em engravidarem, por exemplo.

Outra prática que está cada vez mais sendo comum, é descartar com base no exame de admissibilidade pessoas que possuam doenças pré-existentes, mas que não há nenhuma relação com o cargo a ser ocupado. Ou seja, não corre o risco de, em decorrência da atividade a ser desenvolvida, haja um agravamento da doença pré-existente ou que dela desencadeiem outras doenças.

O exame de admissibilidade possui extrema importância nesta fase, reduzindo inclusive o número de demandas trabalhistas decorrentes de doença ocupacional do trabalho. Tendo em vista que, o referido exame deve ser feito de uma forma detalhada e específica para o cargo a ser desempenhado.

Dessa forma, na hipótese de constatação de um possível desenvolvimento ou agravamento de doença em decorrência da atividade a ser desenvolvida, o médico ou especialista em segurança do trabalho deverá orientar a como esse funcionário deve trabalhar afim de evitar o adoecimento.

Em outro aspecto, algo muito questionado no Brasil e que inclusive já gerou algumas condenações às empresas, é a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho – TST (2019) que a exigência de certidão de antecedentes criminais apenas se faz necessária aquelas que

desenvolveram atividades de confiança, que irão atuar com informações sigilosas, como por exemplo nos casos dos telemarketings, motoristas rodoviários de carga, dentre outros. De maneira, que a exigência de certidão de antecedentes criminais indevida pode ensejar a condenação de danos morais *in re pisa*.

Entendimento similar aplica-se nas hipóteses da exigência de realização de exame toxicológico. Todavia, nos casos em que é possível e inclusive recomendado que se faça o exame no ato admissional, também é possível que esse exame seja feito com uma certa frequência, e não apenas no ato de admissão e demissão, o que será aprofundado no tópico seguinte.

Dessa forma, a atenção as relações laborais começam antes mesmo do início do vínculo, e essa atenção visa bem como mostrar que a empresa além de visar o bem estar dos seus colaboradores, está sempre atento as múltiplas relações interpessoais. O funcionário já entra na empresa tendo pleno conhecimento da política da empresa e da seriedade da mesma com o programa de integridade.

2.4 *Compliance* trabalhista em atuação no desencadear da relação empregatícia

Esse tópico visa mostrar a importância da aplicação do programa de *compliance* trabalhista no decorrer da relação empregatícia. Pois, o empregador em todo o desencadear desse vínculo possui a obrigação de estar sempre atento a suas obrigações trabalhistas, inclusive em busca de um ambiente de trabalho saudável aos seus funcionários e demais colaboradores.

Dessa forma, é necessário sempre está atento a como encontra-se a relação de trabalho. E para que essa parte do programa seja desempenhado com eficácia é necessária uma atuação presente dos hierárquicos superiores de cada cargo, pois são eles que estão convivendo diretamente com os funcionários, e consegue absorver mais os problemas trabalhistas daquele setor, inclusive são os primeiros a desconfiarem de possíveis fraudes envolvendo funcionários da empresa e terceiros.

Um exemplo dessa identificação de problemas, é quando um superior hierárquico começa a perceber mudança de comportamento em funcionário que era extremamente comunicativo, que inclusive sempre era exemplo de produtividade. E ao reportar a suas preocupações com determinado funcionário, chega-se à conclusão que ele está sofrendo da Síndrome de *Bournot*, conhecida como Síndrome do Esgotamento Profissional.

Dessa maneira, a empresa precisa analisar de forma severa quais as condutas da empresa que podem ter ocasionado no funcionário o seu adoecimento. Bem como, investigar para ver se o mesmo está acontecendo com mais funcionários da empresa. Sem contar que é de extrema importância que a empresa esteja sempre dando no tratamento do colaborador doente.

Ademais, é sempre importante analisar de forma constante o histórico de causas de afastamento dos funcionários, e verificar se possuem relação com doenças ocupacionais ou acidentes de trabalho. Realizando um estudo, inclusive, com uma equipe multidisciplinar sobre como implantar um ambiente de trabalho mais saudável e seguro dentro da empresa, lembrando sempre que esta equipe também deve ter a função sempre tentar transformar o ambiente de trabalho sem que recaia em encargos excessivos a empresa.

Outra atenção especial ainda no campo da saúde do trabalhador que o referido programa deve se atentar diz respeito ao exame toxicológico. Pois, recomenda-se que o exame toxicológico seja realizado com uma certa frequência na empresa, ajudando a mesma inclusive a escusar-se de certos problemas futuros – como por exemplo um acidente de trânsito no qual o funcionário diga que era obrigado a tomar remédios.

A empresa pode assim comprovar através dos exames periódicos que não faz parte da sua cultura que seus funcionários, usem esse tipo de substância e que inclusive está sempre realizando exames como forma de prevenção e combate a essas atitudes.

Além disso, não deve apenas uns funcionários realizarem esse exame e outros não – por exemplo, se uma empresa de transporte de cargas, acredita que um funcionário específico está usando remédios para não dormir, conhecidos popularmente como arrebites, não deve exigir que apenas este realize o exame e sim solicitar que todos os motoristas façam o exame. Assim a empresa não estaria atuando de forma discriminatória entre os funcionários.

Na aplicação do programa de *compliance* trabalhista um dos seus pilares ganha uma força maior nessa seara – que é o pilar do *due diligenci*. Pois, quando uma empresa labora com mão de obra terceirizada, esta deve ter uma atenção maior, pois o que iria trazer menos encargos, pode vir a se tornar uma bomba de ações trabalhistas.

Tendo em vista, que é de extrema importância que a empresa faça uma investigação sobre as empresas prestadoras de serviço antes de contratar, avaliando as demandas judiciais, se é uma empresa que participa de muitas contrações com o poder público. Recomenda-se ainda que essa empresa também possua o programa de integridade dentro de sua empresa.

> A avaliação de hipóteses que seriam de possível terceirização, os critérios para a seleção das empresas, a fiscalização, a gestão do contrato e a abertura dos canais de denúncia devem ser objeto de especial redobrada atenção (SILVA; PINHEIRO, 2020, p. 459).

A Lei 6.019/1974 (BRASIL, 1974), que versa sobre trabalho temporário nas empresas urbanas e outras providências, em seu art. 10, parágrafo sétimo, dispõe que via de regra a responsabilização da empresa tomadora de serviços é subsidiária. Como já exposto, muitos empregadores acreditam que pelo simples fato de a responsabilidade ser subsidiária, será muito difícil a sua empresa ser condenada.

Contudo, há duas situações bastante comuns de ocorrerem nos casos de terceirização. A primeira situação ocorre quando a empresa tomadora de serviços, não fiscaliza a empresa prestadora de serviços para saber se de fato os direitos trabalhistas desses colaboradores estão respeitados. Enquanto que a segunda situação corresponde a uma falsa terceirização, ou seja, a tomadora de serviços descumpre um dos requisitos fundamentais da terceirização, situação em que será considerada como terceirização ilícita e os colaboradores serão considerados empregados da tomadora de serviços, um exemplo dessa terceirização ilícita é quando os colaboradores são subordinados diretamente pela tomadora.

Outro ponto que mostra como é importante essa questão do *due diligenci* nas relações de terceirização, condiz com a questão do caso de falência da prestadora

de serviços. Nessa situação, a tomadora de serviços se torna responsável solidariamente pelas verbas remuneratórias e previdenciárias, pelo período em que aquele colaborador esteve prestando serviços junto a sua empresa, é o que se depreende do artigo 16, da Lei 6019/1974 (BRASIL, 1974).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instalação de um programa de *compliance* na seara trabalhista, possui como real objetivo evitar demandas judiciais e tornar a empresa um ambiente de trabalho sustentável, fazendo com que seus colaborardes produzam com uma maior qualidade.

Dessa forma, para que o administrador do programa de *compliance* consiga instalá-lo de forma adequada na empresa e que os sócios administradores, estejam dispostos de fato a cumprir o programa é necessário que seja feito de uma maneira sustentável.

Percebe-se ao longo da presente pesquisa, que o programa de *compliance* é fundamental para um desenvolvimento saudável do ambiente de trabalho, trazendo aspectos positivos e garantias não somente ao trabalhador, como também para a empresa.

O programa de *compliance* torna-se uma maneira de prevenção e atividade de regulamentar dentro das empresas as normas e legislações do Direito Trabalhista, com o objetivo de corrigir práticas contrárias aos dispositivos legais e prevenir futuros processos judiciais que venham a surgir por negligência dos gestores e das organizações.

Assim, a partir dessa série de medidas que são tomadas pelas empresas para que as leis sejam respeitadas dentro do local de trabalho, como controle de jornada de trabalho, respeito ao pagamento das horas extras, prevenção de abusos de gestores e empregados, ou seja, é o cuidado com a aplicação correta da CLT, na qual as empresas podem criar um setor específico para esse fim ou contratar escritórios especializados para implementar este conjunto de norma de boas práticas.

Nesta feita, as empresas, antevendo o risco, estão buscando se preparar para evitar, inclusive, que sejam litigiosiados temas na esfera trabalhista, ante essa conduta preventiva empresarial, aumentando a comunicação entre gestores e diretores da empresa, bem como entre os funcionários, afastando riscos que podem ser evitados a partir de tais medidas e implementações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBI. Associação Brasileira de Bancos internacionais; FEBRABAN, Federação Brasileira de Bancos. **Função de Compliance**. 2009. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcaodecompliance_09.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017;

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Resposabilidade Social e Empresarial**: Uma visão prática. Alta Books Editora, 2016.

BRASIL. **Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em 17 mai. 2021.

CADE. **Guia Programa de Compliance.** 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em 18 mai. 2021.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. In: **Revista de Ciências do Estado**, v. 3, n. 1, 2018.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KLEINDIENST, Ana Cristina. **Grandes Temas do Direito Brasileiro**: Compliance. Grupo Almedina, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935178/>. Acesso em: 19 mai. 2021.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. **Manual do compliance trabalhista** – teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020

TST. Exigência de certidão de antecedentes criminais por fábrica de alimentos é considerada discriminatória. In: **Justiça do Trabalho**, Tribunal Superior do Trabalho, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/exigencia-de-certidao-de-antecedentes-criminais-por-fabrica-de-alimentos-e-considerada-discriminatoria>. Acesso em: 19 mai. 2021.

CAPÍTULO 39

A FUNÇÃO SOCIAL DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA LEI N.º 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016

Karina Santos do Prado Pessoa

1. INTRODUÇÃO

A atuação do Estado na economia é uma realidade brasileira e sua regulação tem base constitucional[ii]. Desde 2016, em cumprimento ao previsto no art. 173, §1º da Constituição Federal, promulgou-se a Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, responsável por regular o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que foi posteriormente regulamentada pelo Decreto n.º 8.945, de 27 de dezembro de 2016.

Essa lei, de fato, surge em um momento crítico no Brasil, em que fraudes e esquemas de corrupção envolvendo os dirigentes da Petrobrás, na famosa operação "Lava Jato", foram desvendados e amplamente noticiados.

É nesse cenário que ganha relevância a análise dos dispositivos legais voltados à condução diligente das empresas estatais, que representam papel importante na economia nacional[ii]. O objetivo do presente Artigo é discutir o princípio da função social da sociedade de economia mista nos termos do art. 27 da Lei das Estatais. Para tanto, este Artigo está dividido da seguinte forma: (i) esta Introdução; (ii) o Regime Jurídico da Sociedade de Economia Mista no Brasil; (iii) o Instituto Jurídico da Função Social; e (iv) as Considerações Finais.

2. O REGIME JURÍDICO DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NO BRASIL

As sociedades de economia mista representam o modelo operacional do Estado para a consecução dos interesses da coletividade, sendo uma das espécies do gênero "empresa estatal"[ii]. O seu traço essencial caracterizador é de se constituírem como auxiliares do Poder Público. Assim, considerando que os seus interesses que buscam transcendem os meramente privados, a própria lei estabelece que, apesar de possuírem parte do capital social cuja a titularidade pertence a entes privados, o poder de controle[ii] é estatal.

A Lei n.º 13.303/16 traz em seu art. 4º a definição da sociedade de economia mista afirmando ser uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com sua criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta[ii].

A sociedade de economia mista, por definição legal, só pode adotar a forma societária de sociedade anônima e, com relação à sua constituição, somente pode ser

criada se houver prévia autorização legislativa[ii]. De acordo com o §1º do art. 2º da Lei n.º 13.303/16 e com o art. 4º do Decreto n.º 8.945/16, referida autorização legal deverá indicar, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que legitimam a intervenção estatal, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal.

Um dos traços característicos das sociedades de economia mista é que tais entidades devem, necessariamente, perseguir o próprio escopo, ou seja, devem ser criadas pelo Estado para um determinado fim e, portanto, encontram-se circunscritas pela finalidade definida pela lei criadora. Nesses termos, afirma o art. 237 da Lei n.º 6.404/76 que a sociedade de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição.

Considerando o disposto no §1º do art. 2º da Lei n.º 13.303/16 e no art. 4º do Decreto n.º 8.945/16, conjugados com o art. 37, XIX, e o art. 173 da Constituição Federal, não se pode cogitar da criação de uma sociedade de economia mista destinada à atuação indeterminada. Além da autorização legal, é essencial que a sociedade se constitua mediante um instrumento válido de atuação estatal. Sendo uma exploradora de atividade econômica[ii], a Constituição, no art. 173, exige que a lei autorizadora indique o relevante interesse coletivo ou a exigência de segurança nacional que justifique essa intervenção do Estado na economia. No caso de uma sociedade de economia mista visando a prestação de serviços públicos, tal situação não se subordina ao referido dispositivo da Lei n.º 13.303/16, mas a obrigatoriedade da autorização legal permanece em razão da exigência constitucional, sendo dispensável, porém, por não se tratar de exploração de atividade econômica, a indicação do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional[ii].

Essa vinculação aos fins definidos na lei autorizadora diz respeito aos princípios da especialização e legalidade. Se a lei lhes fixou determinado objetivo e destinou-lhes um patrimônio afetado a tal objetivo, não pode a entidade, por vontade própria, usar tal patrimônio para atender a finalidade diversa[ii].

Com base no art. 2º, §2º, da Lei n.º 6.404/76, a lei autorizadora deve descrever o objeto social da sociedade de economia mista de modo preciso e completo. O objeto social pode ser amplo, entretanto não poderá ser vago, de modo a violar o princípio da legalidade[ii].

De fato, na sociedade de economia mista, a definição clara e precisa do objeto é bastante relevante, tendo em vista que nele devem estar compreendidos não só a atividade empresarial e o interesse público que justificou a sua criação, como também os objetivos de política econômica e social do Estado, que estabelecem os limites da sua finalidade[ii].

3. O INSTITUTO JURÍDICO DA FUNÇÃO SOCIAL

O termo “função social” surgiu na filosofia, sendo posteriormente adotado pelo Direito sob a forma de função social da propriedade. A função social da propriedade aparece, pela primeira vez, com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, em 1919, ao afirmar que a propriedade obrigava e o seu uso também deveria servir ao interesse da coletividade[ii].

Essa norma foi interpretada no sentido de impor deveres positivos ao proprietário, não se tratando de simples restrições à ação do proprietário. De fato, a função social da propriedade representaria um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, sendo, portanto, inconfundível com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios[ii].

É justamente a partir do advento do Estado Social que a função dos institutos jurídicos passa a ser essencial para a sua estrutura e, consequentemente, a integrar o seu conceito. No Brasil, especificamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a funcionalização dos institutos jurídicos representou uma "mudança de foco": deixa-se a primazia do viés conceitual para se alcançar a finalidade da figura jurídica, significando que mais relevante do que a análise da composição estrutural dos institutos jurídicos são, para o Direito, os seus efeitos e desdobramentos no mundo jurídico[ii].

3.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXIII, prevê especificamente a função social da propriedade, relacionando-a com a ordem econômica ao dispô-la com um princípio da atividade econômica no inciso III do seu art. 170.

O texto constitucional não traz expressamente o princípio da função social da empresa, mas é notório que as discussões a respeito da função social da propriedade se projetam sobre a propriedade dos bens de produção e, consequentemente, sobre a função social da empresa[ii].

Nesse sentido, a partir da funcionalização do direito de propriedade, tal como dimensionado pela Constituição Federal de 1988, é possível analisar os bens de produção utilizados pela empresa no desenvolvimento de sua atividade empresarial. Para Fábio Konder Comparato, que ressalta fundar-se a classificação dos bens em produtivos e bens de consumo não em sua natureza e consistência, mas sim na destinação que se lhes dê, fixar a destinação ou função dos bens, no ciclo econômico, não é tarefa que deva ficar inteiramente submetida ao princípio da autonomia privada[ii].

A função social dos bens de produção não esgota a questão da função social da empresa, já que esta é uma realidade complexa e não se restringe tão somente ao aspecto patrimonial. Quando os bens de produção acham-se incorporados a uma exploração empresarial, a função social já não é mais um poder-dever do proprietário, mas do acionista controlador. A ênfase da função social desloca-se, nesse sentido, da propriedade dos bens de produção e da titularidade das participações acionárias para o poder de organização e controle[ii] [ii].

3.2. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa constitui o poder-dever de o acionista controlador e os administradores harmonizarem as atividades da empresa de acordo com o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos[ii].

Anteriormente à Constituição Federal, a Lei n.º 6.404/76 já previa nos seus arts. 116, parágrafo único, e 154, a responsabilidade tanto do acionista controlador quanto do administrador da companhia pelo cumprimento da função social da empresa. Assim, tanto aqueles que controlam quanto os que administram a sociedade devem ter como

norte o princípio da função social da empresa, que, em linhas gerais, não restringe o interesse social à lucratividade e ao crescimento econômico, mas também os obriga a deveres e responsabilidades perante os denominados "*stakeholders*"[ii] e a comunidade em que atua.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não dispor expressamente acerca do princípio da função social da empresa, permite através de uma interpretação sistemática dos seus artigos referentes à função social da propriedade (arts. 5º, XXII e XXIII; 182, §2º; 184; 185, parágrafo único e 186) e dos que compõem o Capítulo I do Título III – Da Ordem Econômica e Financeira, identificá-lo e, portanto, servir como base constitucional para sua análise e aplicação.

Nesse sentido, o art. 170 da Constituição Federal apresenta os parâmetros para o exercício da função social da empresa à medida que estabelece que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e, para tanto, devem ser observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades, de busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte. Diz-se, portanto, que a empresa cumprirá sua função social quando o seu exercício obedecer a esses princípios constitucionais, que, por sua vez, passam a nortear a atividade empresarial[ii] [ii].

A função social da empresa é, portanto, o princípio norteador da "regulamentação externa" dos interesses envolvidos pela grande empresa, sendo que sua influência pode ser sentida em campos verdadeiramente distintos, tais como o direito antitruste, o direito do consumidor e o direito ambiental. A ideia de função social da empresa é, de fato, uma das noções de mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro, ou seja, é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de se impor obrigações positivas à empresa[ii].

A empresa, portanto, tem como finalidade, além de buscar a lucratividade no desenvolvimento de sua atividade, também proporcionar certos benefícios aos envolvidos com a atividade empresária, sejam eles acionistas e administradores, como também os seus *stakeholders*, bem como à coletividade de uma maneira geral[ii].

É nessa linha que atua o legislador ao buscar concretizar o princípio da função social da empresa a partir aprovação de uma legislação específica. De fato, a Lei n.º 6.404/76 se refere a tal princípio, mencionando-o expressamente nos arts. 116, parágrafo único e 154 e, portanto, relacionando o seu descumprimento a causas de responsabilização tanto no âmbito do poder de controle da sociedade quanto na seara da gestão e administração da empresa.

Contudo, com relação às empresas estatais, a regulação da sua função social não está restrita à Lei n.º 6.404/76. Em cumprimento ao disposto no art. 173, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, promulga-se a Lei n.º 13.303/16, dispondo sobre a função social das empresas estatais no seu art. 27, em conformidade com o que determina o próprio inciso I do referido parágrafo constitucional.

3.3. A FUNÇÃO SOCIAL DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Como observado anteriormente, a função social das empresas estatais não é um tema novo. Trata-se de um princípio que é extraído da Constituição Federal de 1988 e, no âmbito infraconstitucional, previsto expressamente pela Lei n.º 6.404/76 e pela Lei n.º 13.303/16.

O artigo 27 da Lei n.º 13.303/16 procura delimitar a função social aplicável às sociedades de economia mista, *in verbis*:

> *"Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.*
> *§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:*
> *I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;*
> *II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.*
> *§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.*
> *§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei".*

A constatação de que as sociedades de economia mista exercem função social não advém da previsão em lei, mas sim das características que lhe foram concedidas pelo próprio ordenamento jurídico[ii]. Não obstante, se considerarmos que a sociedade de economia mista é uma entidade de direito privado, devemos concluir que esta sociedade já se sujeitava ao cumprimento da função social, levando-se em conta tanto os preceitos aplicáveis às companhias de capital privado nos termos da Lei n.º 6.404/16, quanto os relacionados aos interesses públicos que justificaram a sua criação.

A diferença que se estabeleceu a partir da promulgação da Lei n.º 13.303/16 teria sido a previsão específica e expressa dos parâmetros que nortearam a função social quando aplicável às empresas estatais. Para parte da doutrina brasileira[ii], o resultado de tal previsão foi o de contribuir para dar maior concretude ao princípio, na medida em que este costuma ser muito amplo e fugidio. Assim, acaba-se evitando uma indevida instabilidade no exercício do controle social e das competências administrativas, além de acarretar algumas contrapartidas indesejáveis, tal como o aumento da discricionariedade dos administradores e o emaranhamento das finalidades

da gestão, levando à arbitrariedade dos gestores, impossibilitando e enfraquecendo qualquer tentativa de prestação de contas em relação aos acionistas e também a novos grupos[ii].

No entanto, ao se analisar o *caput* e os parágrafos do art. 27 da Lei n.º 13.303/16, que regula a função social no âmbito da empresa estatal e, consequentemente, da sociedade de economia mista, tem-se que algumas das diretrizes ali elencadas como objeto da função social já decorriam do próprio ordenamento jurídico ou eram tidas como aplicáveis para todas as demais entidades jurídicas de direito privado que também se sujeitam à função social; em outras palavras, não são específicos das sociedades de economia mista e, por esta ser uma entidade de direito privado, já se sujeitava a eles. Isoladamente considerado, o art. 27 apresenta uma série de conceitos abertos ou indeterminados[ii], que dariam margem à subjetividade e, portanto, à insegurança jurídica.

Inicialmente, trata-se do parágrafo 2º do art. 27 da Lei n.º 13.303/16, que dispõe sobre a necessidade de a sociedade de economia mista adotar as práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social colaborativa compatíveis com o mercado em que atua. De fato, tais medidas não devem ser adotadas tão somente por tais sociedades, mas por todas aquelas que estão sujeitas ao princípio da função social da empresa e seguem boas práticas de governança corporativa.

Nessa mesma linha, o *caput* do art. 27 também não apresenta grandes novidades, visto que já é possível concluir a partir do art. 2º, parágrafos 1º e 2º, da Lei n.º 13.303/16, que a realização do interesse coletivo e atendimento a imperativo de segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal que criou a sociedade de economia mista irão balizar a sua função social. O fato de que a sociedade de economia mista não poderá estar sujeita ao cumprimento de uma função social que extrapole o objetivo específico que justificou a sua criação ou a proibição de que se invoque a função social para flexibilizar o seu objeto social ou interesse social também já decorrem dos dispositivos constitucionais aplicáveis e dos arts. 2º, §2º, 236 e 238 da Lei n.º 6.404/76.

No parágrafo 1º do art. 27, a Lei n.º 13.303/16 especifica o que deve ser considerado como "realização do interesse coletivo", expressão mencionada no *caput*. De fato, a função social da sociedade de economia mista não se resume apenas ao cumprimento do seu objetivo específico, constante do instrumento legal que autorizou a sua criação, mas também aos fins expressa e legalmente dispostos no referido parágrafo 1º, que procuram refletir mais do que a busca de lucratividade[ii], qual seja, a importância da empresa estatal no meio social em que se insere.

No entanto, o legislador no parágrafo 1º procurou definir "realização do interesse coletivo" a partir de conceitos jurídicos indeterminados (*e.g.*, "alcance do bem-estar econômico" e "alocação socialmente eficiente dos recursos"), sem, de fato, prescrever objetivamente o que seria o cumprimento da função social da empresa no âmbito da estatal. Ao analisar o dispositivo, por se tratar de conceitos muito elásticos, o efeito pode ser exatamente o inverso, qual seja de servir de justificativa para decisões e atitudes tomadas por acionistas controladores e administradores que não refletem fielmente o cumprimento da função social, ao invés de balizar a sua atuação.

O disposto nos incisos I e II, do parágrafo 1º, oferece duas hipóteses mais objetivas em que haveria a realização do interesse coletivo necessário a configurar a função social, quais sejam, o acesso dos consumidores e o emprego de tecnologia

nacional. Porém, essas duas hipóteses devem ser perseguidas desde que de maneira "economicamente sustentada", o que é algo igualmente aberto e indeterminado.

Quanto ao parágrafo 3º do art. 27, o legislador afirma que as empresas estatais poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou pessoa jurídica, indicando expressamente qual deverá ser a finalidade do acordo: a promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica. Além disso, acrescenta dois requisitos: estar comprovadamente vinculado ao fortalecimento da marca da estatal e observar, no que couber, as normas de licitação e contratos da Lei n.º 13.303/16.

Novamente, afirmar qual atividade patrocinada deve refletir o fortalecimento de uma marca aproxima a sociedade de economia mista de qualquer outra sociedade empresária, cujo administrador tem deveres de diligência, de lealdade, de evitar conflitos de interesse e de atuar de acordo com os fins e no interesse da sociedade (arts. 153 e seguintes da Lei n.º 6.404/76).

O Decreto n.º 8.945/16, no art. 44, ao regulamentar o art. 27 da Lei n.º 13.303/16, não acrescenta relevantes disposições, sendo mais uma compilação do dispositivo da Lei das Estatais do que a regulamentação específica do que estabelece o art. 27[ii]. Exceto no que diz respeito à contratação de convênios e contratos de patrocínio, em que procura melhor detalhar as suas exigências, o restante do art. 44 é uma mera compilação do que já prevê o art. 27 da Lei n.º 13.303/16, não contribuindo para a orientação do gestor público nessa seara.

Ao dispor expressamente sobre a função social, o legislador parece ter reconhecido a sua importância, mas a previsão do art. 27 parece ser tímida no objetivo de reduzir a insegurança jurídica, na medida em que não apresenta elementos objetivos a ser usados pela gestão da sociedade de economia mista.

Porém, a função social não advém (ou pode advir) da aplicação de um dispositivo construído com boas intenções e conceitos jurídicos abertos ou indeterminados: a Constituição Federal, a Lei nº 6.404/76, bem como as diversas previsões da Lei nº 13.303/16 e de instrumentos de governança (muitos deles, como a carta anual, trazidos pela própria Lei nº 13.303/16) reforçam a importância da função social na condução das sociedades de economia mista e oferecem mais elementos e instrumentos aos gestores na redução da discricionariedade e da insegurança jurídica.

Além disso, é importante frisar que tal como as companhias privadas, as sociedades de economia mista estão sob o crescente escrutínio do mercado financeiro e de valores mobiliários, além de se sujeitarem às regras da Comissão de Valores Mobiliários se forem companhias abertas. Muitas das sociedades de economia mista brasileiras emitem valores mobiliários não apenas no Brasil, como também no exterior, estando, portanto, sujeitas a uma regulação extensa quanto à transparência de suas atividades. Nesse sentido, a fiscalização por parte dos que investem em tais companhias é crescente, assim também como o nível de *enforcement*, ou seja, da aplicação efetiva das normas regulatórias cabíveis.

Na linha de governança, as sociedades de economia mista para que possam fazer jus a investimentos privados, estão cada vez mais sujeitas a rígidos controles de governança, sendo obrigadas a adotar códigos de conduta, códigos de governança corporativa etc. A pressão, portanto, exercida por tais investidores para a adoção de pautas *ESG*[ii] é crescente e direciona a gestão dos negócios sociais, devendo a sociedade de economia mista não apenas atentar para o interesse público que motivou a sua

criação, mas também para a função social que não é apenas determinada pela Lei n.º 13.303/16, mas também por vários outros fatores legais e impostos pelo próprio mercado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime jurídico das sociedades de economia mista tem previsão na Constituição Federal, sendo também regulado pela Lei n.º 6.404/76, Lei n.º 13.303/16 e seu Decreto n.º 8.945/16 e, se tratar de companhias abertas, pela Lei n.º 6.385/76, bem como pelas normas da Comissão de Valores Mobiliários aplicáveis.

Não obstante a sociedade de economia mista já estar sujeita ao princípio da função social da empresa pela regulação da própria Constituição Federal e da Lei n.º 6.404/76, a Lei n.º 13.303/16, no art. 27, trouxe disposições específicas referentes a este princípio voltadas às empresas estatais. Todavia, referido artigo da Lei n.º 13.303/16 não apresentou considerável inovação no que tange à concretização do princípio da função social da empresa estatal, visto que o legislador apenas se limitou a apresentar parâmetros já constantes de outros dispositivos legais e, mais do que isso, se valeu de conceitos jurídicos indeterminados, o que poderia contribuir para insegurança jurídica.

Porém, o art. 27 da Lei nº 13.303/16 não deve ser visto isoladamente. Ele reflete a importância dada pelo legislador ao tema e convida o intérprete a avaliá-lo em conjunto com outras regras previstas na própria lei e em outros diplomas legais. O resultado, conjugado com a prática de crescente importância de um capitalismo de *stakeholder*, é o primado da função social, a servir de régua para balizar comportamentos da gestão de empresas estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais. *O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista,* 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O lucro nas empresas estatais*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79745>. Acesso em: 16 set. 2003.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*: 4º volume, tomo I (artigos 206 a 242). 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*: Estudos e Pareceres. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. 1ª ed., São Paulo: Contracorrente, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado Empresário*, 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2017.
FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa*: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. 1ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Curitiba: Renovar, 2011.
GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Cadernos de Governança Corporativa*: Boas Práticas de Governança Corporativa para Sociedades de Economia Mista. São Paulo, 2015, p. 16. Disponível em: <http://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=20994>. Acesso em: 14 set. 2018.
IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Cadernos de Governança Corporativa*: Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores. São Paulo, 5ª ed. 2018, p. 13. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2021.
JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
_____. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais***:** Lei 13.303/16 – "Leis das Estatais". 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015.
SCHIRATO, Victor Rhein. *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual,* 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
SEST. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Boletim das Empresas Estatais Federais: 1o Trimestre de 2020. N. 14, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/14a-edicao-boletim-das-empresas-estatais-federais-1.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.
TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, vol. 810/ 2003, abr/ 2003, p. 33-50. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document#>. Acesso em: 13 jul. 2021.

CAPÍTULO 40

REFLEXÕES ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13 DO CÓDIGO CIVIL

Karine Koshiba Reis

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais hodiernas ocorrem de forma rápida na sociedade globalizada e cada vez mais conectada, gerando mudanças, também, nos valores e tradições mais conservadores. Logo, pode-se afirmar que a questão da disposição do próprio corpo subordinada à vontade de terceiros (exigência médica) incide na violação da dignidade humana, princípio constitucional fundamental, cujo desrespeito recai em ato inconstitucional. Posto, isso, cabe aqui questionar, de quem é o corpo, haja vista o profundo valor político-econômico dado ao corpo na atualidade? Tal perspectiva incide no valor constitucional que presume o pleno direito à autodeterminação individual, daí a sua importância para o presente estudo, qual seja, discutir a inconstitucionalidade da interpretação do art. 13 do Código Civil, onde se deve aplicar as premissas constitucionais tuteladas.

O artigo que se apresenta visa responder a seguinte situação: o artigo 13 do Código Civil, ao limitar a disposição do próprio corpo aos atos que sejam exigência médica ou sejam reversíveis, respeitam a autonomia privada e o direito ao próprio corpo garantidos constitucionalmente? Haveria, assim, alguma inconstitucionalidade no citado artigo 13 do Código Reale? Para responder a tais indagações, será feita uma pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório.

Destarte, serão tratados, no decorrer do presente estudo, os valores constitucionais depreendidos da Constituição Federal de 1988 que se aplicam aos direitos da personalidade, dentre eles a proteção da dignidade humana e, consequentemente, o dever de adaptação das normas infraconstitucionais aos direitos fundamentais. Além disso, será demonstrada a proteção da autonomia individual na CF/88, a fim de compreender a ligação entre tal tutela e os direitos da personalidade no Código Civil de 2002. Feito isso, será analisada a autonomia individual de encontro ao regramento do art. 13 do CC, o conceito de “cláusulas abertas” e os bons costumes e, por fim, o posicionamento do Conselho da Justiça Federal acerca do tema.

Por ora, basta afirmar que os conflitos concernentes às restrições da autonomia corporal evidenciam o retrocesso das construções dogmáticas civilistas tradicionais, insuficientes para promover a devida proteção da pessoa de forma integral. É importante notar o problema que surge da realidade social e a adaptação mandamental jurídica, o que demonstra ser imperiosa a reorientação dos preceitos da regulamentação ordinária à norma constitucional, que impõe a descontrução dos modelos tradicionais do Código Civil.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O processo de redemocratização do país, proveniente do fim do período militar na história política brasileira, dá um grande salto à sua concretização com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por meio dela, estabeleceu-se vários importantes direitos e obrigações dos cidadãos e dos entes políticos. Foi graças ao seu viés democrático que se pode observar muito do avanço da legislação atual, pois as Constituições Federais que lhe foram precedentes possuíam um viés autoritário. Ademais, também fruto do texto constitucional vigente, percebe-se como característica da legislação atual a existência de textos claros e objetivos referentemente aos princípios fundamentais. E é a partir desse viés que inicia-se o presente estudo, justamente analisando a proteção da dignidade humana e seus efeitos sobre os textos infraconstitucionais.

2.1 A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NA CARTA DE 1988

Avanços sociais e jurídicos foram feitos, de um modo considerável, com o diploma constitucional de 1988, especialmente ao consagrar a Dignidade da Pessoa Humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, conforme disposto em seu art. 1º, inciso III. Embora essa alteração tenha sofrido diversas construções doutrinárias até sua concretização, pode-se afirmar que se trata de um direito voltado de forma integral à humanização.

Ademais, constata-se que a existência do Estado existe em razão da pessoa humana, e não ao contrário. Dessa forma, vê-se que a Dignidade Humana não só desempenha o papel primordial dos direitos fundamentais como, também, de toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.

Em suma, a Dignidade da Pessoa Humana possui como finalidade a proteção mínima de direitos que devem ser respeitados pela sociedade, bem como pelo Poder Público, de modo a assegurar a valorização do ser humano. Dessa maneira, não há de se falar em direito humanizado sem trazer seu princípio axiológico mais significativo, repita-se, a dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, aduz Flávia Piovesan (2000, p. 54):

> A dignidade da pessoa humana, (…) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Devido à significativa importância da adoção desse princípio axiológico, passou a ter-se, como embasamento principal, um direito humanizado com fulcro nos princípios fundamentais, princípios esses que irradiaram seus efeitos por todo o universo jurídico nacional, inclusive sobre o Direito Civil, que logo produziria um novo Código que incorporaria tais norteamentos, sobretudo ao tratar dos direitos da personalidade.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E O DEVER DE ADEQUAÇÃO PELAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

É importante destacar a diferença existente entre direitos humanos e direitos fundamentais, embora os dois temas possuam a mesma finalidade, ou seja, asseguram a valorização do ser humano e do conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Numa análise a passos largos, eles se diferem pelo falo dos primeiros serem reconhecidos e positivados na seara do Direito Internacional, enquanto os derradeiros se encontram positivados na seara do Direito Constitucional.

Neste diapasão, juntamente com o macro princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna de 1988 se baseia especialmente em cinco principais direitos fundamentais, quais sejam: (a) a vida; (b) a liberdade; (c) a igualdade; (d) a segurança e (e) a propriedade, previstos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A importância estrutural e hierarquizada desses direitos fundamentais torna incompatível defender a constitucionalidade de uma norma que não esteja com eles alinhada, significando que tal norma não está amparada pela supremacia da Constituição Federal. Nada obstante, nas palavras de Silva (*apud* SANTOS ZUZA, 2015, n.p.):

> A constituição, é, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e nisso se notará sua superioridade em relação às demais normais jurídicas. [...] Nossa constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional, só são válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Em outras palavras, toda e qualquer lei infraconstitucional deve estar de acordo com o estipulado pela Carta Magna, caso contrário, ela padece de insanável inconstitucionalidade. Em síntese, justamente por nenhuma lei infraconstitucional, por questão de hierarquia e pelos demais motivos aqui já expostos, pode ofender os princípios fundamentais norteadores trazidos pela Constituição Federal, e esse entendimento será de especial importância ao se analisar se o artigo 13 do Código Civil está, ou não, alinhado a tais ditames.

2.3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA INDIVIDUAL

Na seara da garantia constitucional da liberdade, tem-se a proteção da autonomia individual, que significa legislar sobre si mesmo, conceito esse depreendido do sentido etimológico da palavra, sendo *autós* (por si mesmo) e *nomos* (lei). Assim, exercer a autonomia de forma individual remete a forma de expressar sua liberdade no

que tange às escolhas que atendem suas necessidades específicas, o que para Weber (2009, p. 232-259) é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, cabe aqui salientar as considerações de Bernardes e Ferreira (2016, p. 103):

> Com base no conceito de José Afonso da Silva, pode-se dizer que o direito à liberdade consiste no conjunto de prerrogativas a possibilitar a 'coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal' [...] Também chamada de autonomia privada, é a contra face do princípio segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II). Envolve o direito à resistência contra não só o exercício ilegal do poder, como também o abuso do poder de legislar em detrimento do núcleo essencial da autonomia pessoal.

Na mesma quadra, importa colacionar o posicionamento de Dalsenter (2009, p.162), que estabelece que a autonomia individual "pode ser entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao seu próprio corpo, estando, portando, inserida na esfera das situações existenciais", isto é, o indivíduo desfruta de um tipo de autorregramento sobre o seu corpo.

2.4 A LIGAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Considerada a vertente constitucional analisada, fundamentado a partir da dignidade da pessoa humana e de cinco super direitos fundamentais, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, o Direito Civil foi um dos campos jurídicos que mais sofreu a atuação desse novo comando. O Código Civil de 1916, então vigente, se já se encontrava em descompasso com a evolução social do século XX, acabou por se tornar amplamente inadequado também no viés jurídico, o que não ocorreu com o seu sucessor, o Código Civil de 2002.

Por necessitar incorporar tais princípios, o Código de Miguel Reale tratou de analisar algumas proteções inerentes à dignidade humana em seu contexto, nominando-os de direitos da personalidade. Assim, a ligação entre os direitos da personalidade e a proteção à Dignidade Humana reproduz a necessidade de inserção constitucional a que o Código Civil de 2002 fora submetido. Como nenhuma norma infraconstitucional pode divergir da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 se viu obrigado a implementar em seu texto o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, caso ocorra alguma violação aos direitos da personalidade, de forma direta isso resultará em uma forma de violação à dignidade da pessoa humana, pois aquele decorre desse. E o resultado natural da violação de algum direito da personalidade é o que se nomina dano moral, ofensa à direito existente no campo extrapatrimonial, podendo ser conceituado como uma ofensa aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Quando ocorre a violação atinente ao direito acima

reportado, incide a necessária compensação (na maioria das vezes, de caráter financeiro) de dano moral.

Conforme entendimento de Schiavi (2011, p. 67) “Dano moral é a violação a um direito da personalidade sem conteúdo econômico, tendo por fundamento e finalidade última a proteção à dignidade da pessoa humana”. Dessa forma, ao se buscar analisar a liberdade do ser humano nas alterações voluntárias de seu próprio corpo, nada mais natural do que caracterizar tal liberdade como um direito fundamental inerente à sua dignidade humana, de conteúdo não-patrimonial, tendo sua natureza jurídica, portanto, nos direitos da personalidade, que se passará a analisar a partir desse instante.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Num primeiro momento, faz-se mister verificar que, na acepção jurídica, o vocábulo “pessoa” é adotado como termo sinônimo para sujeito de direitos e obrigações (pessoa natural ou jurídica), que, na pretensão de satisfazer suas necessidades e de resguardar sua dignidade, por intermédio de mecanismos judiciais adequados, faz valer/cumprir um comportamento, exigindo um dever jurídico, concernente à sua subsistência, à manutenção das condições em que se encontra, ou a fim de se adquirir outros bens.

Enquadra-se aqui o conceito de personalidade que, conforme entendimento de Goffredo Telles Júnior (*apud* DINIZ, Maria Helena, 2014, p. 140), consiste no apoio dos direitos e deveres que vão ao encontro das características das pessoas na medida de suas singularidades, como direito subjetivo.

A Constituição Federal veicula a dignidade humana como um de seus fundamentos, objetivo de imensa valia a ser tutelado. Desse modo, tomando a personalidade como princípio jurídico basilar depreendido dos fundamentos constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro assegurou e consagrou no âmbito da legislação civil os direitos da personalidade, estendendo-os a todos os seres humanos, sem exceção.

3.1 CONCEITO

Os direitos da personalidade, consolidados no respeito aos direitos humanos, são direitos subjetivos, inatos à pessoa humana (a pessoa jurídica não a possui) e adquiridos em virtude de seu status individual, correspondendo a direitos fundamentais, como, exemplificativamente, ao direito à vida e sua integridade física e moral. Oportuno afirmar que são dotados de proteção própria em nível constitucional, bem como há no Código Civil Brasileiro um capítulo exclusivo dedicado à sua defesa.

Para melhor compreender o seu conceito, pode ser citada a definição dada por Gonçalves (2013, p. 184), em sua doutrina:

> A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela

> ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.

Por sua vez, Maria Helena Diniz (2014, p. 135), os conceitua como:

> Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social)

A soma das duas definições acima fornece todos os elementos fundamentais à compreensão do instituto, cujas características serão analisadas a seguir.

3.2 CARACTERÍSTICAS

Baseado na constituição destes direitos enquanto direito fundamental, é necessário acrescer-se à interpretação do teor do artigo 11 do diploma civil de 2002, que, em termos gerais, estabelece que "os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária", com fundamento na doutrina especializada, que os direitos de personalidade também são absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

No que tange a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, cabe salientar que tais características incidem na indisponibilidade dos direitos da personalidade. Portanto, haja vista esse caráter indisponível, os titulares não poderão transmitir a terceiros, porque esses direitos nascem e se extinguem com eles. Entretanto, tal indisponibilidade é relativa, tendo-se em vista, exemplificativamente, os casos de cessão de uso com fim comercial da imagem própria pessoa, mediante pagamento em pecúnia. Nem sempre isso será possível, entretanto, valendo destacar que não como há separar direitos como a vida ou a honra, também exemplificativamente, e os atribuir ao desfrute de outra pessoa.

Concernente ao caráter absoluto, tal característica diz respeito a sua oponibilidade *erga omnes*, pois impõe a todos o dever de respeito aos direitos alheios, isto porque se trata de um direito inerente à pessoa humana, logo leva em consideração a proteção da sua dignidade. Desrespeitar os direitos da personalidade de alguém significa, portanto, violar-lhe a dignidade. Nessa linha, cumpre clarificar que, apesar do *numerus clausus* dos direitos estabelecidos expressamente no Código Civil, os direitos da personalidade são ilimitados, isto é, vão além dos catalogados textualmente no Direito Civil, não havendo que se falar na determinação do número de direitos à personalidade, o que permite concluir que o dispositivo legal traz apenas um rol meramente exemplificativo, não esgotando os direitos nesse campo.

Afirmar que os direitos da personalidade são imprescritíveis é reconhecer a impossibilidade jurídica do direito ser extinto seja pela inércia da busca de defendê-lo

seja pelo fato do uso ou pelo lapso temporal. Todavia, interessante destacar que, por ter caráter patrimonial, o direito à compensação pelo dano moral sofrido, por exemplo, apesar de sua pretensão recair na satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial (a honra, a intimidade entre outros), submete aos prazos prescricionais fixados na norma relativamente à sua pretensão de agir.

Cabe lembrar que, por serem inerentes à pessoa humana e não sendo possível serem separados de seu titular, o que recai na sua indisponibilidade, os direitos de personalidade também não poderão ser penhorados, pelo mesma razão que também não poderão estar sujeitos à desapropriação, principalmente pelo efeito do legislador, no artigo 11 do Código, afirmar que o exercício dos direitos da personalidade não podem sofrer limitação contra a sua vontade.

É clara, enfim, a característica da vitaliciedade dos direitos, visto que são adquiridos desde a concepção e amparam o sujeito até a morte – conforme a teoria conhecida como Concepcionista dos direitos de personalidade. Não se desconhece, entretanto, a existência de teorias outras (Natalista) que defendem o seu surgimento a partir do nascimento com vida, em uma visão rigorosa do artigo 2º do Código Civil Brasileiro. Esse estudo, entretanto, propositalmente furtar-se-á à análise de tal embate, mas adota a Teoria Concepcionista por defender ser ela mais consentânea com os valores constitucionais defendidos no país.

Tais direitos extinguem-se com a própria pessoa, não existindo direitos da personalidade de pessoas falecidas. Eventuais lesões contra a imagem e a honra de pessoas falecidas, por exemplo, causam lesões nas pessoas vivas (seus familiares), que agirão por direito próprio para pedir eventual compensação por danos morais, numa figura jurídica que se nominou de dano moral por ricochete (ou reflexo) e que tem amparo no artigo 12, parágrafo único, do Código Civil.

3.3 OS PRINCIPAIS DIREITOS DA PERSONALIDADE RECONHECIDOS PELO DIREITO PÁTRIO

Feitas as reflexões acerca da conceituação e da fundamentação legal dos direitos da personalidade no âmbito constitucional, do Código Civil, de legislações outras e, principalmente, da jurisprudência, cabe aqui relacionar, a passos largos, os direitos já reconhecidos, apropriando-se dos destaques formulados pelos doutrinadores civilistas e suas ressalvas interpretativas, na forma de um compilado jurídico, em uma tentativa de abordar um número elástico de direitos tutelados.

Nesse sentido, os critérios de especificação e classificação dos aspectos fundamentais da personalidade, de acordo com a divisão de Limongi França (*apud* DINIZ, Maria Helena, 2014, p. 139), são:

1. Direito à integridade física: 1.1 o direto à vida; a) à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial; inseminação de proveta); b) ao nascimento; c) leite materno); d) planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina); e) à proteção do menor (pela família e sociedade); f) à alimentação; g) à habitação; h) à educação; i) ao trabalho; j) ao transporte adequado; k) à segurança física; l) ao aspecto físico da estética humana; m) à proteção médica e hospitalar; n) ao sossego; o) ao meio ambiente ecológico; p) ao lazer; q) ao desenvolvimento vocacional profissional; r) ao desenvolvimento vocacional artístico; s) à liberdade; t) ao prolongamento artificial da vida; u) à reanimação; v) à velhice digna; w) relativos ao problema da eutanásia.

1.2 direito ao corpo vivo; a) ao espermatozoide e ao óvulo; b) ao uso do útero para procriação alheia; c) ao exame médico; d) à transfusão de sangue; e) à alienação de sangue; f) ao transplante; g) relativos a experiência científica; h) ao transexualismo; i) mudança de sexo; j) ao débito conjugal; k) à liberdade física; l) ao "passe" esportivo; m) partes separadas do corpo. 1.3 direito ao corpo morto; a) ao sepulcro; b) à cremação; c) à utilização científica; d) relativos à transplante; e) ao culto religioso.

2. Direito à integridade moral: a) à liberdade civil, política e religiosa; b) à segurança moral; c) à honra; d) à honorificência; e) ao recato; f) à intimidade; g) à imagem; h) ao aspecto moral da estética humana; i) ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; j) à identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa); k) à identidade sexual; l) ao nome; m) ao título; n) ao pseudônimo.

3. Direito à integridade intelectual; a) à liberdade de pensamento; b) de autor; c) de inventor; d) de esportista; e) de esportista público participante de espetáculo público; Não obstante – atos de disposição do próprio corpo oportunamente serão explicados no próximo tópico.

4 A AUTONOMIA INDIVIDUAL E O ARTIGO 13 DO CÓDIGO CIVIL

Tendo por base a evolução do tema e seus desdobramentos no momento de aplicação, cumpre inicialmente destacar que a autonomia individual encontra amparo legal no artigo 13 do Código Civil, todavia de forma limitada, ocasião em que restringe, em sua literalidade, o respeito aos princípios fundamentais que tutelam a dignidade humana decorrente do mandamento legal constitucional. Nesse sentido, cabe destacar o artigo em questão, conforme demonstra a seguir:

> Art. 13, CC. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Já se viu que os atos de disposição do próprio corpo sofrem as limitações pela lei civil, ocasião em que tais atos só serão admitidos caso não haver diminuição da integridade física e se não desrespeitar os bons costumes, além dos atos motivados por exigência médica. Cabe questionar, portanto: que autonomia é essa que depende de terceiro para o seu exercício? Gerir o próprio corpo é um direito inato e que, constitucionalmente, não deve depender da interferência de ninguém. É nesse âmbito que se insere o direito à disposição integral do próprio corpo – parcela indissociável da personalidade humana, cujo pleno exercício torna imprescindível se respeitar a natureza de cada ser.

4.1 O REGRAMENTO SOBRE OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO CONFORME PREVISTOS NO ARTIGO 13 DO CÓDIGO CIVIL

Considerando-se que o artigo 13 se encontra no rol dos direitos da personalidade, importa destacar a característica do trinômio corpo/mente/espírito trazido na doutrina de Gagliano e Pamplona Filho (p. 148, 2007) e convenientes para classificar tais direitos. Visto isso, ao interpretar tal artigo, pode-se depreender que o texto civil restringe a sua tutela, ao mencionar apenas a questão da integridade física, não levando em consideração a parte psíquica da pessoa humana, que é indivisível, indisponível e inseparável do sujeito de direito.

Desta forma, fica evidente que, no tocante a interpretação do estabelecido no âmbito civil, a restrição se demonstra taxativa e consequentemente confronta o rol das características dos direitos da personalidade, afrontando o desenvolvimento da proteção dos valores fundamentais do ser humano. Esta é, portanto, uma primeira crítica a literalidade textual, a ausência da abordagem psicofísica da pessoa.

Cumpre destacar o posicionamento de Perlingieri (*apud* DALSENTER, p. 108, 2009) que dispõe o seguinte:

> [...] a integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da pessoa humana. A tutela de um desses perfiz traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos.

Entretanto, apesar de ainda constar ausente a modificação textual legislativa conforme supra criticado, cabe salientar que já houve concordância dos juristas na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que interpretaram e editaram o Enunciado nº 6, declarando que a "expressão médica" contida no referido artigo abrange tanto o bem-estar físico, quanto o bem-estar psíquico do disponente (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, p. 162, 2007).

Outra crítica plausível a ser feita concernente a insuficiência textual – haja vista que a análise desse estudo visa questionar principalmente a inobservância de alguns critérios do texto da lei, o que evitaria alguns problemas jurídicos – diz respeito a uma possível interpretação da "diminuição permanente". Aqui não se diz se tal determinação foi adotada visando as consequências ao corpo, por possível situação de periculosidade da diminuição realizada. Logo, é possível interpretar que, pela ausência da expressão "periculoso" ou outro termo que correspondesse a tal significado de perigo, isto é, tal eventual situação de perigo é irrelevante, portanto reduções que não se enquadrem como permanentes, ainda que se mostrem perigosas, estariam autorizadas.

Ainda abordando a falta de adequação textual, vale destacar também o fato do legislador impor limites ao poder da vontade individual e imputar um poder hierarquicamente superior à disponibilidade permitida por exigência médica. Logo, ao tratar da autonomia do próprio corpo, algo inerente à condição pessoal e individual do sujeito, tutelado pela ordem jurídica, não é coerente que tais atos de disposição corporal sejam dependentes ou vedados por terceiros, salvo por eventuais consequências sociais motivadas por razões de interesse público e convivência social, o que cabe apontar uma

terceira crítica ao aspecto restritivo adotado no texto, que diz respeito aos bons costumes e a situação de contrariedade a eles, o que será analisado no próximo tópico.

4.2 A ANÁLISE DO CONCEITO DE "CLÁUSULAS ABERTAS" E OS BONS COSTUMES

A exigência de não se contrariar os bons costumes implica entender o conceito de cláusulas abertas, que são expressões com diretrizes indeterminadas, por não apresentarem de forma expressa uma solução jurídica para determinada situação, o que demanda a interpretação do aplicador da lei diante do caso concreto. É o que ocorre com expressões como "boa-fé", a qual não permite uma definição pronta e acabada a priori, mas que pode ser perfeitamente definida quando o intérprete tiver um caso concreto à sua frente.

No que diz respeito aos bons costumes, é imprescindível entender acerca do seu caráter subjetivo, o que pode salientar o entendimento de SCHREIBER (p. 35-37, 2014) que afirma o seguinte:

> Historicamente, a expressão foi usada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes e à rígida manutenção do *status quo*, o que levou ao seu progressivo abandono pela produção legislativa e acadêmica, mais recente. Seu ressurgimento no Código Civil explica-se menos por uma renovação do conceito de bons costumes que pela já mencionada desatualidade do projeto que deu origem à codificação de 2002. Se passa incólume em outros setores do código Civil, a alusão aos bons costumes mostra-se extremamente preocupante em matéria de disposição do próprio corpo, onde o art. 13 emprega o termo como escopo proibitivo.[...] Em uma sociedade plural, conceder aptidão proibitiva a uma noção tão imprecisa como a de "bons costumes" implica frear atitudes que podem vir a configurar modos inovadores de expressão artística, de manifestação intelectual ou de simples entretenimento.

Considera-se, portanto, que os bons costumes não podem servir como instrumento de delimitação a fim de se unificar e consolidar uma única visão como moralmente correta, aceitável e irrefutável, pois isso vai de encontro à coerência que deve ser respeitada dos princípios constitucionais, principalmente por violar as aspirações particulares, culturais e sociais de cada pessoa e de seu agrupamento social. Entender isso é reconhecer e aplicar a moralidade constitucional para que seja interpretado corretamente o artigo 13 do Código Civil.

4.3 CONFLITO ENTRE O REGRAMENTO DO CÓDIGO CIVIL E A AUTONOMIA INDIVIDUAL PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE

O conflito consiste exatamente na vedação generalizada, expressa no artigo 13 do Código Civil, referentemente às diminuições físicas permanentes e seu confronto

com a autonomia individual, a qual possui respaldo legal na Constituição Federal. Tal confronto jurídico se mostra real no momento de aplicação a inúmeros casos concretos, onde a interpretação literal do dispositivo supramencionado deverá ser deixada de lado para não restringir práticas culturais diversas, que são admitidas na sociedade há muito tempo. A supremacia do texto constitucional faz com que, em respeito à dignidade da pessoa, eventuais destoamentos normativos em regramentos infraconstitucionais sejam tratados sempre com o acatamento das normais da Constituição, a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade em sua plenitude.

É imprescindível que o artigo 13 do Código Civil seja interpretado sob outra perspectiva, além do ponto de vista dos princípios constitucionais, principalmente tendo em vista que as alterações físicas permanentes no corpo humano já são admitidas social e juridicamente. Por exemplo, é o caso das cirurgias plásticas, as quais necessitam apenas da exigência estética do paciente, cabendo ao médico apenas manifestar-se no tocante as técnicas procedimentais mais adequadas, recomendações quanto à beleza física, ao bom gosto, harmonização etc. Desse modo, pode-se afirmar que a autonomia individual é valor inerente ao ser humano, na medida de sua singularidade, não uma valorização oriunda do ordenamento jurídico, o que demonstra que a interpretação literal do dispositivo objeto do presente estudo carece de atualização.

Como exemplo, destaca-se outra questão importante, qual seja, a da cirurgia de transgenitalização. Tal procedimento sofreu muita resistência enquanto ainda era considerada como forma de tratamento para a transexualidade, ocasião em que era abordada pela classe médica como uma doença. Logo, tal cirurgia fazia jus ao requisito da "exigência médica". Com a despatologização da transexualidade, entretanto, cumprido o devido tratamento multidisciplinar e havendo expressa indicação médica (cabe salientar o uso da palavra indicação, que exprime sentindo etimológico completamente diverso do vocábulo adotado no artigo 13 do CC), poderá o transexual realizar todos os procedimentos cirúrgicos necessários e complementares para a adaptação do seu corpo à sua identidade de gênero autoidentificada.

Como se vê, o critério da "exigência médica" assume flexíveis significados e aplicações. Tal flexibilização é uma inevitabilidade, afinal há questões que os aspectos éticos e valorativos, de cunho individual, devem solapar a rigidez e a exigência restritiva da dogmática jurídica. Desta forma, é notório que o regramento do Código Civil deve ser revisto com base na interpretação do texto constitucional, pois tal dispositivo encontra-se em incoerência com a autonomia individual e outros direitos concernentes à sua realização e bem-estar pessoal autodeterminado constitucionalmente tutelados.

4.4 POSICIONAMENTO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL SOBRE O TEMA

Dentre as repercussões e posicionamentos no âmbito do Conselho da Justiça Federal acerca do tema e suas aplicações práticas, cabe estacar os seguintes enunciados:

Enunciado nº 6, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF: "A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente"; Enunciado nº 276, aprovado na IV da Jornada de Direito Civil, que estabelece o seguinte: "o art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de

transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos no Conselho Federal de Medicina, e consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Enunciado nº 401, aprovado na V Jornada de Direito Civil, acerca dos bons costumes, estabelece que:

> Não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de vontade tenha sido livre, esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais.

Finalmente, deve-se registrar o Enunciado nº 532, aprovado na VI Jornada de Direito Civil "É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil."

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Amparada constitucionalmente, a autonomia corporal está prevista também no artigo 13 do Código Civil, estabelecido como atos de disposição do próprio corpo. Todavia, conforme demonstrado no decorrer desse trabalho, ao interpretar de forma literal o texto civil, é notório que a matéria civilista acerca do tema se mostra insuficiente e de encontro às transformações sociais que são visíveis na contemporaneidade. O fato de restringir a autonomia individual e imputar tal exercício à intervenção de terceiro se mostra um retrocesso, haja vista que uma das finalidades do Direito, em virtude de seu caráter dinâmico, é atuar como instrumento de promoção e transformação diante de questões sociais e jurídicas.

À vista disso, pode-se concluir que, ao limitar a disposição do próprio corpo aos atos que sejam exigência médica ou sejam reversíveis, o teor do artigo 13 do Código Civil desrespeita a autonomia privada e o direito ao próprio corpo garantidos constitucionalmente. Nessa perspectiva é imprescindível que haja a superação desses limites tradicionalistas dogmáticos, para que o direito ao próprio corpo seja coerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado também dentre o rol exemplificativo dos direitos da personalidade e seu livre desenvolvimento.

Por conseguinte, conforme ponderado no decorrer da presente pesquisa, bem como nesse tópico, pode-se afirmar que, por desrespeitar o princípio constitucional, fica evidente a inconstitucionalidade do artigo do Código de Reale. Para que haja a efetiva superação das restrições depreendidas da literalidade do artigo, é necessário que se afaste o caráter dogmático da respectiva norma, afinal o princípio tutelado e defendido aqui é aplicável de forma atemporal e acultural e visa romper com o classicismo, tradicionalismo imposto a Código Civil, afinal para que o Estado venha ser Democrático de Direito, é imprescindível que o pluralismo, característica notória da sociedade complexa da contemporaneidade, a fim de que seja estabelecida a ordem social, e garantido os direitos fundamentais a todos.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional – Tomo II – Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
DALSENTER, Thamis. **Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da PUC-Rio: Rio de Janeiro, 2009.
DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
Enunciados do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 23 jun. 2021.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – vol. 1 – Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2011.
SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 2014.
SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. **Direitos Fundamentais e Justiça**. n. 9, p. 232-259, 2009.
ZUZA, Diego dos Santos. Supremacia das normas constitucionais e garantias penais. **JusBrasil**, São Paulo, ago. 2015. Disponível em:
< https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/282292135/supremacia-das-normas-constitucionais-e-garantias-penais>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CAPÍTULO 41

O *COMPLIANCE* E O DIREITO À PAZ

Larissa de Castro Coelho

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo tratar sobre a ligação do programa de *Compliance* com o direito à paz, focando principalmente em um dos seus pilares, a boa governança corporativa, que detém como intuito a implementação de boas práticas de conduta na organização, que pode ser pública ou privada.

Não há dúvidas que o presente tema merece discussões aprofundadas, tendo em vista o aumento de casos de corrupção, suborno e fraudes que assolam o mundo e, consequentemente, aumentam os índices de miséria, pobreza e desigualdade socioeconômica.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método dedutivo-bibliográfico, realizando-se uma revisão da bibliografia com sistematização e discriminação dos livros e demais materiais utilizados.

1. DIREITO À PAZ: UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A direito à paz se encontra respaldado na Carta das Nações Unidas , de 16 de junho de 1945 (Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945[ii]), oriunda após a Segunda Guerra Mundial. Os propósitos das Nações Unidas estão previstos no artigo 1 e, em especial, o direito à paz no seu item 1. Veja-se *in verbis*.

> Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:
> 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;[ii]

Ademais, também foi regulamentado na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, adotado pela Assembleia Geral na Resolução nº 39/11, de 12 de novembro de 1984, que dispõe que,

> (...)*Reconhecendo* que garantir que os povos vivam em paz é o sagrado dever de todos os Estados,1. *Proclama solenemente* que os povos de nosso planeta têm o direito

> sagrado à paz;2. *Declara solenemente* que proteger o direito dos povos à paz e promover sua realização é uma obrigação fundamental de todo Estado;3. *Reitera* que para assegurar o exercício do direito dos povos à paz é necessário que a política dos Estados esteja orientada à eliminação da ameaça de guerra, especialmente da guerra nuclear, à renúncia do uso da força nas relações internacionais e ao acordo pacífico das controvérsias internacionais por meios pacíficos de acordo com a Carta das Nações Unidas;4. *Apela* para que todos os Estados e todas as organizações internacionais contribuam com todos os meios para assegurar o exercício do direito dos povos à paz mediante a adoção de medidas pertinentes nos planos nacional e internacional.[ii]

Já no direito brasileiro, o direito à paz se encontra no artigo 4º, inciso VI[ii], da Constituição Federal de 1988[ii], no qual é considerado um princípio constitucional brasileiro. Paulo Bonavides conceitua o direito à paz como,

> O DIREITO à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau e que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant. Direito à paz, sim. Mas paz em sua dimensão perene, à sombra do modelo daquele filósofo. Paz em seu caráter global, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças e que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam e sancionam.
>
> Paz, portanto, em seu sentido mais profundo, perpassado de valores domiciliados na alma da humanidade. Valores providos de inviolável força legitimadora, única capaz de construir a sociedade da justiça, que é fim e regra para o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência universal.
>
> **A essa idéia de concórdia adere uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, nortear o comportamento da classe dirigente, legitimar-lhe os atos e as relações de poder.[ii]** (grifou-se)

Ressalta-se que o direito à paz está respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III[ii], da Constituição Federal como um fundamento do Estado Democrático de Direito e no artigo 22[ii] da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Flávio Martins conceitua a dignidade da pessoa humana como “a fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Se o ser humano é titular de direitos e garantias, é porque deve ser tratado dignamente.”.[ii] Desta forma, conclui-se que o direito à paz é fruto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, é nítido a importância do direito à paz, não só no direito internacional, mas também nas relações interiores e exteriores do Estado brasileiro, tendo em vista o seu cunho principiológico. Ressalta-se que esse direito não está

relacionado somente a atos de guerras, mas também a comportamentos éticos entre os povos.

2. A ERA DO *COMPLIANCE*

O conceito de *Compliance* é muito divergente, tendo em vista que a expressão se origina do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade. Questiona-se: estar em conformidade com o quê?

Em um primeiro momento, rasamente, pode-se dizer que as organizações devem estar em conformidade com as normas externas (Tratados Internacionais, leis, decretos administrativos, entre outros) e internas (por exemplo, normas empresariais).

Entretanto, o instituto vai muito além disso. É um sistema de gestão que busca estar em integridade com normas de conduta, ter boas relações comerciais, excelente reputação e prevenir riscos. Necessita-se de multidisciplinariedade entre todas as áreas da organização, ou seja, todas atuando a fim de apresentar um posicionamento ético, iniciando da auto administração até os demais funcionários.

Débora Minucio Nascimento afirma, sob os ensinamentos de Francisco Mendes e Vinícius Carvalho,

> Um programa de Compliance visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema.[ii]

Mesmo sendo um instituto relativamente novo no Brasil, o *Compliance* é utilizado há anos nos Estados Unidos e na Europa. Um exemplo disso são as legislações como a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que é uma lei federal americana de 1977 e a *UK Bribery Act*, uma lei britânica promulgada em 2011 e considerada uma das legislações mais punitivas ao combate à corrupção.[ii]

No Brasil, o *Compliance* tornou-se mais presente com a promulgação do Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015[ii], que instaurou no seu artigo 42 o Programa de Integridade que traz um conjunto de procedimentos e mecanismos internos de integridade para as pessoas jurídicas, incentivando denúncias de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de conduta.

Desta forma, na legislação brasileira o *Compliance* é conhecido como Programa de Integridade. Todavia, esse programa somente apresenta somente uma das vertentes do instituto, como foi apresentado anteriormente. Ressalta-se que esse programa é fruto da Lei Anticorrupção ou também conhecida como Empresa Limpa (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013[ii]), que entre várias inovações jurídicas, trouxe a redução de pena para as empresas que adotarem o sistema de *Compliance*, além do acordo de lenência.

Outro ponto importante é a relação que o instituto tem com as boas práticas de governança corporativa. O *Compliance* visa sistematizar todos os setores de uma organização para o cumprimento de normas legais e códigos de conduta, visando a integridade da companhia, a fim de evitar escândalos éticos e legais. Ressalta-se que o sistema de gestão se baseia nos princípios da governança corporativa, proporcionalidade e sustentabilidade.

Por outro lado, governança corporativa é um sistema que dirige as empresas em busca de boas práticas, acarretando um comprometimento ético perante a sociedade e, consequentemente, uma vantagem competitiva. Segundo Marcella Bock,

> As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. Tais princípios permeiam, em maior ou menor grau, todas as práticas da empresa e sua adequada adoção resulta em um clima de **confiança tanto internamente como nas relações com terceiros**.[ii] (grifa-se)

Esses princípios apontados pela autora acima se dividem em: a) transparência, que é o ato de divulgar os documentos obrigatórios, além das razões da criação da organização; b) equidade, no qual o código de conduta deve ser aplicado a todos, sem qualquer distinção; c) responsabilidade corporativa, onde a organização externaliza as suas ações positivas com o intuito de zelar pelas ações sociais e; d) prestação de contas, no qual a organização atua de forma clara e assumindo a responsabilidade por suas ações ou omissões.[ii]

Desta forma, verifica-se a importância do *Compliance* em uma era onde escândalos de corrupção e suborno se tornam mais presentes no cotidiano, como o caso da Petrobrás e Odebrecht. Além disso, o instituto visa atingir também a Administração Pública, uma vez a criação do *Compliance* Público para ser instaurado nos entes federativos, associações e fundações públicas, por exemplo.

3. O *COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PAZ

Sabe-se que o *Compliance* é um sistema de gestão adotado por organizações que com o intuito de estar em conformidade não somente com as leis, mas também com condutas mais éticas. Desta forma, visa evitar escândalos, fraudes e posições empresariais que geram uma má reputação perante a sociedade e a lesam.

Segundo Cláudio Carneiro,

> A propagação do *Compliance* pelo mundo através das normas editadas pela *International Standardization Organization* vem possibilitando uma mudança comportamental em vários segmentos. Contudo, essa efetiva mudança é o maior desafio a ser enfrentado. **Ao nosso sentir, corrupção, violência, drogas e pobreza são os principais ingredientes de desarticulação do movimento de busca da paz**.[ii] (grrifou-se)

Ressalta-se que o direito à paz está relacionado aos princípios da boa governança corporativa, como a transparência, equidade, responsabilidade corporativa e prestação de contas. Nos últimos anos, houve uma série de escândalos de corrupção e suborno envolvendo gestões empresariais falhas e até mesmo a Administração Pública.

Percebe-se que essas ações afetam toda a sociedade, pois, por exemplo, nos casos das organizações públicas, comprovado desvios de dinheiro ou o pagamento de agentes públicos para o vencimento de uma licitação, criam uma gestão administrativa

menos eficaz e falha para a população, aumentando cada vez mais a desigualdade social e econômica e, consequentemente, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso de organizações privadas, posicionamentos preconceituosos ou envolvimento com corrupção, suborno e fraudes, além de afetar no mercado mobiliário, geram uma reputação negativa, como é o caso da Odebrecht.

Segundo o Índice de Percepção da Corrupção de 2020 (principal indicador de corrupção do mundo) realizado pela Transparência Internacional, o Brasil apresenta uma pontuação abaixo da média regional, mundial e ainda mais distante dos países do G20, sob a justificativa da crise democrática e sanitária que o país vive.[ii] Em outras palavras, mesmo com operações de combate à corrupção, devido as crise democrática e sanitária, o Brasil é considerado um país muito corrupto.

Cláudio Carneiro afirma que,

> A concepção de Boa Governança, nos dias atuais, deve ser tratada como verdadeiro direito fundamental, e não como mera recomendação ao administrador, seja ele público ou privado, pois o mau governo, seja por escolhas indevidas por seus administradores ou simplesmente por atos de corrupção ou suborno, acaba por comprometer direitos assegurados nas Cartas Constitucionais e, com isso, andar na contramão da evolução do Constitucionalismo Contemporâneo.
>
> A alegação bastante frequente de escassez de recursos torna imprescindível que se dê um destino cada vez mais responsável ao orçamento disponível, revelando-se absolutamente incompatível com a ordem de direitos trazida pela Constituição, a má governança ou uma gestão imoral ou improba.
>
> A influência de leis estrangeiras é cada vez mais forte em vários países. O *Compliance* que traz em sua essência normas de governança, gestão de riscos e combate à corrupção e ao suborno pode ser considerado uma importante ferramenta para o avanço do (Neo) constitucionalismo no país, pois visa a ampliar os instrumentos de controle e conferir uma maior transparência da gestão dos recursos públicos e, com isso, aumentar a efetividade dos Direitos Fundamentais e, em especial, os sociais que exigem um maior dispêndio de recursos.
>
> A relação existente entre a Cultura de *Compliance* e a Cultura de Paz somente será de fácil entendimento se partirmos das mesmas premissas. Assim, deve se ter como a premissa primeira, a concepção de que a paz será um objetivo inalcançável enquanto os direitos humanos fundamentais não forem respeitados; os direitos fundamentais devem ser considerados como pre-requisitos para a concepção de uma sociedade que proporcione dignidade de todos os indivíduos. Em segundo lugar, que tanto a Cultura de *Compliance* quanto a Cultura de Paz são movimentos que envolvem toda a sociedade mundial em busca da Boa Governança e o direito à Paz, respectivamente. Em terceiro lugar, que tanto a boa governança quanto o direito à paz vêm sendo classificados como novas

> dimensões de direitos humanos fundamentais. Como quarta premissa estabelecida no presente texto, deve-se se conceber o *Compliance* como um sistema de gestão que envolve três pilares, a saber: Governança, *Risk Assessment* e *Compliance* em sentido amplo. Da mesma forma, não adotamos no texto a concepção simplista de que a paz é, simplesmente, a ausência de guerra. Por fim, o último axioma é que a Educação é o instrumento de transformação cultural e, portanto, comportamental.
>
> Estabelecidos os pressupostos que serviram de sustentação teórica para a elaboração do presente texto, diversos são os desafios que colocam em teste a capacidade de se promover uma mudança comportamental na sociedade. Mudanças que possam contribuir de maneira efetiva para a redução das desigualdades sociais e econômicas, que combatam à corrupção, a miséria e a pobreza e, ao fim, possam agregar valores para a importante busca pela paz mundial.[ii]

Assim, conclui-se que *Compliance* é uma grande ferramenta contra más governanças, sejam públicas ou privadas, que visa possibilitar uma gestão mais íntegra e eficaz, de modo a combater ações fraudulentas e erradicar as desigualdades socioeconômicas. Desta forma, essas ações mais íntegras são um grande passo para a concretização do direito à paz e o princípio da dignidade da pessoa humana em nível mundial.

CONCLUSÃO

Desta forma, o direito à paz se tornou um dos objetivos da implementação de um programa de *Compliance*, uma vez que se baseia nos princípios da boa governança corporativa, quais sejam a transparência, equidade, responsabilidade corporativa e prestação de contas.

Ressalta-se que o direito à paz, previsto na Constituição Federal e em Tratados Internacionais, atualmente, está restrito somente a atos de violência, mas também aos comportamentos sociais da população, ou seja, busca-se disseminar condutas mais éticas.

Portanto, conclui-se que o *Compliance* é uma grande ferramenta combativa para diminuir os índices de miséria, pobreza e desigualdade socioeconômica que são fruto de más gestões, corrupções, subornos, fraudes e disseminação de ódio. Desta forma, facilita o alcance da tão sonhada paz mundial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BOCK, Marcella. **Compliance e governança corporativa.** 3.ed. Disponível em:https: //plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/184827/pdf/0. Acesso em 12/04/2021.p.317.

BONAVIDES, Paulo. **O direito à paz.** Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0312200609.htm. Acesso em 15/06/2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/06/2021.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 16/06/2021.

BRASIL. **Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em16/06/2021.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 16/06/2021.

CARNEIRO, Cláudio. **Compliance e a cultura da paz.** Volume XX. Galileu- Revista de direito e economia, 2019.p.49- 56.

CASTRO, C. A. **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989576. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/. Acesso em: 16 Jun 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 427.

NASCIMENTO, Débora Minucio. **Evolução histórica e legislações acerca do compliance**. Disponível em: https://advocaciadeboramn.jusbrasil.com.br/artigos/700763578/evolucao-historica-e-legislacoes-acerca-do-compliance. Acesso em 16//06/2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito dos povos à paz.** Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-sobre-o-direito-dos-povos-a-paz. Acesso em 15/06/2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACINAL. **Índice de percepção da corrupção de 2020**. Disponível em:
https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Googl

e&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KCQjw2tCGBhCLARIsABJGmZ6BQH5HrmpO6g1aKmFMjqPnAkUe1S7Ud5OATHiOdARpxnEaTubMUsYaAo4FEALw_wcB. Acesso em 24/06/2020.

CAPÍTULO 42

O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A HERANÇA DIGITAL

Larissa Fuentes

1.- Introdução

Os avanços tecnológicos foram escancarados com a chegada do novo milênio. Os anos 2000 apresentaram para a sociedade uma infinidade de inovações e praticidades que nos dias de hoje quase não conseguimos lembrar como era a vida sem essas invenções.

Na primeira década do novo milênio tivemos avanços na área de games, com o lançamento de videogames com gráficos muito melhores, o fim das televisões de tubo, a entrada do GPS, criado em 1970, no mercado de consumidores pessoas físicas, sendo comercializados em varejo e automotivos, o surgimento do pen drive, entre outros fantásticos avanços que tornam a nossa realidade muito mais prática.

As inovações tecnológicas cresceram ao passo que o fenômeno da globalização crescia a passos largos para a tornar o sistema econômico, social e político ainda mais fortes em âmbito mundial.

Para acompanhar tais avanços é preciso comunicá-los com o Direito e com o ordenamento jurídico brasileiro que tem enraizado na sua Constituição Federal de 1988 conceitos sociais e princípios que garantem a instrumentalização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A priori relembro os conceitos básicos para que não se confundam ainda direitos humanos e direitos fundamentais. O primeiro corresponde aos direitos básicos inerentes à pessoa humana, presente no nosso Direito Constitucional e no ordenamento jurídico internacional recepcionado pela nossa Constituição Federal. Os direitos humanos são declarações que determinam e asseguram o bem-estar social através da liberdade, igualdade, fraternidade.

Entretanto, os direitos humanos não se confundem com os direitos fundamentais que são assegurados através do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais é o reconhecimento positivo do direito assegurando que os direitos inerentes a pessoa humana sejam aplicados na prática.

Os direitos fundamentais no Brasil são inerentes ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e estão previstos na entre os artigos 5º e 17º da Constituição Federal de 1988. Contudo, o rol de direitos previstos em nossa Carta Magna não é exaustivo, razão pela qual infere-se que possui sentido expansionista.

Os direitos humanos foram sistematizados em gerações para reconhecer o momento histórico de sua declaração, todavia ressalta-se que não há hierarquia entre eles.

A primeira geração dos direitos humanos resulta essencialmente da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e da Constituição dos Estados Unidos da América, de

1787. Trata-se da emancipação do indivíduo, ou seja, a divisão histórica que classificava os seres como grupos sociais evolui para reconhecer o homem em sua individualidade e são reconhecidos como direitos de liberdade.

A segunda geração dos direitos humanos está relacionada com a transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, pois exige que o Estado promova não apenas a garantia, mas como a eficácia de direitos considerados prestacionais. Isto é, o homem reconhecido como indivíduo necessita que o Estado, ente propiciador, promova direitos ao trabalho, à saúde, educação, entre outros.

Os direitos humanos de terceira geração decorrem dos dois primeiros. Com o final da Segunda Guerra Mundial foi explícito que a capacidade política do indivíduo poderia afetar gravemente toda a população mundial, por isso haveria de ser criados direitos que ainda não estavam positivados e que trouxessem à luz do ordenamento internacional o sentimento fraternal de espécie. Por esta razão foram instituídos os direitos de natureza difusa ou coletiva.

As três gerações são reconhecidas por unanimidade pela doutrina, contudo, há quem defenda a existência de outras duas gerações.

A quarta geração, reconhecida e defendida pelo doutrinador Paulo Bonavides, estaria relacionada a universalização dos direitos fundamentais, como o direito à informação. Enquanto a quinta geração, ainda não pacificamente adotada e reconhecida doutrinariamente, seriam os denominados “direitos virtuais”, isto é, aqueles que nascem com a evolução da internet nos anos 90.

2.- direito à informação, desenvolvimento tecnológico e herança digital

Considerando o direito à informação como elemento crucial para o desenvolvimento de nossa sociedade, infere-se que além de se tratar de um direito humano, a informação e a comunicação associadas à liberdade de expressão são instrumentos políticos que sustentam a democracia e o federalismo brasileiro.

Analisando o Direito Constitucional brasileiro e sua Carta Magna observa-se que o direito à informação vai além de uma mera declaração, mas traz mecanismos que assegurem ao indivíduo que o Estado promova e facilite o desenvolvimento e acesso à todas as informações.

Essa afirmação está baseada, por exemplo, nos artigos 5º, inciso XXIX da Constituição Federal, que aborda direito de propriedade intelectual, marcas e signos, bem como no artigo 218 da mesma cártula jurídica, que determina o papel do Estado na promoção e incentivo a pesquisas científicas, desenvolvimento e capacitação tecnológica.

O contexto atual da internet encoraja o indivíduo a expressar livremente e de diversas maneiras, como por exemplo através de textos, mensagens, artigos, vídeos e imagens, e de maneira muito ágil. As informações são publicadas e consumidas instantaneamente, possibilitando que todos aqueles que possuem acesso a internet consigam escolher o que consumir.

As informações são compartilhadas democraticamente, sem restrições de ideologia, conteúdo e forma, o que é essencial para tornar o indivíduo independente e crítico. Todavia, tal espaço tem sido palco de disseminação de falsas informações que acarretam sérios prejuízos e atrasos sociais, políticos e econômicos para toda a sociedade mundial.

O público cada vez mais jovem com acesso à internet tem em mãos uma infinita gama de informações e conteúdos produzidos por qualquer pessoa através de redes sociais e tem o poder de alavancar uma cadeia de produções e publicidade que conseguem atingir camadas sociais que influenciam diretamente no curso de uma sociedade.

As mídias sociais se tornaram mais que um passatempo. Atualmente são essas as plataformas imprescindíveis para difundir notícias, periódicos, trabalhos, ideias, opiniões políticas, culturais, artísticas e até mesmo promover atos democráticos como manifestações e passeatas. Isto porque o acesso às informações ali disponibilizadas é fácil e a forma como se apresentam em questão de segundos sumarizam o objeto daquilo que está sendo ofertado, garantindo que o público-alvo se interesse e busque ainda mais conteúdo semelhante àquele.

Seria irrazoável abordar em um único artigo todas a variáveis decorrentes da produção de conteúdo e da democratização da informação por meio da internet, portanto neste artigo nos concentraremos no aspecto da herança digital.

Sabido é que todo conteúdo publicado na internet tem potencial para atingir milhares de pessoas e através da quantidade de acessos em uma mídia social é possível receber pela produção daquele material. Por esta razão muitos artistas e aspirantes tem se valido dessa rede para promover seus trabalhos e monetizar a utilização de uma plataforma pseudo gratuita para obter benefícios econômicos e artísticos para suas carreiras.

Dessa forma, a divulgação em cadeia de artistas e influenciadores, profissão esta última decorrente da potencialização das redes sociais, é a melhor e mais fácil maneira de se comunicar com um número intangível de pessoas, compartilhar informação e economizar tempo do público alvo que está consumindo aquele conteúdo.

De acordo com Siqueira Júnior:

> "A sociedade da informação é constituída em tecnologias de informação e comunicação que envolve a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos, como rádio, televisão, telefone, computadores, entre outros. Essas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova estrutura social, que tem reflexos na sociedade local e global." (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p. 214)

No Brasil, apesar do direito à informação ser um direito humano e fundamental, pois positivado e assegurado pela Constituição Federal, ainda existe grande dificuldade do Estado em conceder acesso à tecnologia.

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) define procedimentos estatais para a garantia do acesso à informação e ainda regula direitos e deveres daqueles que utilizam a internet.

Frisa-se com a lei em epígrafe que os direitos humanos e os direitos fundamentais devem evoluir no mesmo ritmo que ocorre a transformação da sociedade. Neste sentido, cada vez mais o Estado deverá se aprimorar e buscar mecanismos que contemplem todos os indivíduos e divulguem igualitariamente as informações de interesse público e garantam que haja a possibilidade da escolha da forma e tipo de conteúdo que cada um queira consumir.

Nesta seara, considerando todos os tipos de produções e publicações realizadas na internet, devemos abordar ainda que brevemente o direito a propriedade intelectual. Qualquer produção científica, artística, industrial ou literária concede ao autor a exclusiva recompensa pela sua criação, sendo que o tempo pela qual a recompensa é válida pode ser variada.

Por isso é importante que qualquer publicação, destaque para aquelas relevantes para o intelecto, sejam devidamente identificadas por seus autores e que haja o devido reconhecimento jurídico para que suas propriedades não sejam violadas indiscriminadamente.

O ambiente virtual para distribuição de informações já é uma realidade para todo o mundo, ainda que ainda haja dificuldade para que todos tenham acesso da mesma forma e na mesma qualidade.

Por isso, antes de nos aprofundarmos no tema da herança digital devemos ter aclarado dois conceitos importantes para a temática: (i) bens digitais e (ii) ativos digitais.

Os bens digitais seriam em suma, à luz do direito civil brasileiro, bens incorpóreos, ou seja, bens que não possuem existência material, sendo abstratos e intangíveis. Contudo, com a virtualização da sociedade não cabe a aplicação desse conceito.

Conforme temos discorrido o direito ao intelecto protegido pelo nosso ordenamento jurídico são de propriedade do autor e podem render lucros a este, por isso a transmissão do bem digital não deve ocorrer tão somente por cessão de direito, como ocorre com os bens incorpóreos. Faz sentido argumentar que existe um valor econômico na propriedade intelectual que está presente na comercialização de bens digitais.

Nas palavras de Adelmo Silva Emerenciano:

> "Os bens digitais, conceituamos , constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobrenível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas."

Em caráter exemplificativo, seria possível classificar como bem digital um software desenvolvido e vendido em mercado de varejo.

O ativo digital por sua vez seria todo e qualquer conteúdo de imagem, mídia, arquivo, texto, multimídia, signo, publicação, desenho ou ainda qualquer item autoral que seja codificado por um código binário.

Os desdobramentos da herança de ativo digital são ainda mais complexos. O bem digital é tangível, geralmente reconhecido juridicamente por patente ou registros semelhantes que permitem aos sucessores o acesso direto aos lucros relacionados a ele. Contudo, o ativo digital quase nunca está registrado ou destinado quando assumido pelo sucessor.

Como exemplo de ativo digital citamos as contas de e-mail e redes sociais, bem como os dados em nuvem e é importante que façam parte do espólio nos temas de sucessão.

Dada a relevância e complexidade do tema em 2012 o Facebook elaborou uma atualização de suas políticas de privacidade e criou um aplicativo vinculado as contas criadas na plataforma chamado "If I die", traduzido literalmente como "Se eu morrer".

Através desse aplicativo o usuário deixaria registradas algumas mensagens póstumas, podendo ser até mesmo instruções sobre o que fazer com a conta.

Sob a ótica das redes sociais, podemos trazer para análise e discussão um caso recente ocorrido no Brasil no qual o cantor Mc Kevin prestes a lançar um novo álbum veio a óbito ao cair da sacada de um hotel. Posteriormente, as suas redes sociais já administradas por terceiros foram mantidas ativas e houve a divulgação e o lançamento póstumo do álbum de músicas.

Considerando a trágica e inesperada situação ocorrida com o cantor, houve grande interesse do público pela sua história e o conteúdo póstumo publicado em suas redes sociais atraiu ainda mais seguidores que consumiram as faixas artísticas do seu álbum. Ademais, é correto dizer que manter as contas ativas foi uma estratégia utilizada pelos gerenciadores de mídias sociais para homenagear o cantor, bem como realizar sua vontade de lançar seu novo álbum.

Consequentemente, deve ser avaliada a distribuição do lucro obtido e assegurar a propriedade intelectual de todos os artistas, produtores e demais figuras envolvidos no álbum musical.

O contexto trazido como exemplo demonstra que muitas vezes ocorre confusão entre bem digital e ativo digital. As mídias sociais foram instrumento para a divulgação de um trabalho artístico e que poderia ser considerado como parte da herança digital deixada pelo cantor.

A herança digital não deve ser considerada tão somente quando se fala sobre um conteúdo que atinge grande público, como o caso comentado acima. É essencial o entendimento de que qualquer foto ou vídeo postado em uma rede social, ainda que em uma conta privada, com poucos seguidores, é um dado de propriedade única, pessoal e intransferível daquele que publicou, tendo relação com a imagem e a vida do seu autor.

Não existe legislação brasileira que contemple diretamente a transmissão *causa mortis* de bens e ativos digitais, porém o assunto deve ser abordado ante ao crescimento exponencial desse patrimônio.

Seria direito do cônjuge e dos herdeiros necessários a administração de mídias sociais e o direcionamento das atividades da conta? Esse é um questionamento polêmico na era digital.

De acordo com o Código Civil brasileiro os direitos à privacidade, liberdade e honra, por exemplo, são personalíssimos, vitalícios, indisponíveis e imprescritíveis, originários de cada ser humano, portanto cessariam com o falecimento do titular do direito e não seriam transmitidos aos herdeiros e/ou sucessores.

No mesmo sentido, resgatando o direito à honra e à imagem, direitos intrinsecamente da personalidade, bem como o direito de propriedade intelectual, os bens e ativos digitais que tratam de obras intelectuais carregam características próprias relacionadas diretamente com a pessoalidade do autor.

Muito embora ainda não estejam regulamentados e previstos no ordenamento jurídico pátrio, o patrimônio e fim da personalidade podem ser debatidos doutrinariamente, isto porque nos deparamos com o cenário do fim da personalidade humana e a continuação da circulação dos bens e ativos digitais.

Conforme dispõe o artigo 12 do Código Civil, os herdeiros tem direito a requerer indenização por danos morais e patrimoniais quando constatada violação ao direito da personalidade de pessoa humana falecida.

> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau."

Conseguimos também a partir desse questionamento para traçar um paralelismo entre o tema, o Marco Civil da Internet e a Lei nº 13.709 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), no sentido de que a proteção à privacidade e a intimidade sejam objetos de judicialização caso haja violação *post mortem.*

Devemos lembrar que o conteúdo disponibilizado na internet é de comum e fácil acesso a qualquer pessoa em qualquer parte do mundo, sendo ainda mais difícil manter o controle e rastrear minuciosamente o compartilhamento das informações publicadas.

O Marco Civil da Internet aborda diretrizes sobre o registro de conexões, acessos de páginas de internet, comunicações, dados pessoais e preservação da intimidade, imagem e honra da pessoa humana, conforme preconiza o artigo 10 da Lei.

> "Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas."

Dessa maneira a Lei Geral de Proteção de Dados surge para reforçar a proteção aos direitos humanos e fundamentais do indivíduo e assegurar que toda a propriedade intelectual e memória do ente falecido seja protegido a Lei Geral de Proteção de Dados traz impactos diretos na condução das mídias sociais e na governança pelas próprias plataformas.

Ainda há muito debate a ser proposto doutrinariamente para que o tema seja pacificado e a legislação seja atualizada de modo a acompanhar a rápida evolução da internet e da transmissão de informações.

Referências Bibliográficas:

SARLE, Ingo Wolfgang ; MOLINARO, Carlos Alberto . DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: Revista da AGU. Brasília, DF, 2014, p. 09-38. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11403/2/Direito_a_768_Informac_807_a_771_o_e_Direito_de_Acesso_a_768_Informac_807_a_771_o_como_Direitos_Fundamentais_na.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

AS GERAÇÕES de direitos humanos e o estado democrático de direito : Revista 77. Âmbito Jurídico. 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/as-geracoes-de-direitos-humanos-e-o-estado-democratico-de-direito/. Acesso em: 12 ago. 2021.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. Tributação no Comércio Eletrônico. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), Coleção de Estudos Tributários. São Paulo: IOB, 2003.
LARA, Moisés Fagundes. Herança digital (livro eletrônico). Moisés Fagundes Lara, Porto Alegre – RS: s.c.p., 2016.
BRASIL. Planalto. Lei n. 10406, de 09 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, Distrito Federal, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.
BRASIL. Planalto. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

CAPÍTULO 43

BACKLASH EFFECT NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS PARA DEFESA DA DEMOCRACIA.

Letícia Saraiva de Souza

1. Introdução

Na atualidade, o papel do Poder Judiciário tem sido objeto de diversas discussões. Nota-se que grande parte da população brasileira tem interagido mais com as decisões e se atentado à atuação de seus membros. Em comparação exemplificativa realizada por Trindade e Rosa (2016), hoje há muitas pessoas que sequer sabem os nomes dos jogadores de futebol escalados para a seleção brasileira de futebol, mas reconhecem os nomes de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal. Insta destacar, porém, que a intensificação da atuação judiciária não corresponde exatamente à maior conscientização política, nem ao pensamento democrático ou à defesa dos direitos individuais.

Nota-se uma alteração no constitucionalismo contemporâneo a partir da hiperjudicialização de conflitos, muitos desses com ampla relevância social. A judicialização de problemas éticos que envolvem temas de análise sensível, que podem implicar opiniões populares polarizadas e polêmicas, colocam os órgãos do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal em destaque. Assim, muito do enfoque constitucional vira-se ao controle da atuação desses órgãos.

A Constituição brasileira de 1988, em movimento garantista visionário, em resposta aos períodos anteriores de restrição de direitos, além de atribuir extenso rol de direitos e garantias individuais, assegurou a brasileiros e estrangeiros instrumentos para efetivação desses. Faz-se evidente a ampliação da atuação judicial pelo constituinte, podendo-se afirmar que o Poder Judiciário representa sustentáculo ao Estado Democrático de Direito contemporâneo como importante expressão do poder popular.

A ampliação da atuação judiciária, contudo, elevou também a análise de questões polêmicas, com grande polarização na sociedade, deslocando-as, muitas vezes, dos âmbitos legislativo e executivo para a solução pelo Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista a intensificação de fenômenos como a hiperjudicialização de conflitos e o alegado ativismo judicial, o

chamado efeito *backlash* passa a representar na contemporaneidade tema de relevante análise. Assim, o presente artigo dedica-se a conceituar e compreender referido efeito.

2. Aumento das estruturas judicantes na democracia brasileira

Preliminarmente, interessante apontar a relação existente entre o movimento neoconstitucionalista e o efeito *backlash*. Como aponta o professor Flávio Martins (2019), a expansão da jurisdição constitucional consiste em uma das consequências principais do movimento neoconstitucionalista, em razão do estabelecimento de novos paradigmas, como a supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade e a criação de tribunais constitucionais, e com o consequente afastamento dos paradigmas positivistas anteriores.

No neoconstitucionalismo, verifica-se um favorecimento da atuação do Poder Judiciário, o que revela uma tendência pendular histórica sobre a preponderância dos poderes em momentos mais e menos positivistas. Todavia, insta destacar que a mera protagonização do Judiciário não se confunde com o ativismo judiciário, que pode ser compreendido como utilização inapropriada das funções, com afronta à divisão de poderes e desrespeito sobre as limitações existentes sobre sua atuação (NUNES JÚNIOR, 2019).

No Brasil, o protagonismo do Poder Judiciário é elucidado por Zauli (2010) a partir dos seguintes pontos: caráter principiológico e programático da Constituição; expansão dos intérpretes dessa por meio do controle de constitucionalidade; as garantias conferidas à Defensoria e Ministério Público e a ampliação do acesso ao Judiciário. Outrossim, outro fator que pode ser apontado para a maior busca do Poder Judiciário é o afastamento dos representantes do poder e do povo. O formalismo exacerbado com acesso demasiadamente burocrático e dificultado, somado aos escândalos atribuídos aos representantes enfraqueceram a confiança do povo, que identificou no Judiciário uma forma de resolução de conflitos mais segura e direta (TATE; VALLINDER, 1995).

Insta destacar, porém, que a maior atuação do Poder Judiciário muitas vezes é associada ao exercício irregular e excessivo de seu poder constitucional e legal. Parcelas da sociedade e representantes do povo, incomodadas com os entendimentos contramajoritários e progressistas apresentados nas decisões judiciais, insurgem-se contra essas por meio de ações dentro e fora das Casas Legislativas.

Os argumentos apresentados pelos grupos contrários à atuação do Judiciário são diversos, mas concentram-se na usurpação de competência dos poderes e na ilegitimidade para a realização de políticas públicas, considerando que seus membros não são investidos nos cargos por meio de eleições populares (FONTELES, 2019). Verifica-se, assim, a formação de dois grupos disjuntos acerca da atuação judiciária, em que parte entende como benéfica a protagonização do Judiciário, defendendo a possibilidade de exercício mais intenso do Judiciário para efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e, contrariamente, outra parte tenta reduzir a atuação judicial com base nos argumentos apresentados (WALDRON, 2006).

Nesse ponto, faz-se imperioso delinear o efeito *backlash*, representado como consequência da maior atuação do Poder Judiciário a fim de que se possa construir uma conclusão acerca da melhor exegese sobre o tema, considerando a necessidade de

garantia dos direitos fundamentais e de estruturação harmoniosa e independente entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

3. Conceito de *Backlash*

A compreensão do tema perpassa, preliminarmente, pela conceituação do termo. Cass Sunstein (2007), defensor da atuação reduzida do Judiciário por autocontenção, define o *backlash* como a intensa discordância pública para com uma decisão judicial, em que se busca retirar força legal dessa por meio de medidas severas. Por sua vez, Flávio Martins Nunes Júnior (2019) resume o efeito *backlash* a uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária.

Post e Siegel (2007) conceituam o *backlash* como uma forma de contestação normativa, por meio da qual o povo busca influenciar a compreensão do Direito Constitucional, esclarecendo a relação simbiótica existente entre o ordenamento jurídico, especificamente a Carta Magna, e as influências política e popular, ao longo da história. Os autores afirmam que a reação é apresentada a partir das próprias concepções e interpretações da Constituição das pessoas.

Marmelstein (2016) apresenta o *backlash* como um contra-ataque, uma reação não-desejada em relação à atuação judicial, um efeito colateral decorrente das decisões polêmicas. Nesse ponto, em busca da conceituação do termo, o autor apresenta sistematização desse fenômeno: em temas sobre os quais a consciência social não está consolidada, uma decisão judicial vanguardista acaba por favorecer discursos conservadores e a ascensão de grupos conservadores, com poder para afirmar ideais retrógrados. Assim, a decisão, que deveria ser positiva, acaba por criar situação ainda pior que a anterior.

Contudo, a visão apresentada por George Marmelstein pode ser considerada, em algum nível, como limitada. Segundo Fonteles (2019), o conceito apresentado pelo autor apresenta apenas uma das visões sobre o efeito *backlash*, considerando o fenômeno de modo mais conservador e restrito, que ocorreria somente em situações em que não há consciência social.

Destaque-se que o efeito *backlash* pode se dar de modo conservador ou progressista, isto é, como uma reação de um Poder Legislativo progressista face a um Poder Judiciário conservador, ou o contrário, de um Legislativo mais conservador contra um Judiciário progressista. Na realidade brasileira, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem atuado de modo mais progressista. Assim, interessante se faz a pontuação apresentada por Fonteles (2019) para compreensão mais ampla desse conceito.

Em sentido amplo, *backlash* pode ser entendido como qualquer reação social a decisões exaradas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sejam leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais ou decisões administrativas. Assim, o autor inclui movimentos sociais como a Inconfidência Mineira, a Conjuração Baiana e a Revolta da Vacina. Por sua vez, em sentido estrito, a decisão que origina determinada resposta social é especificamente judicial, nacional ou internacional, ainda que não jurisdicional. Saliente-se que, mesmo em sentido estrito, o autor ainda engloba mais hipóteses de verificação em relação aos conceitos apresentados por outros autores como Marmelstein, de modo que pode abarcar reações contrárias a decisões de Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (FONTELES, 2019).

Deve-se salientar que a mera reação legislativa não implica necessariamente na ocorrência do efeito *backlash.* Exemplo que pode elucidar essa especificidade ocorreu em atuação Legislativa posterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo da cobrança de taxas de iluminação pública. Considerando a impossibilidade de cobrança do referido serviço por meio de taxa afirmada pelo Tribunal, dada sua indivisibilidade e não-especificidade, o Congresso Nacional criou nova espécie de contribuição social de competência dos Municípios e Distrito Federal para custeio da iluminação pública. Resta evidente a inexistência de *backlash* nesse caso, de modo que não houve desacordo moral ou político, mas apenas readequação no meio de tributação para custeio desse serviço.

4. Compreensão do *Backlash* a partir de casos concretos

A conceituação do termo *backlash* resta facilitada a partir da análise de casos em que se aponta a ocorrência desse fenômeno. Nesse ponto, interessante apontar o caso *Brown vs. Board of Education*, apontado por Flávio Martins Nunes Júnior (2019) como caso originário desse fenômeno. No referido caso, ocorrido nos Estados Unidos no ano de 1954, a Suprema Corte americana exarou decisão que declarou inconstitucional a segregação racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas norte-americanas.

A decisão acabou por despertar reações adversas em políticos e juristas do sul do país, região em que o regime escravagista perdurou por mais tempo. Segundo Klarman (2011), a decisão judicial ensejou o retardamento do progresso racial nessa região e permitiu a ascensão dos reacionários segregacionistas, dentre os quais estavam políticos como Brown George Wallace e Bull Connor, que foi apoiado pelo grupo extremista Ku-Klux-Klan (NUNES JÚNIOR, 2019). Assim, referida decisão, que afirmava corrente contramajoritária ao defender o interesse de minoria, acabou por gerar efeitos indesejados, razão pela qual pode ser apresentada como um exemplo de efeito *backlash*. Nesse cenário, o termo passou logo a possuir sentido negativo, como referência à resistência sulista ao movimento por direitos civis e à tentativa de manutenção do poderio branco nos Estados Unidos, indicando que as reações apresentadas face às decisões judiciais representam objetivo retrocessor, o que deve ser analisado com parcimônia.

No Brasil, objeto de análise desse trabalho, esse é um fenômeno cada vez mais comum, tendo sido reconhecido expressamente pelo Supremo na Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF (STF ADC: 29 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/02/2012, Data de Publicação: 29/06/2012).

Um dos exemplos mais apontados pela doutrina ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 de 2016, em que o debate acerca da reação decorrente da atuação judicial resta evidenciado. No referido caso, o Supremo Tribunal Federal, declarou inconstitucional a Lei Estadual do Ceará nº 15.299/2013, que regulamentava a atividade denominada vaquejada, atividade tradicional na região nordeste do país em que pessoas montadas em cavalos perseguem e derrubam um boi em determinado local (NUNES JÚNIOR, 2019). Curiosamente, a referida lei previa certas garantias aos animais e aos praticantes, como limitações acerca do espaço físico, das sinalizações e da existência de equipe médica no local, e até mesmo punições para aquele que se

excedesse no trato com o boi, fato que foi destacado pelo Governo do Estado do Ceará quando da defesa da constitucionalidade da norma (BRASIL, 2013).

A prática foi considerada como maus-tratos ao animal e contrária ao artigo 225 da Constituição Federal, o qual dispõe acerca da proteção da fauna e da flora e da vedação a práticas cruéis (BRASIL, 1998). A Suprema Corte, apesar de reconhecer a intenção da norma, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e afastou a aplicabilidade da referida lei, atestando que o direito previsto no artigo 225 se sobreporia aos preceitos culturais e econômicos da vaquejada (STF, ADI 4983/CE, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 06/10/2016, Data de publicação: 27/04/2017).

Contudo, referida decisão acabou por ensejar fortes reações sociais e políticas, devendo-se ressaltar que parte da população, especialmente nas áreas em que a vaquejada era tradicional, defendiam que a prática correspondia a forma de expressão cultural e esportiva e que a decisão exarada pelo Judiciário atuaria de modo desmedido, em ativismo judicial (NUNES JÚNIOR, 2019).

Em resposta à decisão, foi aprovada, ainda em 2016, a Lei Federal nº 13.364/2016, que elevou a vaquejada como expressão artística, necessária para manifestação da cultura nacional e que representa patrimônio imaterial relacionado "à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira" (BRASIL, 2016). Ademais, no ano seguinte, foi editada a Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou ao artigo 225 do texto constitucional o §7º, que prevê que "não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais" (BRASIL, 1988).

No exemplo acima, resta evidenciado o fenômeno do *backlash* sobre a atuação judicial que, ao tentar solucionar tema em que há divergências de opiniões populares e políticas, a fim de encerrar o debate constitucional, acaba por gerar novas divergências. Afinal, a decisão que objetivava a proteção do direito do animal perseguido teve reações externas adversas, não desejadas, e que contrariavam o entendimento exposto pelo Judiciário.

Casos em que há atuação mais progressista, como o reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas e a decisão de não criminalização da antecipação terapêutica do parto por anencefalia, ensejaram reações dos grupos conservadores, o que faz com que parte da doutrina defenda uma redução da atuação judicial a fim de evitar possíveis retrocessos.

5. Constitucionalismo Popular e Democrático: a relevância do diálogo interinstitucional para defesa da democracia

Nesse ponto, interessante explanar acerca da distinção do Constitucionalismo Popular e o Constitucionalismo Democrático, os quais podem auxiliar na compreensão dos limites para a atuação do Poder Judiciário.

O Constitucionalismo Popular compreende que a interpretação do texto constitucional incumbe ao próprio povo, vez que esse, em regimes democráticos, é detentor exclusivo do poder. Releva-se o argumento de que o Poder Judiciário carece de legitimidade democrática e que, portanto, deve agir de forma minimalista, restringindo sua atuação às circunstâncias fáticas, sem emitir juízo de valor ou emitir

interpretações que pretendam alcançar a todos os casos indistintamente (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017).

Os argumentos apresentados por aqueles que defendem o minimalismo judicial perpassam pela diminuição de erros e a redução das reações nocivas que muitas vezes decorrem da atuação judicial mais assertiva. Tais pontos são enlaçados sob a justificativa de que a necessidade de ampliação do debate popular acerca da interpretação das normas constitucionais não só reduziria as chances de ocorrência do *backlash*, como também evitaria retrocessos na democracia (FONTELES, 2019).

Pode-se afirmar que o Constitucionalismo Popular esvazia a atuação dos tribunais de modo que, não somente afasta o chamado ativismo judicial, como também é contrária ao próprio *judicial review*, controle de constitucionalidade repressivo (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017). Em suma, pugna pelo reconhecimento da interpretação constitucional como inerente ao povo a partir de uma visão hostil do Judiciário (NUNES JÚNIOR, 2019).

Em sentido contrário, o Constitucionalismo Democrático reconhece que as normas e os princípios constitucionais legitimam a atuação do Poder Judiciário como intérprete legal e realizador de políticas públicas. A solução de conflitos interpretativos deve se dar, portanto, a partir de decisões judiciais, não apenas em razão do próprio texto prever que assim o seja, mas para que se efetive a força normativa desse, a fim de evitar que a Constituição passe a representar mero papel, resultado de forças políticas como ensina Ferdinand Lassale (LASSALE, 2001).

Post e Sigel (2007), afastando a análise do Klarman, apontam que o *backlash* não deve ser compreendido como necessariamente uma reação ao ativismo judicial e que ações ou omissões do Poder Legislativo também podem ser responsáveis pela geração de efeitos não desejados, que também podem evidenciar temas polêmicos. Outrossim, a ideia apresentada por Klarman (2011) cria a imagem de que a atuação jurisdicional, além de não ser eficiente para efetivação de direitos, prejudica a conquista desses.

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático salienta que a atuação dos tribunais não deve ser compreendida como necessariamente responsável por reações retrocessoras e como interferências indevidas (POST; SIGEL, 2007). Releva-se, portanto, a essencialidade da atuação do Poder Judiciário como defensor da ordem constitucional e realizador das políticas públicas, sem que isso signifique ignorar as concepções sociais e políticas.

As divergências acerca do Constitucionalismo Popular e Constitucionalismo Democrático ressaltam que lidar com o efeito *backlash* requer o estabelecimento de diálogo interinstitucional.

O diálogo institucional, nos moldes do apontado por Clève e Lorenzetto (2015), deve se pautar na troca entre os Poderes, não a fim de desmoralizar ou diminuir a autoridade das atuações desses, mas, para a solidificação da relação entre as partes responsáveis pela confecção e fiscalização das atividades de temas relativos ao direito e à política.

Especialmente sobre os casos em que há mais controvérsias, a formação de uma teoria de diálogos institucionais facilita a consolidação da ideia de que, ao mesmo inicialmente, as decisões emitidas por qualquer dos Poderes possuem caráter parcialmente definitivo. Pareado a isso, releva-se a ideia de que os Poderes têm características que potencializam e que reduzem sua capacidade de atuação, isto é, que os Poderes não são suficientes em si mesmos para a resolução de todos os conflitos

existentes e que a efetiva interpretação constitucional perpassa pela atuação desses em conjunto (CRUZ; MAGALHÃES, 2021).

Supera-se a discussão sobre qual Poder é responsável por exarar a última palavra e firma-se a ideal do intercâmbio de ideias, a partir da concepção das decisões como provisórias em certo grau. Trata-se de visão mais democrática e plural que permite a conciliação de diferentes pontos de vistas, políticos e sociais, progressistas e conservadores, para a compreensão das normas constitucionais, especialmente daquelas que versam sobre os direitos e garantias fundamentais (MENDES, 2008). Em suma, busca-se concretizar os objetivos constitucionais, reconhecendo o intercâmbio entre os Poderes, mas sem atribuir exclusivamente ao Judiciário a função de última palavra (CRUZ; MAGALHÃES, 2021).

6. Conclusão

Verificou-se que, no neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passou a estar em papel de destaque, de modo que, jurisdicionados que, em razão da mora dos Poderes Executivo e Judiciário, encontravam-se em situação de desemparo sobre seus direitos vislumbraram no Judiciário uma alternativa para deliberação e efetivação de direitos. A ampliação da atuação judicial, com superação da visão do juiz como mera boca da lei, ensejou compreensão sobre os limites para essa.

Em seguida, analisaram-se conceitos e casos, os quais permitem concluir que o *backlash* consiste em reação, social ou estatal, progressista ou conservadora, e que pode ser essencialmente atrelada a temáticas polêmicas, que incitam diferentes posicionamentos. Em suma, a decisão do Judiciário, não alcança o resultado inicialmente pretendido, o que faz parte da doutrina apontá-lo como eminentemente negativo. Contudo, observa-se que o *backlash* não deve ser visto como completa patologia, mas pode, até mesmo, ser compreendido como como forma de expressão democrática em que aqueles que vivem a norma realizam uma cointerpretação dessa.

A partir das teorias apresentadas do Constitucionalismo Popular e Democrático, verifica-se a relevância de analisar os pontos trazidos pelo Constitucionalismo Popular de que atuação do Judiciário não deve estar acima de todos e de que o ativismo judicial pode, em algum nível, ser ilegítimo e prejudicar o debate constitucional. Todavia, releva-se que que da mera possibilidade de retrocesso jurídico ou social não justifica o discurso de abstenção da atuação judicial. Assim, o *backlash* até deve ser considerado como fator para interpretação constitucional, mas não a base única para a decisão. Devem ser evitados os extremos de esvaziamento do *judicial review* e da atuação abusiva, a fim de se efetivar a democracia.

Como apontado por Marmelstein (2016), ainda que possa haver possíveis efeitos colaterais da atuação judicial, essa é necessária para mobilização social e para discussão de questões relevantes na sociedade. Ademais, a partir das decisões protecionistas, pode-se criar certo constrangimento sobre os grupos opressores que, diante da decisão contramajoritária, precisarão de expor seus preconceitos, ainda que de forma velada por meio da elaboração de leis e atos, o que pode, inclusive, ensejar, ainda que indiretamente, a discussão sobre o tema e a proteção dos grupos menos favorecidos.

Aproximando-se às ideias do Constitucionalismo Democrático, defende-se a formação de diálogo interinstitucional para adequação da atuação judicial, superando-se a discussão sobre a última vontade na atuação estatal. Saliente-se que não se tem

uma concepção romantizada de que tal diálogo, vez que a atuação contramajoritária pode desagradar certos grupos dominantes, mas a criação de uma vontade de Constituição e a manutenção do regime democrático na contemporaneidade exige a criação de diálogo plural entre os Poderes. Afinal, é o reconhecimento da fragilidade da democracia e da necessidade de afirmação constante dessa em conflitos passados e atuais que faz da democracia um regime inclusivo.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. *Diário Oficial da União,* Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 16 maio 2021.

CEARÁ. Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013. *Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará*. *Diário Oficial do Estado do Ceará,* Fortaleza, 15 jan. 2013. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 13 jun. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. Acesso em: 10 maio 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MAGALHÃES, Camila Luísa Sampaio. Equilíbrio de Poderes: Diálogos sobre o Controle de Constitucionalidade. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiros Setor*, v. 8, n.1, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/13067/pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash.* 1ª. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. *Philip A. Hart Lecture*. Georgetown Law Centre, em 31 de março de 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>. Acesso em 10 jun. 2021.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição.* 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMELSTEIN, George. Efeito backlash da jurisdição constitucional*:* reações políticas ao ativismo judicial. *Seminário Ítalo-Brasileiro*, 3. Bolonha, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucinal>. Acesso em: 15 abr. 2021.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage*: Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007, Yale Law School, Public Law Working Paper, n. 131. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 12 abr. 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* v. 42, p. 435-449, mar. 2007. Disponível em: <http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf>. Acesso em 14 maio 2021.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 29 DF. Relator Ministro Luiz Fux. DJ: 16/02/2012. *Jusbrasil*, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085777/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-29-df-stf>. Acesso em: 06 de maio 2021.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4.983 CE. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 06/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*: the judicialization of politics. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TRINDADE; André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. Protagonismo do STF, a mídia e o cotidiano da população brasileira. *Revista Consultor Jurídico*, Diário de Classe. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-21/diario-classe-protagonismo-stf-midia-cotidiano-populacao-brasileira>. Acesso em 10 de jun. 2021.

WALDRON, Jeremy. The Core Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal,* n. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj>. Acesso em: 25 maio 2021.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n.185, p. 7-25, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CAPÍTULO 44

A INTERVENIÊNCIA SINDICAL NA NORMATIZAÇÃO COLETIVA: UMA MEDIDA À COIBIR OS EFEITOS NEFASTOS DA SÍNDROME DE *BURNOUT*

Letícia Bezerra Peixoto

1 – Introdução

O trabalho é conhecido por ser a atividade que dignifica o homem. O local de trabalho, geralmente, é aquele em que o empregado passa a maior parte do seu tempo, estando, consequentemente, ali submetido às ordens patronais e regramentos empresariais.

Todavia, não constitui surpresa nem mesmo novidade, o fato de que o mundo vive cada vez mais em uma sociedade globalizada, em que especialmente os interesses do capital fazem-se mutantes, o que faz com que seja insistentemente perseguido pelo setor empresarial o atingimento de metas e resultados positivos.

Ocorre que justamente em razão das exigências do meio empresarial para galgar passos economicamente e financeiramente largos, muito se tem exigido da mão de obra humana, mormente quando esta é prestada sob as balizas do serviço de intelecto.

Da exigência excessiva, originam-se sérios problemas ao trabalhador, os quais chegam ao limite de ferir sua própria dignidade para fins até mesmo de garantia de emprego, fato este que deságua em dano existencial, muitas vezes decorrente da doença denominada Síndrome de *Burnout*, caracterizada pelo "*esgotamento emocional, redução da realização pessoal no trabalho e despersonalização do profissional*"[ii].

No âmbito trabalhista, pode-se vislumbrar medidas mitigadoras da ocorrência da Síndrome de *Burnout* por meio da utilização do Direito Coletivo como aliado.

Isso porque, a intervenção sindical no processo negocial coletivo constitui instrumento para resguardar a saúde e bem estar do trabalhador em seu ambiente laborativo. Referido alcance é possível por meio de acordos coletivos voltados às necessidades dos trabalhadores ante à atividade empresarial desempenhada, de modo a adequar a necessidade da empresa às possibilidades de disponibilização de mão de obra pelo trabalhador, minorando assim, o elastecimento de jornada, cobranças excessiva e demasiada pressão no cumprimento das tarefas.

Assim, será feita uma breve análise de tal perspectiva, sob a luz da observância do princípio da intervenção sindical na normatização coletiva, como meio de "*assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos (obreiro e empresa)*"[ii] para fins de construção de normas a ajustar a exigência empresarial às garantias de bem-estar pessoal e social do trabalhador.

2. O Dano Existencial e a Síndrome de *Burnout* no Cenário Trabalhista

Ante a sociedade cada vez mais globalizada e capitalista, em que se tem a obtenção de lucro como fim precípuo do exercício da atividade empresarial, é que se encontram, na maioria das vezes, subsídio à conformação do chamado dano existencial trabalhista.

Tal dano é conceituado por Sebastião Geraldo de Oliveira como sendo:

> a conduta patronal praticada de modo a impossibilitar o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem estar físico e psicológico, e por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis por seu crescimento ou realização profissional social e pessoal[ii].

Assim o dano existencial se mostra cada vez mais palpável, inclusive sendo um desdobramento decorrente da doença Síndrome de *Burnout*.

A Síndrome de *Burnout*, por sua vez, é reconhecida pela jurisprudência trabalhista brasileira como doença decorrente do trabalho, na medida em que as condutas que a ensejam agridem os direitos da personalidade do trabalhador, já que há a submissão constante deste a comandos e exigências empresariais dignas de causar o esgotamento profissional. Nas palavras de Mary Sandra Carlotto e Sheila Gonçalves Câmara revela-se em:

> uma experiência subjetiva de caráter negativo constituída de cognições, emoções e atitudes negativas com relação ao trabalho as pessoas as quais tem que se relacionar em função do mesmo. É uma resposta ao estresse laboral crônico[ii].

Mais que isso*, Burnout* é,

> considerada uma síndrome psicológica desenvolvida em resposta às fontes crônicas de estresse, presentes no ambiente de trabalho. É definido por três componentes relacionados, mas independentes: exaustão emocional, despersonalização e diminuição da realização pessoal[ii].

Assim, tem-se, naturalmente, que a Síndrome de *Burnout*, uma vez comprovada por meio da demonstração do nexo de causalidade relacionado à atividade laborativa desempenhada e às práticas empresariais perpetradas em desfavor do trabalhador, enseja o dever do empregador de indenizar, já que lesado o bem jurídico tutelado de natureza extrapatromonial, alcançando o âmago do dano existencial.

Muito embora possa para muitos ainda parecer temática recente, o adoecimento do trabalhador em virtude da Síndrome de *Burnout* não é matéria nova nos Tribunais Trabalhistas Brasileiros, havendo julgados que decidem sobre o tema, datados do ano de 2009, sendo, pois, "*reconhecida a violação dos direitos da*

personalidade do empregado por força da comprovação da Síndrome de Burnout como doença ocupacional"[ii]. Justamente nesse sentido, vale citar o julgado da lavra do Excelentíssimo Relator Luiz Celso Napp, membro da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Paraná/PR, publicado em 18/08/2009 que explica:

> Comprovado que a autora está acometida de doença ocupacional (art.20,II Lei nº 8.212/91), consistente em "síndrome de burnout", originada de ambiente de trabalho hostil e inadequado, no qual a forma encontrada pela empresa para a administração do seu pessoal é a prática constante de assédio moral, passível de desencadear sintomas físicos e psíquicos graves às vítimas, deve ser fixada indenização pelos danos materiais e morais decorrentes da violação de direitos da personalidade da trabalhadora[ii].

É fato já consolidado que a Síndrome de *Burnout* é doença do trabalho advinda das próprias mudanças produzidas no cenário trabalhista, tanto assim que a legislação brasileira já a contempla no Anexo II do Decreto nº 3.048/99 que trata sobre os agentes patológicos causadores de Doenças Profissionais, conforme previsto no art. 20 da lei nº 8.213, de 1991[ii].

Como tal, e pela sua natureza, oriunda da relação trabalhista que ocasiona dano à vida do trabalhador em uma gama bastante vasta de aspectos, comprovado o nexo causal, nascido está o dever patronal de indenizar, alicerçado no artigo 223-B da Consolidação das Leis do Trabalho[ii].

Aliás, cabe ressaltar, nesse ponto, que é

> sintomático ter sido a legislação trabalhista a primeira a contemplar o dano existencial no ordenamento jurídico nacional, porquanto é praticamente um fato notório que ocorrem, e com muita frequência, as lesões por danos de natureza extrapatrimonial nas relações de trabalho[ii],

brasileiras, sendo a Síndrome de *Burnout* um de seus fatores de efeito.

3. A Intervenção Sindical no Processo Negocial Coletivo como Medida de Proteção dos Interesses

À vista, todavia, dos direitos constitucionalmente previstos, que garantem ao trabalhador direito a uma estrutura que lhe confere maior olhar sobre o mundo que envolve o desempenho das atividades laborativas, por meio do Direito Sindical, a realidade laborativa danosa à vida e saúde do trabalhador pode ser positivamente modificada.

É que a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 8º, inciso III, prevê que "*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*", continuando, o mesmo dispositivo legal, no inciso VI determinando como "*obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas do trabalho*".

Pois bem. Do elemento fundante dos incisos III e VI da Constituição Federal do Brasil obtém-se o chamado Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva defendido com veemência pelo jurista e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, Maurício Godinho Delgado.

O princípio em questão firma-se sob o aspecto da validade do processo negocial coletivo quando submetido à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro – no caso brasileiro, o sindicato[ii].

Constitui estrutura basilar da interveniência sindical na normatização coletiva,

> a segurança quanto à existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, de modo a evitar a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato.[ii]

No Direito Trabalhista Brasileiro, a atuação dos sindicatos representa uma das significativas garantias alcançadas pelos obreiros nas relações mantidas com o setor empresarial.[ii] Aliás, importa reconhecer que na Reforma Trabalhista cujo advento se deu por meio da Lei nº 13.467/2017, a defesa dos muitos direitos dos trabalhadores passou a ser assegurada de forma exclusiva pelos sindicatos que obtiveram maior autonomia para negociar condições de trabalho[ii].

O artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho trouxe maior amplitude à prevalência do negociado e acordado sobre o legislado. Com isso, e partindo do pressuposto de que os acordos e convenções coletivas, tem por natureza, o objetivo de harmonizar as relações laborativas, tornam-se, pois, ferramentas indispensáveis à garantia dos direitos obreiros, servindo-lhes para fins de implantar a norma junto ao setor empresarial, tal como o estabelecimento de intervalos intrajornada condizentes ao real refazimento do trabalhador, limitação de inserção de horas extras em banco de horas, limites a gratificação/compensação de cumprimento de metas hora/mês etc.

Mais que isso, a norma posta em convenção e acordo coletivo também é legítima à previsão de fiscalização pelo Sindicato junto ao chão de fábrica, o que viabiliza a coerção empresarial para com a observância da normativa.

A eficácia conferida ao Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva conforme muito bem explicita Maurício Godinho, garante que os ajustes realizados de maneira informal entre a empresa e seu empregado terá caráter de mera cláusula contratual, não se valendo, portanto, à instituição de norma jurídica coletiva negociada. Desse modo, o ajuste contratual está submetido a todas as restrições impostas pelo ramo justrabalhista relativamente às alterações do contrato de trabalho, principalmente ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva[ii], o que comprova a relevância do dever de proteção sindical.

Desse modo, ainda que também por intermédio da Lei nº 13.467/2017 tenha havido a supressão de alguns direitos anteriormente assegurados ao trabalhador, a força conferida aos acordos e convenções coletivas de trabalho foi ampliada, o que significa dizer que o sindicato poderá desempenhar o papel social a que se propõe – zelar pela força de trabalho, o trabalhador.

4. A Intervenção Sindical Normativa na Busca da Minimização das Práticas Empresariais Lesivas ao Direito Existencial do Obreiro

Tratam-se os sindicatos de organizações representativas de interesses dos trabalhadores, que possuem a finalidade de compensar o poder dos empregadores na relação contratual notoriamente desigual e reconhecidamente conflituosa entre capital e trabalho.[ii]

É fato que somente por meio da força adstrita ao sindicato para negociar é que se pode garantir de forma mais efetiva o direito do obreiro, já que o acordado e convencionado faz norma posta.

Com isso, é de se ver que muito embora a própria Reforma Trabalhista Brasileira tenha flexibilizado o regramento que toca às questões sindicais, na medida em que permite negociações através de acordo individual de trabalho, a importância da interveniência sindical não decai.

Isto porque, é por meio da eficácia atribuída ao acordado e convencionado com a participação sindical obrigatória, que se pode resguardar direitos aos trabalhadores os quais pela negociação individual não se obtém.

No campo de estudo dos fatores minorantes da Síndrome de *Burnout*, que, aliás, tem se mostrado cada vez mais intrínseca às relações laborativas, mormente aquelas que exigem mão de obra com balizas fixadas no trabalho intelectual, a interveniência normativa sindical é fator preponderante.

É fato notório que o exercício da atividade laborativa em regime de jornada excessiva atenta contra a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, uma das graves formas de violação aos direitos humanos.

> O trabalhador envolvido nessa situação é privado da sua condição de ser humano, deixa de ser destinatário dos bens e produtos por ele produzidos para assumir a condição de instrumento de trabalho, perde sua dignidade, sua imagem e, não raramente, sua própria identidade, uma vez que se vê desprovido até de laços de família e dos valores de cidadania, sendo que seu trabalho perde o valor social e humano estampado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.[ii]

Os problemas que decorrem da prestação de labor habitual em regime de sobrejornada alcançam um universo para além das parcelas relativas ao elastecimento da jornada, pois impõem ao trabalhador o sacrifício do desfrute de sua própria existência. Tal circunstância é característica nos casos de labor em sobrejornada além dos limites legais, como nos casos de acúmulo de funções e de alcance de metas rigorosas que envolvem o cotidiano do trabalhador mesmo fora do local de trabalho e após o término do expediente formal. Tais fatos resultam em exaustão física e/ou psicológica do trabalhador de modo que não tenha condições de desfrutar do seu tempo livre[ii].

Portanto, os aspectos nefastos do excesso de jornada, atraem para a vida do trabalhador problemas psicológicos, desencadeando a Síndrome de *Bournout*, que por sua vez deságua no dano existencial.

Assim, medida a limitar o alcance da ferida aberta à dignidade da pessoa humana e consequentemente ao desenvolvimento de doenças psíquicas no trabalhador, é a participação sindical efetiva na construção da norma coletiva, já que, em que pese as flexibilizações trazidas pela legislação trabalhista, ainda é cabível ao sindicato resguardar o direito laboral em cláusulas normativas, de modo a adequar a realidade de trabalhado naquele determinado chão de fábrica.

Os acordos e convenções coletivas podem perfeitamente trazer em seu bojo a limitação da jornada extraordinária, a fixação de limites mínimos ao intervalo intrajornada adequado ao refazimento do empregado conforme cada realidade empresarial, além de apresentar medidas mitigadoras à extrapolação dos limites de cumprimento de metas viáveis a capacidade de entrega de trabalho do empregado, podendo, inclusive, estabelecer a aplicação de multa por descumprimento daquilo que restou coletivamente acordado.

Logo, com a assistência sindical, é necessariamente conferido o mínimo de segurança ao trabalhador, e não só a ele, mas também ao próprio empresariado, na medida em que reduz os riscos de passivos trabalhistas envolvendo o dano existencial, nesse caso aquele decorrente da Síndrome de *Burnout*, doença do trabalho reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, e que enseja a reparação.

5. Considerações Finais

É importante perceber que o exercício da atividade empresarial deve atender a um fim social, de modo a buscar meios de aproveitamento da mão de obra sob a ótica de políticas humanistas e do desenvolvimento social, utilizando da mão de obra humana de forma consciente e valorativa, e não como mero instrumento para o atingimento da finalidade lucrativa almejada.

Trata-se de um olhar sensível e aguçado para o bem social, o que significa dizer que a intensa busca lucrativa não confere qualquer espaço para que seja ferido o princípio constitucional basilar da dignidade humana do trabalhador.

A atividade empresarial está intrinsecamente ligada a um dado contexto social, e necessariamente as suas ações devem se voltar a isso, mormente no que toca ao trato obreiro.

Todavia, no seio empresarial atual é possível notar outra realidade, que no seu âmago, abre espaço até mesmo para doenças do trabalho acauteladas na conduta empregadora lesiva à pessoa do trabalhador diretamente, apresentando-se patologicamente no ramo psicológico ligado ao exercício do trabalho, como é o caso da Síndrome de *Burnout*.

O prejuízo comprovado à saúde do trabalhador gera o dever empresarial de indenizar, na medida em que,

> a lesão decorrente da conduta patronal que impede o empregado de usufruir das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrui a integração do trabalhador

> à sociedade, ao frustrar o seu projeto de vida, incide em violação do seu direito da personalidade, constituindo, assim, no chamado dano existencial.[ii]

Nessa seara, constitui linha mestra para resguardar o direito do trabalhador, a participação sindical na construção normativa, para fins de equilibrar a relação havida entre empregador e empregado, possibilitando os ajustes laborais à realidade do chão de fábrica e a possibilidade de fornecimento de mão de obra humana sem prejuízo dos direitos fundamentais.

Resta demonstrado, portanto, que a Síndrome de *Burnout* tão presente na realidade laborativa globalizada, e forte elemento a constituir a fixação do dano existencial, pode ser minorada pela atuação dos sindicatos de maneira mais ostensiva quando da construção da norma coletiva, com escopo de salvaguardar os interesses dos obreiros, limitando jornadas, banco de horas e até mesmo o resultado de cumprimento de metas, fator aliás, responsável pela maioria dos quadros de excesso de horas e consequente esgotamento profissional.

Referências

A importância da Organização Sindical dos Trabalhadores. Disponível em: https://www.dieese.org.br/notatecnica/2015/notaTec151ImportanciaSindicatos.pdf - Acesso em 10/07/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http//www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição. Acesso em: 21/07/2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 21/07/2021.

CARLOTTO, Mary Sandra; CÂMARA. Sheila Gonçalves. *Síndrome de Burnout: uma doença do trabalho na sociedade de bem estar*. Aletheia. N25. .202-203. Jan/jun. 2007.

CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho* – 6ª ed. Pág. 1322. Salvador. Juspodivm. 2021.

DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 17.ed. São Paulo. Ltr, 2018.

NUNES. Bruna Xavier; AMARAL. Mônica Santos. *Síndrome de Burnout uma correlação com o ambiente de trabalho: uma revisão da literatura*. Aput GASPARINO, R.C.; GUIRARDELLO, E.B. *Ambiente da prática profissional e Burnout em enfermeiros.* **Revista Rene**, v.16, n. 1, p.90-6, jan-fev. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/rene/article/viewFile/2667/2052>. Acesso em: 22 de julho de 2021.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional*. 12.ed.rev.ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm,2021.Aput. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Revista LTr, São Paulo. V.77 n.4. p.451. abr. 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional*. 12.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Ed. Juspodivm,2021. P. 356

Revista Brasileira de Medicina do Trabalho. Conteúdo disponível em https://www.rbmt.org.br/details/46/pt-BR/sindrome-de-burnout. Acesso em 09/07/2021.

Sobrejornada um Olhar a Partir da Função Social do Empregador na Prevenção ao Dano Existencial – Disponível em: https://revistaconsinter.com/revistas/ano-i-volume-i/parte-3-direito-privado/sobrejornada-um-olhar-a-partir-da-funcao-social-do-empregador-na-prevencao-ao-dano-existencial/ - Acesso em 11/07/021.

TRT-9 Processo: 9748200715902 PR 9748-2007-15-09-0-2. Relator: Luiz Celso Napp, 4ª Turma. Data da Publicação: 18/08/2009. Disponível em www.trt9.jus.br. Acesso em 09/07/2021.

CAPÍTULO 45

DA NECESSIDADE DE AMPLA E RESPONSÁVEL ACEPÇÃO DO *COMPLIANCE* PELA ALTA DIREÇÃO À LUZ DE SUA VITAL IMPORTÂNCIA PARA A PERENIDADE DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E PARA A IMAGEM REPUTACIONAL DAS ORGANIZAÇÕES

Lucas Ballardini Beraldo

1. INTRODUÇÃO

O *compliance* em sua gênese e melhor interpretação e aplicação prática não se limita a um mero departamento e/ou setor organizacional, muito menos apenas e tão somente, àqueles profissionais que nele estão lotados e investidos. Deve-se rechaçar, portanto, de plano, qualquer associação de critério espacial e/ou de pessoal para a sua fidedigna compreensão

Recomenda-se, portanto, a todo aquele acadêmico e/ou profissional que venha a buscar amplitude de conhecimento e vivência na área, que visualize e sinta o *compliance* como uma matriz de sua própria personalidade e caráter. Diz-se respeito, portanto, a um estado de ser ética e íntegridade em suas próprias atividades pessoais (cotidianas), por mais simplórias que possam ser consideradas, uma vez que as decisões e ações profissionais espelham-se em seu modo de ser e agir, pessoalmente. A associação é inevitável.

Partindo-se dessas premissas, crível que devemos sentir o *compliance* em nossas condutas por mais simples que possam ser (interna e/ou externamente à nossa atuação profissional), sendo guiados pelo o que entendemos como correto, justo, íntegro e não nos limitando a realizar uma conduta ou nos abstermos de sua prática apenas e tão somente porque existe uma lei, uma ordem legal, um mandamento, uma imposição sancionadora em determinado sentido. Mais do que tudo, devemos primar pelo bom senso coletivo.

Devemos buscar e zelar, pois, pela valorização cada vez mais expressiva e inequívoca, da integridade e caráter das pessoas de nosso convívio social, o que se realça ainda mais, ao tratarmos daqueles com os quais mantemos demandas e relacionamentos profissionais (integrando ou não a mesma organização, investidos ou não em cargos de gerência). O pensamento e o modo de agir (íntegros) devem ser os

mesmos, desde ao tratar com o profissional de menor nível gerencial, até os sócios e/ou acionistas da organização.

O futuro por certo é imprevisível, o que se reafirma (negativamente) pela mantença desta ainda combatida e árdua pandemia, advinda pela disseminação da COVID-19. Entretanto, há cautelas e condutas que podem (e devem) ser adotadas para, no mínimo, aumentar consideravelmente, as reais chances de minimização de riscos e perdas, que se não devidamente monitorados, poderão desembocar na ruína da organização, principalmente, quando evidenciada a mácula de sua imagem reputacional perante o mercado econômico e o governo vigente (independentemente de eventuais benefícios fiscais e/ou econômicos objetivados e/ou já concedidos), isso sem mencionar a ruptura da confiabilidade construída com os seus consumidores ao longo de décadas.

Muito se debate, hoje, acerca da invocada responsabilidade social, que possui como premissa, por exemplo, a principiologia de admissão e/ou aceitação mais naturalmente, da perda e/ou rechaçamento de um potencial negócio empresarial, em detrimento da busca da mantença e concretização da imagem reputacional da organização, balizada pela ética e pela moral tão disseminados em suas políticas e cultura comercial, descartando-se, assim, evidentes ganhos econômicos imensuráveis, mas que poderiam, fortemente, romper com essa filosofia enraizada em sua visão, missão e valores.

Neste sentido, referimo-nos a situações de estar em *compliance* e ser *compliance*, ou seja, tratando-se de um estado de realização e bem-estar pessoal e profissional diante das condutas adotadas e das decisões tomadas, sendo muito mais valoroso, digno e satisfatório para o cidadão de bem (e não apenas enquanto profissional) – que luta pela concretude de seus ideais e valores, para o fim de alcançar os seus objetivos de forma íntegra, honesta e sincera, sempre com dedicação, empenho, boa-fé e foco, transparecendo a nobreza de seus atos e condutas.

Portanto, inegável, irredutível e inafastável a responsabilidade social cada vez mais latente que a alta direção, a gerência, a diretoria, a governança e a presidência das organizações assumem ao exercer (por si só), a incentivar e a disseminar decisões e práticas empresariais íntegras, não só internamente, mas também junto aos acionistas (nacionais e estrangeiros), por exemplo.

2. METODOLOGIA

Ampla vivência e *know how* profissional adquiridos ao longo dos últimos cinco anos (2016 a 2021), atuando de forma consultiva, preventiva e contenciosa em prol de pessoas jurídicas - clientes (organizações multinacionais) atuantes nos segmentos automotivo e de indústria de bebidas alcoólicas e não alcoólicas, realizando reuniões

com diretores e gerentes, emitindo pareceres e consultorias, participando de diligências e vistorias “in loco”, conhecendo, amplamente, a rotina e processos internos de seus principais departamentos corporativos (jurídico, financeiro, recursos humanos, auditoria, controladoria, tecnologia, segurança e medicina do trabalho).

3. DISCUSSÃO

Adentrando, efetivamente, ao *modus operandi* em que os executivos devem implementar o departamento de *compliance* nas organizações – este devidamente autônomo, independente, com recursos próprios e livre trânsito entre distintos departamentos e profissionais, conceitua-se que a política de *compliance* reveste-se das etapas de criação, implementação e instituição de regras e normas consagrados em códigos de conduta e regimes internos, ou seja, políticas internas de comportamentos e sanções bem definidos e estruturados, objetivamente, de fácil entendimento e compreensão no âmbito da organização, em todos os seus níveis hierárquicos, no fito de garantir o máximo de transparência possível em todas as identificáveis tratativas inerentes à atividade empresarial, seja na relação entre os próprios colaboradores em idêntico e/ou semelhante nível de hierarquia, seja em relação ao trato com os seus superiores hierárquicos, fornecedores, prestadores de serviços, organizações do mesmo ramo econômico (concorrentes) e também, mas não menos importante – com a Administração Pública.

Já a cultura do *compliance* está intimamente relacionada ao efetivo envolvimento e compromisso dos funcionários e da alta direção da organização em relação aos conceitos e valores preconizados dentro de um programa de integridade instituído.

Não basta, entretanto, conhecer a legislação vigente sobre o tema, ou mesmo, as normas constantes de um código de conduta/política interna da organização a que se está vinculado, mas sim, estar em completo acordo e anuência com o que ali está exposto, comprometendo-se e empenhando-se a cumpri-lo e fazer com que os demais membros assim também o façam. Possui um viés mais subjetivo, atinente à disposição e empenho de cada profissional da organização. Deve, pois, haver um contínuo incentivo para a devida conscientização para a adoção dessas posturas e práticas organizacionais voltadas aos valores éticos de cada profissional, viabilizando-se treinamentos, palestras e diálogos frequentes, campanhas de divulgação e meios correlatos.

Deve-se, pois, buscar evitar não somente, eventuais sonegações fiscais, crimes ambientais e cibernéticos e fraudes contratuais, mas sim, começar por eliminar pequenas práticas que por si só, já geram desconfortos e constrangimentos no funcionamento do dia-dia laboral, muitas das vezes, imperceptível pelo autor - ofensor e que, a médio e longo prazo podem causar consideráveis transtornos para todo o funcionamento da estrutura organizacional.

Pois bem, no dia-dia laboral, diante dos inúmeros compromissos e responsabilidades de cada membro da estrutura organizacional, é muito difícil a fiscalização da atuação moral de cada um deles, mesmo por parte dos departamentos gerenciais, diretivos e executivos, os quais, *a priori,* possuem esta competência profissional e mais do que isto, este dever, considerando, ainda o âmbito de uma grande organização, permeada de incontáveis níveis de hierarquia e suas estruturas complexas.

Sendo assim, os referidos códigos de ética e de conduta e os programas de integridade possuem fulcral importância, na medida em que buscam, de forma cogente (instituindo sanções e penalidades em caso de descumprimento), que toda a atuação dos membros do ente organizacional seja pautada em valores éticos e morais, com o máximo de transparência, cooperação, dignidade e boa-fé profissional possível, valores estes preconizados na legislação civil e processual vigente, mas que, infelizmente, muitas das vezes não são colocados em prática em detrimento de um interesse econômico da organização, embora de conhecimento de toda a sociedade civil.

Assim, são efetivos meios de difusão de uma cultura ética e justa na integralidade do ambiente organizacional, abrangendo valores já sedimentados no ínterim de nossas famílias e de nossos lares, mas que, em dadas situações profissionais, acabaram sendo esquecidos e perdendo a sua devida importância, em razão de um interesse e de uma disputa econômica e patrimonial dentro da organização.

De qualquer modo, inobstante a natureza cogente de suas disposições, referidos meios devem difundir a cultura do *compliance*, independentemente de uma fiscalização rigorosa e exaustiva, simples e puramente por demonstrarem aos membros da organização a que se destinam, que agindo e atuando desta ou daquela forma, trarão não apenas benefícios comerciais e econômicos para a organização, mas também um crescimento e satisfação pessoal, inerentes a uma maior motivação, culminando na melhoria e aumento de sua produtividade, sem falar em potenciais reconhecimentos por parte de seus gestores e superiores hierárquicos.

Neste diapasão, o *compliance officer* não deve ser um obstáculo ao regular desenvolvimento dos setores e níveis da organização, mais sim um parceiro e facilitador, colocando-se no lugar de cada um dos membros da organização, entendendo, assim, as suas motivações e desafios vivenciados, diariamente, para assim, entender qual a melhor maneira para difundir aquela postura, aquela conduta em determinado setor e/ou departamento.

Deve, pois, não manter um distanciamento dos membros da organização, em razão do alto cargo que ocupa, ou mesmo, das responsabilidades e atribuições que possui. Ao contrário, por tais motivos, deve aproximar-se ainda mais dos membros e colaboradores da organização, de modo a mostrar-lhes a sua devida importância, com um espírito de união, de unidade e equipe, o que, irá trazer apenas benefícios para toda a estrutura organizacional.

Possui o encargo, pois, de elaborar e gerenciar o programa de integridade da organização, realizando, ainda, monitoramento do cumprimento das condutas e práticas ali previstas e como já ditas anteriormente, evitando, revelar-se um obstáculo para o desenvolvimento do trabalho dos membros e colaboradores, mas sim, revelando ser um parceiro, um facilitador, para não apenas implementar referidas práticas, mas sim, para demonstrar e comprovar a sua real necessidade e importância em todos os níveis da organização, desde o de menor complexidade até o de maior complexidade.

Por não ser necessariamente, funcionário da organização, podendo atuar como um consultor externo, deve contar com o apoio e suporte da alta direção da organização, eis que esta, já possui amplo conhecimento sobre todos os departamentos da organização, suas características, modo de funcionamento (incluindo, eventuais problemas e irregularidades), conhecendo, ainda, os profissionais que os integram, principalmente, as suas qualificações, competências e deficiências.

Portanto, a alta direção deve atuar como um intermediador, subsidiando o *compliance officer* com informações cabais, de modo, a enriquecer e municiar o trabalho deste, da forma mais completa, plena e efetiva possível.

Não demais ressaltar que, a alta direção possui a função de estabelecer políticas e diretrizes que sejam coerentes com a missão, visão e valores preconizados pela organização, mas também, de cobrar aqueles responsáveis por determinados processos, condutas e atividades, de modo a assegurar que estejam sendo cumpridos, assegurando, ainda a conscientização dos membros da organização. Deve zelar para que o sistema de gestão de qualidade esteja conforme o preconizado nas normas internas, cumprindo com o objetivo destas, demonstrando compromisso e liderança com a tomada de decisões.

No Brasil de se destacar as estruturas de governança das instituições financeiras, onde são definidas as estratégias, tomadas de decisões e monitoramento do relacionamento com seus acionistas, colaboradores, clientes e entes governamentais. Possuem, ainda, comitês atuantes neste sentido: AUDITORIA, PESSOAS, NOMEAÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA, GESTÃO DE RISCOS E DE CAPITAL E ESTRATÉGIA, os quais se reportam e se sujeitam ao conselho de administração, este responsável pela eleição ou indicação de seus respectivos membros. Essas organizações prezam eminentemente pela ética e transparência para a obtenção dos resultados almejados diante das políticas de governança e de gestão por elas instituídas, em um processo de contínuo aperfeiçoamento e aprimoramento, havendo, pois, membros independentes no conselho de administração e nos respectivos comitês, a fim de se evitar eventual parcialidade na tomada de decisões. A governança corporativa e a sustentabilidade permeiam os esforços dessas empresas em seus maiores objetivos estratégicos.

Adiante, no aspecto jurídico, é inegável adotar o entendimento e a compreensão de que o advogado empresarial deve focar-se em um trabalho muito mais consultivo e de planejamento estratégico, não limitando-se a pensar e a adotar as medidas jurídicas cabíveis apenas quando de sua atuação contenciosa. Referido profissional deve especializar-se na realização de assessoria e consultoria, modalidades preventivas (de atuação corporativa) ao ocasionamento de danos não apenas econômicos, mas reputacionais à imagem das organizações em que atua e/ou representa, bem como, daqueles que as dirigem e que norteiam o rumo de seus negócios comerciais, incluindo-se, logicamente, os seus colaboradores e todos aqueles que de alguma forma, relacionam-se com a organização – denominados *stakeholders.*

E em sendo assim, o *compliance* possui papel fundamental ao estabelecer parâmetros e diretrizes de atuação, por meio de elucidação de pilares que norteiam a cultura e a política de concretização de seus objetivos.

Destaca-se, por exemplo, a atuação na avaliação dos riscos potencialmente existentes no desempenho da atividade empresarial, em si considerada, de forma individual, principalmente, quando a organização possui mais de um campo de atuação.

Após a avaliação desses riscos, necessário o seu gerenciamento e monitoramento das medidas e ações que visam evitá-los, identificá-los e combatê-los, sempre com um "olhar" de integridade, voltado para a garantia e manutenção de uma governança corporativa transparente e de boa-fé. Trata-se de mecanismos de garantia de uma cultura organizacional ética, voltada à perenidade íntegra dos negócios e atividades empresariais.

Neste sentir, o advogado empresarial precisa se alinhar a uma atuação muito mais complexa e exigente, ultrapassando os limites da análise jurídica, devendo compreender todo o mecanismo de funcionamento de cada um dos setores e departamento envolvidos em determinada função inerente ao desenvolvimento de determinada atividade empresarial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alta direção possui inegável importância na disseminação da cultura do compliance, de modo a demonstrar e comprovar a importância da atuação empresarial pautada em valores éticos e morais, referindo a necessidade de ser conhecer, a fundo, sem dúvidas, o código de conduta da organização. Deve ser um exemplo para todas as camadas da organização, partindo dela a iniciativa de a ele se alinhar e ajustar, principalmente, em razão do rigoroso controle realizado pelas instituições fiscalizadoras em nosso país. Nenhuma concorrência desleal valeria o preço de uma conduta inidônea, por isso, a importância de um programa de integridade efetivo, sério e viável a todas as camadas da organização.

Com uma atuação ativa e responsável da alta direção, certamente a perenidade da organização será garantida e o padrão de qualidade de seus bens produzidos e serviços ofertados será mantida, fazendo jus ao nome desta perante o mercado e a todos os sujeitos atuantes em suas relações negociais (fornecedores, clientes, acionistas, investidores, agências reguladoras, patrocinadores, empresas consorciadas e afins).

Deve haver, pois, um claro e sólido processo de identificação e prevenção de riscos, eliminando-se riscos iminentes de autuações, sanções e penalizações.

Ainda, de se ponderar que a alta direção não é livre para administrar a organização a seu bel-prazer, eis que, se o assim fizer, será responsabilizada, independentemente, do nível hierárquico que seus integrantes ocuparem, inexistindo, pois, qualquer alegado salvo-conduto.

Resta, pois, ao departamento de *compliance*, principalmente do *compliance officer* da organização, prever, identificar e eliminar a imoralidade de atuação da alta direção, diante do comprometimento e imparcialidade do trabalho realizado pelo departamento de *compliance*, sendo que, este departamento por não ser subordinado

à alta direção, eis que esta a ele deve se enquadrar, conseguiria sanar, com maior êxito, as irregularidades não identificadas pela auditoria interna, ainda, para, conseguir blindar o departamento de controladoria - tripé estrutural este, harmonizado pelo *compliance* e responsável pela condução e aprimoramento contínuo, em busca do maior e mais efetivo êxito econômico, político e social de referida organização.

Deve, pois, analisar as diretrizes e normativas internacionais e nacionais sobre as relações comerciais, sociais, econômicas e todas aquelas inerentes ao funcionamento de cada uma das atividades da organização, incluindo, o relacionamento dos gerentes e chefes de departamentos, bem como, dos diretores e administradores com todos aqueles envolvidos na execução das atividades da organização, incluindo, por exemplo, prestadores de serviços, acionistas, agentes públicos, órgãos públicos reguladores da atividade empresarial, organizações concorrentes, entre outros.

As balizas de um programa de integridade a ser estruturado na organização possuem previsão legal no artigo 41 do Decreto n. 8.420/2015, sendo que hoje, há a internalização dos regramentos internacionais, principalmente a partir dos ditames do FCPA (legislação americana) e do UKBA (legislação britânica) em matéria de *compliance* e medidas de prevenção, identificação e correção de atos de corrupção e/ou suborno, por meio da promulgação da Lei n. 12.846/2013 (lei anticorrupção brasileira). Como elucidado anteriormente, importantes pilares sustentam o *compliance* e, por corolário, respaldam o trabalho do advogado empresarial, com destaque para o suporte da alta direção, a avaliação de riscos, implementação de um código de conduta, treinamentos e comunicação, *due diligence,* entre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

Compliance pública na administração pública: uma necessidade para o Brasil. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. v. 3, n. 1, 2016.

CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Curitiba: Juruá, 2018.

DUBOIS, Richard. *Inovações na gestão pública*. São Paulo: Saint Paul, 2012.

MAFFEI, José Luiz. *Curso de auditoria*: introdução à auditoria de acordo com as normas internacionais e melhores práticas. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance: concorrência e combate à corrupção.* São Paulo: Trevisan, 2017.

MOELLER, R. R. *COSO Enterprise Risk Management*: establishing effective governance, risk, and compliance processes. 2nd. ed. [s.l.]: Wiley Corporate F&A, 2011.

RIBEIRO, Osni Moura; COELHO, Juliana Moura Ribeiro. *Auditoria fácil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEGAL, S. *Corporate value of enterprise risk management*: the next step in business management. [s.l.]: Wiley Corporate F&A, 2011.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Lei anticorrupção e temas de compliance*. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). 2. ed. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAPÍTULO 46

O TELETRABALHO E HOME OFFICE E SUAS IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE PANDÊMICA - CORONAVÍRUS

Lúcia Maria Lopes da Silva

1. Introdução

Os contratos de trabalho são o alicerce para a manutenção e dinâmica da economia mundial, razão pela qual há a necessidade do legislador em inovar e atender as novas modalidades de contratação, especificando suas características tanto para empregadores quanto empregados, tendo como base os princípios e direitos já alcançados.

Neste diapasão, o legislador pátrio editou a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) com modificações substanciais na Consolidação das Leis Trabalhistas de 1940, implementando matérias que já se encontravam consolidadas na jurisprudência e doutrina, todavia, sem a sua normatização, como é o caso do teletrabalho inserido no artigo 75-B e seguintes.

Buscava-se a adaptação da aludida norma, quando, de forma inesperada, o mundo foi surpreendido pela pandemia do coronavírus, que possui como uma das medidas de contenção da sua proliferação justamente a proibição da circulação de pessoas, ocasião em que tanto empregadores como empregados, apoiaram-se na legislação até então única, para adequar a nova modalidade da prestação de serviço, surgindo assim, a denominação do "novo normal".

É fato que as medidas de contenção da proliferação do vírus estão em andamento, posto que as vacinas ainda não atenderam toda a população, cujo calendário de vacinação é lento no nosso país, razão pela qual as medidas adotadas são objeto de muitas reflexões, todavia, é cristalino afirmar que há um mundo antes e depois da pandemia do coronavírus, cujas consequências não se pode ainda prever em tão curto espaço de tempo.

2. Breve Histórico

Conforme o jurista Sérgio Martins, a primeira menção do tema em enfoque foi tratado precipuamente como *"trabalho a distância é a utilização do telégrafo em 1857, nos Estados Unidos, na Companhia Estrada de Ferro Penn, que passou a usar o equipamento para gerenciamento de pessoa, que trabalhava distante do escritório central"*[ii].

Nas décadas de 1960 e 1970, remonta ao início do trabalho em domicílio, oportunidade em que as fábricas para a produção de vestuário, têxteis e calçados, embalagem e montagem de materiais elétricos, optavam pela manutenção dos seus empregados nesta modalidade de contrato, conforme destacam Rocha e Amador[ii].

Contudo, parafraseando Sérgio Martins, ressalta como "pai do teletrabalho" Jack Nilles, antigo secretário do Comitê de Investigação da Aeroespace Corporation, no

ano de 1971, quando indagado por seus superiores sobre a possibilidade do homem fazer viagem à Lua teria dito que se pudesse exclusivamente trabalhar nesta questão, teria uma resposta mais favorável e, em menos tempo, caso pudesse contornar os grandes engarrafamentos da época.

No ano de 1973, Jack Nilles, com o apoio da Fundação Nacional para Ciência, redigiu uma proposta de política de relacionamento entre telecomunicação e transporte, no qual apresentou nuances do que seriam as primeiras nuances/princípios do tema em voga. Ainda, foi autor de várias obras acerca desta temática[ii].

Também, nas Olimpíadas de 1984 e 2012, em Los Angeles e Londres, respectivamente, o tema foi incorporado na tentativa de melhoria do trânsito das cidades, visando a livre circulação dos turistas.

É cediço que a Revolução Telemática trata da nova modalidade de mudança na sociedade global, com o surgimento de novas tecnologias, trazendo alterações substanciais quanto as formas de prestação de serviços.

3. **Nuances acerca do Teletrabalho**

A Organização Internacional do Trabalho, conforme descrito por Fernando Cesar Teixeira França[ii], aduz que teletrabalho *"é executado com o uso de novas tecnologias de informação e comunicação em um local distante do escritório central ou instalação de produção onde o trabalhador não tem nenhum contato pessoal presencial com os colegas de trabalho"*

Ainda, segundo o jurista Bezerra Leite[ii], o teletrabalho *"é uma espécie de trabalho a distância, e não de trabalho em domicílio. A razão é simples: o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, o teletrabalho ocorre em ambiente virtual e, como tal é situado no espaço".*

No Brasil, a primeira introdução em nossa legislação, como ressalva Delgado[ii], foi a Lei nº 12.551/2011, em que houve a superação da controvérsia quanto a existência ou não da subordinação jurídica do teletrabalho, cujo óbice foi resolvido com a redação dada pela referida lei ao antigo artigo 6º da CLT.

Com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), foram introduzidos os artigos 75-A e seguintes[ii], que trouxe inovação quanto a definição e características relativa ao tema em tela.

Em análise a letra da Lei, o teletrabalho é definido precipuamente pela necessidade de controle da jornada por meio de sistema de informação e de comunicação, fora das dependências da empresa, ou seja, a tecnologia em favor da relação contratual.

Necessário que sejam previamente delimitadas todas as condições a serem exercidas pelas partes do contrato de trabalho, com indicação de ajuda de custo a ser fornecido pela empresa ou mediante comodato, aquisição de equipamentos, informações e precauções quanto a acidente de trabalho, entre outras matérias, que estejam em conformidade com a legislação, as normas da empresa e convenções coletivas.

No que concerce a jornada de trabalho, o teletrabalhador possui relação externa com o seu empregador, pois sua subordinação é condicionada aos meios telemáticos, em razão desta condição diferenciada, o legislador inseriu o inciso III ao artigo 62, da CLT[ii], excluindo de forma categórica essa classe de empregados daquele controle. Segundo Homero Silva[ii], a exclusão dos teletrabalhadores, denota a não aplicação para esta categoria a oportunidade de fruição de horas extras, intervalos e

adicional noturno, o que nos remete ao período da Revolução Industrial, quando os empregados não usufruíam do mínimo existencial.

Outro ponto a ser considerado é a saúde mental e ocupacional do teletrabalhador, eis que cabe ao empregador averiguar as condições do ambiente de trabalho. Tais medidas devem ser analisadas pelas empresas, quando optarem pela nova modalidade de contrato, devendo sempre primar pelo bem-estar social, psicológico e condições do ambiente de trabalho, com a necessidade de se constatar *in loco* as condições necessárias para o desempenho do seu empregado.

4. **Diferenciação entre teletrabalho e "home office"**

Conforme já demonstrado o teletrabalho trata da nova modalidade de prestação de serviços, inserido recentemente na legislação trabalhista, o qual prima pela sua realização fora da sede da empresa. Insta destacar que não há controle da jornada, tampouco o pagamento de horas extras aos optantes por esta modalidade. Há a necessidade da celebração de um acordo escrito, com a especificação de todos os direitos e deveres dos contratantes.

Quanto ao "home office" ou trabalho em domicílio, não se encontra regulamentado, devendo ser tratado como o próprio contrato de trabalho presencial, todavia, despendido na residência do funcionário, com necessidade de controle da jornada de trabalho, fruição do pagamento das horas extras, entre outros. Inexiste obrigatoriedade de formalizar o contrato. Insta registrar que com a pandemia foi a modalidade mais desenvolvida de teletrabalho, haja vista a necessidade da manutenção da prestação da atividade empresarial.

O advogado Fernando Henrique Cavalcanti[ii] quanto a diferenciação destes temas assevera que:

> "O teletrabalho, essencialmente, é o mesmo trabalho realizado pelo funcionário na empresa, só que em ambiente diverso através do auxílio da tecnologia. Já o trabalhador em domicílio realiza trabalhos específicos, sem auxílio tecnológico, com a característica de ser realizado no domicílio da pessoa. Um exemplo do trabalho em domicílio pode ser de uma costureira, que, mantendo vínculo de empregado CLT com a empresa, instala o maquinário industrial na sua própria casa, e realiza a sua produção no seu próprio domicílio, mantendo subordinação, salário e demais características da relação de emprego. O teletrabalho, portanto, é exclusivo para funções que possam ter auxílio da tecnologia para realização das tarefas, com ferramentas como slack, trello, Skype, zoom, e demais. O teletrabalho tem como exemplo clássico os desenvolvedores de software, que, pela própria natureza do seu trabalho, há muitos anos se utilizam de plataformas de desenvolvimento na nuvem, como a Amazon Web Services (AWS), Microsoft Azure, etc., para poder realizar o seu trabalho remotamente. (...)".

5. **Coronavírus – Covid 19 – Pandemia**

O vírus iniciou na China, no final do ano de 2019, todavia, sua gravidade foi difundida ao mundo somente no início de 2020, cujas informações eram muito remotas,

pois não se tinha conhecimento sobre as formas de transmissão, tratamento, cuja escala inicial de mortalidade era alarmante.

As primeiras notícias eram compartilhadas de modo esparso à população em geral, por meio de noticiários por diversos meios de comunicação

Insta registrar que tanto os governos de vários países quanto cientistas e pesquisadores, não possuíam respostas tampouco métodos para o controle, tratamento e medidas eficazes de combate a este vírus, inclusive, sendo um desconhecido até a presente data, que pudessem tranquilizar a população mundial, em razão dos muitos desencontros de informações e a mortalidade alarmante.

No Brasil, foi reconhecido pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 06/2020, em 20/03/2020, o estado de calamidade, com o fim precípuo de organizar o orçamento da União e as diretrizes neste momento de caos social.

Na data de 22/03/2020, foi editada a Medida Provisória (MP) 927/2020[ii], que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo decreto legislativo 6/2020.

Deste modo, aludida MP, buscou adaptar à nova realidade existente diminuindo o prazo para 48 horas para a comunicação aos empregados, por meios eletrônicos, bem como a necessidade de firmar contratos individuais, quanto ao comodato dos equipamentos a serem utilizados pelos empregados de forma remota, no prazo de 30 dias, após a mudança efetiva da prestação do serviço.

Considerando todas as medidas de isolamento da população, aliado ao número crescente de óbitos, em razão do próprio desconhecimento mundial de como tratar preventivamente o vírus, muitas empresas que haviam cogitado a possibilidade da implantação do teletrabalho tiveram que alterar o paradigma e consolidar essa realidade, a fim de continuar a atividade empresarial ou optarem pelo caminho da falência.

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[ii], 39,4% de empresas fecharam suas atividades, em razão dos impactos sofridos com a pandemia, no primeiro semestre de 2020.

E na mesma situação houve aumento significativo do número de desempregados[ii], com registro de cerca de 14,4 milhões no mês de setembro de 2020.

É cediço que micro e pequenas empresas foram as que mais sofreram, tendo em vista que ainda buscavam consolidar sua atividade empresarial e com toda a incerteza econômica mundial acabaram por fechar as portas.

Por outro lado, muitas empresas optaram por se reinventar nessa nova modalidade de trabalho, bem como os seus empregados que tiveram sua rotina alterada, no momento de crise, todos tiveram que se unir e buscar forças tanto para a manutenção dos empregos, bem como para a manutenção da atividade empresarial.

Nesta linha, foi editada a Medida Provisória 936/2020, oportunidade que houve a dispensa de chancela pelo sindicato da categoria para a homologação dos acordos individuais, com a implantação da suspensão do contrato de trabalho e a redução da jornada de trabalho, tais situações foram muito questionadas pela comunidade intelectual, haja vista a violação de direitos intrínsecos dos empregados.

Todavia, a diminuição significativa do número de sindicatos, aliado a perda da força dos mesmos quanto a defesa dos trabalhadores, demonstrou a necessidade de se reavaliar as determinações contidas na CLT, adequando-as a nova realidade social e

principalmente pela pandemia, em razão da restrição quanto a realização de reuniões/eventos com muitas pessoas.

Neste sentido, observando estes aspectos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a MP 936/2020, conforme decisão exarada na Adin 6363:

> "EMENTA: Decisão: O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (STF - ADI: 6363 DF 0089460-11.2020.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/11/2020)

Trata-se de uma decisão emblemática que apresentou a adequação da norma emanada e a situação inédita vivenciada no país, oportunidade em que se optou pela praticidade da sua aplicação, primando pela manutenção dos empregos e da atividade econômica.

No início do ano de 2021, notadamente com o agravamento dos casos de contágio do coronavírus, foram editadas as Medidas Provisórias nº 1045/2021[ii] e 1046/2021[ii], as quais renovaram os ditames das medidas provisórias anteriores, visando a manutenção das atividades econômicas e de emprego.

6. **Considerações finais**

Invariavelmente estamos no processo de mudanças, que foram aceleradas com o advento da pandemia, que trouxe uma nova roupagem as modalidades de contratação, devendo as empresas implementar suas atividades por meio do "*compliance*", cujo ramo tem se tornado o diferenciador quanto a prevenção de crises e adoção de medidas cautelares pelas empresas.

Há a necessidade de mudança legislativa, contudo a essência da efetividade de implantação do teletrabalho demonstrou que tanto empregados quanto empregadores adaptaram-se de forma satisfatória. Das empresas que puderam realizar o ofício nesta modalidade, puderam manter a atividade empresarial e os empregos.

As medidas foram adotadas em plano global, cujo cenário por muitos meses foi de ruas vazias, com as pessoas "camufladas" em suas residências, com receio de contrair o vírus, cujo medo ainda é latente.

É de salutar importância destacar que a pandemia trouxe a sociedade mundial nova capacidade de se "reinventar" em tão pouco tempo, diante da alteração da rotina antes vivenciada, com necessidade de se discutir acerca do tema em voga, devendo todos olhar com cuidado a sua aplicabilidade e apresentar as alterações necessárias, visando equalizar as relações de emprego com as necessárias mudanças do "novo normal" da sociedade contemporânea.

7. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Alexandre. Desemprego atinge 14 milhões de pessoas na quarta semana de setembro. *Agência IBGE Notícias*, 2020. Disponível em:

https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29181-desemprego-atinge-14-milhoes-de-pessoas-na-quarta-semana-de-setembro. Acesso em 24 de maio de 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.442*, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 1943.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927/2020*, de 22 de mar. de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em 14 abr. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 936/2020*, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Diário Oficial da União, DF, ed. 63-D, s. 1, p. 1, 1º de abril de 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1045*, de 27 de abril de 2021. Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho. Diário Oficial de União, Brasília, DF, ed. 78, s. 1. p. 2, 28 de abril de 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1046*, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Diário Oficial de União, Brasília, DF, ed. 78, s. 1. p. 5, 28 de abril de 2021.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 36 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAVALCANTE, Fernando Henrique Silva. Teletrabalho na pandemia. *Jusbrasil*, 2020. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://fernandohsc.jusbrasil.com.br/artigos/850075931/teletrabalho-na-pandemia. Acesso em 30 maio. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

GRANCONATO, Márcio Mendes; MONTEIRO, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira. *Reforma trabalhista, de acordo com a lei 13.467/2017*. Indaiatuba, SP: Foco Jurídico, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NERY, Carmen. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas. *Agência IBGE Notícias*, 2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-

noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas. Acesso 31 de maio de 2021.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. *Sci Elo Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395154516>. Acesso em 15 jun. 2021.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book (p. 502). Disponível em: https://docero.com.br/doc/xs0c8e1. Acesso em 15 de maio de 2021.

CAPÍTULO 47

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DEVER DE COOPERAÇÃO COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Luciana Sena

1. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil foi criado para dirimir lides por meio de um conjunto de procedimentos estruturados, a fim de possibilitar, ao final, a efetivação da tutela em litígio. Contudo, o intercâmbio de bens, serviços e pessoas, efeito causado pela globalização, flexibilizou as fronteiras jurisdicionais introduzindo elementos estrangeiros ao processo que, até então, era essencialmente interno. Tal efeito desafiou o direito processual a se atualizar, a fim de não permitir que se tornasse uma ameaça ou, até mesmo, um entrave aos direitos fundamentais processuais como, por exemplo, o acesso à justiça, celeridade processual e garantia à efetiva tutela jurisdicional, tendo em vista que o que antes eram elementos acidentais, hoje estão cada vez mais presentes nos processos domésticos.

O objetivo central do trabalho foi analisar suscintamente a nova sistemática da Cooperação Jurídica Internacional trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 como um instrumento que auxiliará na garantia dos direitos processuais fundamentais, pois sincroniza o Brasil às demais jurisdições estrangeiras, evidenciando o respeito ao dever de cooperação. Diante disso, a Cooperação é analisada sob a perspectiva processual, sem, contudo, se esquivar dos pontos que também se refletem no direito internacional e no direito penal, qual seja, o dever de cooperação que demanda uma relação harmônica não apenas entre os países, mas também dos operadores do direito interno com a própria Cooperação Internacional.

Para o alcance desse objetivo, o presente trabalho analisa primeiramente no que consiste à Cooperação Internacional e qual seu impacto no processo civil. Em seguida, analisa-se a cooperação internacional dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, o atual dever de cooperar, não apenas dos países, demandando uma releitura do conceito de soberania, mas também dos operadores do direito interno a fim de possibilitar a garantia de direitos fundamentais processuais.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Quanto à metodologia, o presente trabalho utilizou-se do método dedutivo, por meio dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental, sendo, então uma pesquisa exploratória com levantamentos bibliográficos para um melhor conhecimento sobre o tema. Iniciou-se a pesquisa em manuais de Direito, inicialmente

processuais para então buscar argumentos em doutrinas constitucionais e de direito internacional, público e privado a fim de estudar o assunto de maneira direcionada, utilizando-se, após, de literatura específica com o propósito de delimitar o tema. Posteriormente o estudo de trabalhos científicos reconhecidos pelas CAPES visando ter acesso ao que já foi publicado, utilizando palavras chaves como: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil. Cooperação Jurídica internacional. Direitos Fundamentais Processuais e Dever de Cooperação.

3. DISCUSSÃO

A globalização desencadeou uma diminuição da percepção de distâncias físicas e uma maior integração sócia-econômica nível mundial. Esse novo cenário evidencia que as consequências desse grande intercâmbio de bens, pessoas e relações não respeitam fronteiras geopolíticas e, por consectário lógico, demandam do judiciário soluções atuais para as demandas contemporâneas. A Cooperação Jurídica Internacional surge inicialmente da ideia de ajuda mútua entre os países, quando perceberam que apenas o direito interno não era mais apto a resolver sozinho as novas lides. Contudo, o que antes eram apenas situações excepcionais têm se tornado gradativamente parte da regra.

Os autores Flávia Pereira Hill e Humberto Dalla Bernadina de Pinho, no estudo em que analisam as novas fronteiras do acesso à justiça e discutem a jurisdição transnacional, (2017, p.2), destacam que o direito processual, nos seus moldes de criação, visava essencialmente a solução de lides internas, ou seja, envolvendo sujeitos residentes no mesmo país onde a controvérsia seria posta em litígio, referente apenas a questões domésticas. Explicam que, por ser o Direito Processual uma ciência social que visa atender às demandas da sociedade daquele tempo, ele se direciona, portanto, segundo o momento histórico. Contudo, a partir da metade do século XX observou-se um crescimento acelerado das relações estabelecidas além das fronteiras, " (...) passou-se a falar em negócios internacionais, cadeia internacional de produção e até mesmo em famílias transnacionais, cujos membros são de diferentes nacionalidades. " (HILL; PINHO, 2017, p. 2/3)

Nesse sentido, Ana Clara Lopes da Silva (2020) argumenta que o contexto da globalização acarretou no surgimento de conflitos transfronteiriços, o que fomentou os Estados a produzir mecanismos em prol de uma colaboração internacional. A autora, que analisa a importância do desenvolvimento da cooperação jurídica internacional no contexto dos direitos do consumidor dentro do MERCOSUL, aponta que:

> A noção de cooperação encontra-se vinculada à concepção de "Estado Constitucional Cooperativo", termo alcunhado por Peter Habërle, para definir o novo modelo estatal emergente, que não perde a sua nacionalidade, mas acresce à sua estrutura instrumentos de abertura, de cooperação e de integração, evadindo-se da concepção de uma unidade fechada e centrada na soberania nacional. (Silva, 2020, edição Kindle)

Diante disso, imperioso esclarecer, suscintamente, no que consiste a Cooperação Internacional. Segundo o DRCI – Departamento de Recuperação de ativos

e Cooperação Jurídica Internacional – tornou-se imprescindível a criação de instrumentos que possibilitassem aos países desenvolverem auxilio mútuo a fim de conseguirem exercer sua atividade jurisdicional:

> A Cooperação Jurídica Internacional é o instrumento por meio do qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita a outro Estado medidas administrativas ou judiciais que tenham caráter judicial em pelo menos um desses Estados. Quando o Estado brasileiro solicita cooperação de um país estrangeiro diz-se que a cooperação é ativa. Ao contrário, quando um país estrangeiro solicita a cooperação do Brasil diz-se que a cooperação é passiva. O pais que demanda a cooperação é dito Estado requerente, enquanto o país demandado é dito Estado requerido. (BRASIL, Ministério da Justiça, 2014, p. 9)

Em outras palavras, é uma maneira formal de um país requisitar a outro país a prática de um ato seja administrativo, investigativo ou judicial. A autoridade central é o órgão competente pela cooperação jurídica de cada Estado, portanto, cabe à autoridade central "receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica" sendo necessário verificar se o pedido preenche os requisitos legais e costumeiros do país que será requisitado e relacioná-lo com o tratado que dispõe sobre a matéria, a fim de conferir legalidade e autenticidade ao pedido, bem como celeridade ao tramite. (BRASIL, 2014, p.9). No Brasil, a Autoridade Central, via de regra, é representada pelo Ministério da Justiça, por meio do DEEST – Departamento de Estrangeiros – competente para analisar pedidos de extradição e transferência de pessoas condenadas e o próprio DRCI responsável pelos demais pedidos de cooperação jurídica internacional. (BRASIL, 2014, p. 10)

Apesar do assunto já ser tema muito trabalhado no âmbito do Direito Internacional e até mesmo do Direito Penal em decorrência da quantidade e qualidade de crimes que transcendem as fronteias, a Cooperação Jurídica Internacional apenas passou a despertar a devida atenção no âmbito do processo civil após o Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, em que pese aparentar ser algo essencialmente administrativo, mais ligado ao Executivo, cuja a prática, via de regra, não desperta tanto interesse por parte dos operadores do Direitos, ela interfere diretamente no devido processo legal. Isso porque, atualmente, para que um ato processual seja realizado em um processo, seja do mais simples, como uma intimação, até um ato mais complexo, como uma tutela provisória de urgência ou até uma penhora, é necessário que exista previamente um acordo entre os países requerente e requerido ou, no mínimo, uma promessa de reciprocidade entre eles.

No Brasil, conforme os números apresentados pelo DRCI, em 2004 foram requisitadas 2.892 novas solicitações de Cooperação Jurídica Internacional. Em 2019, por sua vez, esse número saltou para 7.012 novos pedidos, sendo que 4.506 pedidos se referem a matéria civil e, destes, 2.251 são exclusivamente sobre alimentos. Em 2020,

mesmo com a pandemia da COVID19, esse número fechou em 5.579 novos pedidos, sendo que 3.615 referem-se a matéria civil e destes, 1.988 dizem respeito à alimentos.

Observa-se, portanto, um crescimento relevante que não poderia mais ser ignorado pelos processualistas brasileiros, uma vez que, nos termos da Constituição Federal de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art.º, LV) e por fim, 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 (art. 5º, caput).

Sob a perspectiva processual, conceitua Cassio Scarpinella Bueno (2016) que "por cooperação internacional deve ser entendido o conjunto de técnicas que permitem a dois Estados colaborar entre si em prol do cumprimento fora de seus territórios com medidas jurisdicionais requeridas por um deles. " (BUENO, 2016, p. 120)

Fredie Didier Jr. a classifica como um microssistema processual embutido dentro do CPC15. Segundo o professor, um Código, nos tempos atuais, pode sim cumprir um papel de fonte normativa de microssistema. Acrescenta ainda que em decorrência do Brasil ter sido bastante ativo nos últimos anos, firmando muitos acordos internacionais, o Código de Processo Civil tornou-se o momento legislativo ideal para que, pela primeira vez na legislação brasileira, se concretizasse regras mais bem definidas sobre cooperação jurídica internacional. (DIDIER JR, 2020, p. 75)

Isso porque, até então, não existia no ordenamento jurídico brasileiro uma regulamentação unificada acerca do assunto, mas apenas leis esparsas, parte na Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB), alguns instrumentos de cooperação no Código de Processo Civil de 73 e outra parte na Resolução Normativa 09/2005 do STJ, mas somente após a Emenda Constitucional 45/2004 que implementou uma "reforma" no judiciário e transferiu a competência para o julgamento das cartas rogatórias e homologação de sentenças estrangeiras do STF para o STJ.

Por isso, Nádia Araújo enaltece que a compilação das normas processuais internacionais no atual CPC estabelece um sistema que garante às partes maior segurança jurídica:

> No Brasil, vê-se a melhora do cenário jurídico para os negócios internacionais, a partir da compilação das normas de processo internacional pertinentes no atual CPC, estabelecendo-se, assim, um sistema em que se garante às partes maior segurança jurídica. Ademais, o CPC não descuidou da integração da legislação interna com o labor codificador externo. (ARAÚJO, 2020, edição Kindle)

No Código de Processo Civil de 2015 as regrais gerais de cooperação estão sistematizadas em capitulo próprio, entre os artigos 26 a 41, onde regulariza as normas gerais de cooperação e, posteriormente, dispõe sobre os principais instrumentos de cooperação na esfera civil – aplicados também na esfera penal - quais sejam, auxílio direito e carta rogatória, sendo que a regulamentação da homologação de sentença estrangeira foi ampliada nos artigos 960 a 965.

A nova regulamentação foi inserida dentro do Título "Dos limites da Jurisdição Nacional e da Cooperação Internacional" onde também estão dispostas as regras acerca dos limites da jurisdição nacional. Isso porque a Cooperação Jurídica está diretamente ligada aos limites da jurisdição que, por sua vez, decorre da Soberania Estatal. Em síntese, a jurisdição refere-se à função de julgar as demandas internas. Fredie Didier Jr a conceitua como:

> Função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/ efetivando/ protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível. (2020, p. 193)

Nesse sentido, Aluísio Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva acrescentam, que "ao longo da história a jurisdição permaneceu umbilicalmente ligada à ideia de Estado Nacional, soberano, detentor de um território próprio e que deveria apresentar uma unidade e coerência no direito" (RODRIGUES; ZANETI JR. 2019, p. 64/65), sendo que, as concepções de jurisdição, como função estatal típica, referem-se, em regra ao modelo de Estado vigente. Conforme explicaram Mendes e Silva, no Estado Democrático de Direito, ao magistrado cumpre o controle constitucional das leis e a efetivação dos direitos fundamentais, realçando a lealdade e boa-fé de forma a não comprometer a finalidade essencial do processo que nada mais é que a tutela de direitos e a realização dos princípios constitucionais que permeiam o processo.

A questão a ser avaliada é quando um direito fundamental do indivíduo esbarra nos limites da jurisdição e, por consectário lógico, na soberania do estado. Quando se está diante de uma situação que já possui uma regulamentação internacional e é manuseado por operadores do Direito que tem conhecimento das regras de competência e cooperação, o cidadão que busca o judiciário terá garantido seu direito de acesso à justiça e poderá ter garantido, ao fim, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Ocorre que, para que isso aconteça existem duas variantes que precisam de estar bem sincronizadas, a cooperação entre os países e a cooperação dos operadores do Direito com a própria cooperação jurídica, evidenciando, assim, um dever de cooperação, a fim de garantir que o direito do cidadão não seja barrado na fronteira.

A Soberania, segundo Mazzuoli (2002) pode ser conceituado como:

> (...) o poder que detém o Estado, de impor, dentro de seu território, suas decisões, isto é, de editar suas leis e executa-las por si próprio. É o poder que, dentro do Estado, internamente, não encontra outro maior ou de mais alto grau (MAZZUOLI, 2002, p. 171)

Por outro lado, o autor (2002) argumenta que essa tradicional noção de soberania como um poder estatal ilimitado vai perdendo força conforme os países vão assumindo compromissos mútuos, pois isso diminui a discricionariedade estatal. Mazzuoli argumenta contra a noção tradicional de soberania e defende um conceito mais flexível. Para ele, a verdadeira soberania estatal compõe-se da cooperação entre os países em favor de uma mesma finalidade, conceito esse bem distante daquele

tradicional que sustenta um Estado ilhado, mas sim sincronizado dentro uma comunidade internacional, "(...) A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se essa nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim seria sobretudo um ato de soberania por excelência. " (2002, p. 173)

Nesse sentido, defende Nelson Nery Júnior (2016, p. 321) que pelo princípio da cooperação internacional de jurisdições, as autoridades dos países devem se auxiliar mutuamente a fim de prover uma melhor administração da justiça. Segundo ele:

> A necessidade de haver cada vez mais "Estado Cooperativos" é fundamental no mundo de hoje, de fronteiras cada vez mais fluidas e de comunicação rápida mesmo à longa distâncias, fato que propicia o surgimento de mais demandas, com repercussão fora do Estado Nacional (p. 321)

Infere-se, assim, que um Estado não diminui seu poder ao cooperar, muito pelo contrário, apenas agrega mais. As barreiras e a desconfiança atribuídas ao ato de cooperar, consequentemente ensejarão em uma prática equivocada e informal do ato pelo país requerente, num claro desrespeito à soberania do pais requerido. (OLIVEIRA; AGUIAR, 2017, p. 97). Ademais, quem sofre com as consequências desse excesso de formalismo é unicamente o indivíduo que busca amparo na justiça, pois fica à mercê da má vontade Estatal. Defende-se aqui que a garantia dos direitos do indivíduo está acima da Soberania de um Estado, de forma que não poderá ter um direito humano e/ou fundamental violado pela simples recusa de um país em cooperar com outro.

Luciano Meneguetti Pereira (2015) ressalta que, internamente, a Constituição Federal de 1988 alçou a cooperação como um princípio das relações internacionais (art. 4º, IX), o que, para o autor, instituiu o Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle no Brasil. Defende assim o autor, que a cooperação entre os Estado a fim de garantir seus objetivos não se resume a um "ato de favor", mas sim a uma necessidade:

> Estados soberanos cooperam porque precisam cooperar, pois de outro modo não conseguem resolver os seus problemas jurídicos internos onde esteja presente algum elemento de estraneidade, isto é, problemas e conflitos que, dado o seu caráter transnacional, atraem ou conectam duas ou mais ordens jurídicas nacionais. (PEREIRA, 2015, p. 21)

Logo, para se garantir a devida eficácia jurisdicional, Nádia Araújo apresenta o "dever de cooperação mútua" consubstanciado numa obrigação dos Estados para assegurar um eficiente funcionamento da Justiça, assegurando assim, os direitos fundamentais constitucionais e direitos previstos em tratados internacionais de direitos humano, "(...) Esses direitos fazem parte de um catálogo dos direitos do cidadão, não sendo apenas mais uma obrigação entre as nações soberanas, por força da cortesia internacional. " (ARAÚJO, 2020, edição Kindle)

Como bem colocado por Saulo Alle (2017), cooperar não se trata mais de uma faculdade ou mera liberalidade do Estado e muito menos um enfraquecimento de

seu poderio, é justamente o contrário, “a cooperação significa que suas decisões e seus atos, que estejam conforme o direito, serão respeitadas mesmo além de suas fronteiras. Implica, desta forma, compreender a importância das interações estatais na afirmação da soberania estatal, enquanto instrumento para a realização de valores universais (...)” (ALLE, 2017, p. 140)

Todos esses argumentos evidenciam a necessidade e a importância da cooperação jurídica internacional para a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, da garantia de um processo justo e do acesso à justiça ao jurisdicionado. Não por acaso a Cooperação Jurídica Internacional foi expressamente apresentada no Código de Processo Civil de 2015, o código em que o princípio da cooperação está arraigado, direcionando a sua hermenêutica e guiando a finalidade dos atos processuais e pautando a atuação de todos os interessados no processamento da lide.

Para os autores Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Tatiane Machado Alves (2015), a cooperação prevista no art. 6º do CPC comprova que o código de processo, em harmonia com as demais legislações externas, apresenta vários dispositivos que indicam a intenção do legislador infraconstitucional de implementar uma prática mais cooperativa, a fim de garantir a efetividade do processo, bem como assegurar o acesso à justiça, (ALVES; PINHO, 2015), finalidades essas muito similares às pretendidas pela implementação da cooperação jurídica internacional.

Diante dessa nova realidade social, Pinho e Hill (2017, p 4/5) destacam o desafio do acesso à justiça ao jurisdicionado que demanda em litígios além das suas fronteiras, principalmente no que diz respeito ao alto custo e a excessiva demora, demonstrando as falhas nos sistemas processuais. A fim de solucionar essas questões, os autores esclarecem que o direito processual tem buscado novas formas para se adequar a esse novo contexto, apontam, assim, dois eixos. O primeiro refere-se à valorização dos direitos fundamentais processuais que ensejaria em uma harmonia dos sistemas processuais. O segundo, por sua vez, seria o estimulo à cooperação jurídica internacional, por meio do desenvolvimento de instrumentos processuais que facilitassem o tramite processual entre os sistemas estrangeiros.

Os autores destacam ainda (PINHO; HILL 2017 p.14/15) que, por conta da conscientização acerca dos valores sociais acarretando na preocupação de se buscar um processo justo e equitativo, os países passaram a interpretar sua legislação interna em harmonia com as garantias processuais fundamentais, o que desencadeou em uma aproximação entre os países, chamada pelos autores como jurisdição transnacional: “caracteriza-se como aquela em que há a necessidade de prática de atos processuais perante mais de um Estado para que se decida sobre o bem da vida postulado.” (PINHO; HILL, 2017 p. 8)

Mas como já exposto, para que a cooperação jurídica se torne, de fato, um instrumento útil para a garantia dos direitos fundamentais processuais e não apenas mais uma disposição ineficaz, o dever de cooperação não deve ser imposto apenas aos países, mas também aos operadores do Direitos, afinal, são eles que aplicam as normas ao caso concreto. Logo, não faz sentido o Brasil firmar acordos e tratados internacionais se internamente quem os aplica ou requer que sejam aplicados não sabem como faze-lo ou se quer sabem que existam.

Como bem colocado por Gilson Dipp, “essas mudanças não decorrem de alteração legislativa, mas sim de uma mudança cultural” (2013, p. 31), no caso, dentro do Direito. O autor não apenas defende uma atuação mais ativa dos juízes e tribunais

no que diz respeito aos assuntos que permeiam a cooperação internacional, mas inclusive uma atuação direta, ou seja, sem o que o executivo exerça o papel de intermediário, seja pela diplomacia, seja pela Autoridade Central, baseando sua argumentação na aplicação do Princípio da confiança, que norteia as relações no Judiciário nacional, às relações entre os judiciários estrangeiros.

> Juízes e tribunais podem ser pontes ou barreiras para a Cooperação Internacional. Uma reflexão honesta poderá revelar cenário no qual os juízes e os tribunais, talvez pela natureza de sua profissão, tenham permanecido em plano secundário nos diálogos e convívios que pautaram a preocupação das nações com as consequências do viver o mundo em vizinhança. Enquanto diplomatas e funcionários dos poderes executivos discutiram as questões cíveis no mundo globalizado, além do crime transnacional e negociaram tratados; talvez os juízes tenham permanecido em seus gabinetes e colegiados sem sentir a necessidade de construir pontes - ou mesmo sem poder ajudar a construí-las. Chamados a aplicar os tratados, a prestar e a receber Cooperação Internacional, o fizeram ou o fazem, possivelmente, com a mesma cultura territorialista que marcou suas formações (DIPP, 2013, p. 30)

Sobre isso, Flávia Hill (2019) vai além e acrescenta mais uma última ressalva acerca da concretização da cooperação jurídica internacional como um instrumento, de fato, garantidor de direito fundamentais processuais:

> Isso porque, tradicionalmente, os cursos de Direito se voltam para formação dos profissionais quanto à solução de litígios internos, sem elementos de estraneidade. Os tempos atuais demandam que os operadores do Direito ampliem o seu espectro de atuação a fim de que saibam lidar também com as controvérsias transnacionais, cada vez mais comuns. Sem isso, a regulamentação trazida pelo CPC/2015 terá pouca valia para os jurisdicionados, especialmente os hipossuficientes (RODRIGUES; ZANETI JR. 2019, p. 141)

A ressalva feita pela professora não é desarrazoada, de fato, o desconhecimento ou o até mesmo o conhecimento superficial dos instrumentos de cooperação jurídica internacional ou dos limites da jurisdição nacional, desencadeiam em litígios extremamente morosos e de alto custo. O efeito, por conta disso, é o contrário do objetivo pretendido pela cooperação, prejudicando unicamente os jurisdicionados, tanto o já se encontra em litígio, como também o que foi lesado, mas se sente temeroso ou até mesmo impossibilitado de buscar a justiça.

Por causa disso, é imprescindível que os temas que permeiam a cooperação sejam mais e melhor difundido, demandado também dos operadores do Direito o dever de cooperação. Pois, quanto mais operadores capacitados para conduzirem processos com elementos de estraneidade, maior será a garantia de acesso à justiça ao

jurisdicionado, que poderá ter seu direito tutelado por um menor custo e de maneira mais eficiente e célere.

4. CONCLUSÃO

A globalização acarretou uma mudança de paradigma sobre Soberania Estatal, o que tornou a noção de Estado isolado obsoleta. Isso porque as novas relações que estão sendo estabelecidas não respeitam fronteiras físicas, demandando dos países uma postura mais flexível e atualizada, pois só assim conseguirão resolver as demandas jurídicas atuais. Não por acaso o código de processo civil de 2015 foi o escolhido para regularizar a cooperação jurídica internacional, uma vez que foi elaborado tendo como uma das suas bases o princípio da cooperação, demonstrando atenção às novidades sociais que desafiavam o direito processual a apresentar soluções contemporâneas para as novas configurações de ações judiciais, cada vez mais presentes no judiciário brasileiro.

Conclui-se desse trabalho que a cooperação jurídica internacional apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015 aparenta ser um sistema com grande potencial para lidar com os processos que demandam auxílio externo. A unificação da legislação antes esparsa em uma codificação atualizada acarretou em uma maior segurança jurídica. Contudo, para que a cooperação jurídica internacional seja, de fato, consolidada como um instrumento efetivo, garantindo ao jurisdicionado direitos fundamentais processuais, como o acesso à justiça, necessário uma sincronia entre as jurisdições estrangeiras e também dos operadores do Direito com a própria cooperação, demando de ambos um dever de cooperação.

A prática da cooperação jurídica internacionais não se refere mais a uma mera liberalidade, discricionariedade e boa vontade dos países, mas sim uma necessidade estatal. Os países cooperam porque precisam cooperar, simplesmente porque precisam da cooperação para conseguir resolver os problemas jurídicos internos. Logo, a noção de Soberania agora vem atrelada ao ideal do dever de cooperar.

Contudo, isso não é o suficiente, paralelo ao dever de cooperação estabelecidos entre os Estados, evidencia-se a necessidade de cooperação dos próprios operadores do direito interno. A qualificação daqueles que atuam na rotina judiciária é medida de extrema urgência, não apenas dos juízes que atuam nessas demandas, mas principalmente dos advogados, defensores públicos e promotores que são os responsáveis por orientar os jurisdicionados, representa-los perante a justiça e defender seus direitos. Sem se esquecer dos estudantes de direito que, ou saem da faculdade sem terem noção nenhuma do que vem a ser cooperação, ou são apresentados sobre a matéria apenas quando estudam direito internacional criando a falsa perspectiva de que a cooperação jurídica internacional é algo muito distante da rotina judiciaria. Ademais, quando maior a qualificação profissional, quanto mais profissionais qualificados, mais garantindo será o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALLE, Saulo Stefanone. *Cooperação Jurídica Internacional e dever geral de cooperar.* Disponível em: http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/253/365. Acesso em 29 jan 2021

ALVES, Tatiana; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A cooperação no novo código de processo civil:* desafios concretos para sua implementação. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16872/12518. Acesso em 01 abril 2021.

ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado:* teoria e prática. 9ªed.rev.atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais. Ebook kindle. 2020.

BECHARA, Fábio Ramazzini Bechara/SMANIO, Gianpaolo Poggio**.** *Cooperação jurídica internacional na Operação "Lava Jato":* análise crítica a partir da diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais. Disponível em: http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/229/169. Acesso em: 29 jan 2021

BORBA, Mozart. *Diálogos sobre o CPC.* 6ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil.* 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 jan 2021.

BRASIL. Decreto Lei 4.657/42. Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 13 mar 2021.

BRASIL. Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 13 mar 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Cartilha Cooperação Jurídica Internacional em matéria civil. Brasília. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-civil-09-10-14-2.pdf. Acesso em 13 jan 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça. Indicadores de Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/indicadores/indicadores-cooperacao-juridica-internacional-drci-2020-1.pdf. Acesso em 29.jan.2021.

BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional. Acesso em 03 fev 2021.

BRASIL, Ministério Público Federal. *MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS:* Cooperação em matéria Civil. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/pedido-de-cooperacao-1/manuais-de-atuacao-1/manual-de-atuacao-drci-materia-civil. Acesso em 20 fev 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça. *MANUAL DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS*: Cooperação em matéria Penal. Gilson Dipp. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao internacional/arquivos/manual_coop_penal-1.pdf. Acesso em 22 abril 2021.

CABRAL, Alex Ian Psarki, Cristiane Helena Lima de Paulo Ribeiro, Mayra Thais Andrade. *Direito Internacional Público e Privado em faces contemporâneas*. Pará de Minas/MG. Virtualbooks Editora. 2018

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 22 ed. Salvador: JusPODIUM, 2020.
HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Nova fronteira do acesso à justiça:* A Jurisdição Transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/15. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30026/21000. Acesso em: 13 jan 2021
HUDSON, Paula Cristina Ribeiro. *A cooperação jurídica internacional sob a perspectiva do Brasil:* O viés de sua aplicabilidade. 2019. Disponível em: http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/326/155223. Acessado em: 14 jan 2021
LENZA, Pedro*. Direito Constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil:* sistematizado. 3.ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.
MARTINS, Eduarda Alfaro Mena Barreto. *Uma análise da atual realidade internacional sob a égide da cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil brasileiro.* Disponível em: http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/374/155236. Acesso em: 14 jan 2021
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496888/RIL156.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 jun 2021.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional.* 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentando.* 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 10 ed. rev., ampl. atual. Salvador: JudPODIUM, 2018.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* Salvador: JusPODIUM, 2016.
OLIVEIRA, Henrique Gentil; AGUIAR, Júlio César de. *Novos Paradigmas da Cooperação Jurídica Internacional e o Conceito Contemporâneo de Soberania.* Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo1267264-novos-paradigmas-da-coopera%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-internacional-e-o-conceito-contempor%C3%A2neo-de-soberania. Acesso em: 22 jun 2021.
PEREIRA, Luciano Meneguetti**.** *A cooperação Jurídica Internacional no Novo Código de Processo Civil.* Disponível em: http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2018/02/Reuniao-6-Leitura-complementar.pdf. Acesso em 29 jan 2021
REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público:* curso elementar. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
RIBEIRO, Ludmila. *A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça.* Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200006. Acesso em 06 fev 2021.

RODRIGUES, Marco Antônio; ZANETI JR., Hermes (coords.). *GRANDES TEMAS DO CPC:* Cooperação Internacional. Salvador: Juspodium. 2019.
SILVA, Ana Clara Suzart Lopes da Silva**.** *A Cooperação Jurídica Internacional no MERCOSUL:* A importância da integração processual regional para a proteção dos consumidores turistas. Dialética Editora. 2020 ebook
TIBÚRCIO, Carmen. *Cooperação Jurídica Internacional em matéria civil.* Disponível em: http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/34/6. Acesso em: 13 jan 2021

CAPÍTULO 48

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO CHAMADO "TURISMO DE VACINA" DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Luiza Rodrigues Zim

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a análise da aplicação do Direito Internacional no chamado "Turismo de Vacina" durante a Pandemia da Covid-19.

O problema a ser respondido pelo presente trabalho é: Há no Direito Internacional atual previsão para a autorização ou para a proibição do Turismo de Vacina? A hipótese é de que não há previsão de autorização ou proibição do Turismo de Vacina no atual Direito Internacional.

Os objetivos são verificar a existência de tratados Internacionais acerca do Turismo de Vacina, destacar a atuação dos governos no combate efetivo da pandemia e conceituar o Turismo de Vacina.

Tendo em vista que há escassez de vacina no Brasil, muitos brasileiros estão se vacinando nos Estados Unidos, o que levanta questões relativas às Relações Internacionais entre os governos, sendo que, até o presente momento, não se tem conhecimento de políticas públicas acerca do Turismo de Vacina, ou Tratados, Acordos ou Convenções Internacionais para regular tal prática.

Isto suscita algumas discussões, incluindo as de cunho ético e as relacionadas ao trabalho como direito humano e à consequente arrecadação tributária e sua utilização posterior em políticas de saúde.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Com relação a metodologia do presente trabalho a pesquisa pode ser classificada, quanto ao nível, como exploratória; quanto à abordagem, como qualitativa; e quanto ao procedimento de coleta de dados, como documental e bibliográfica.

3. DISCUSSÃO

O Turismo é um fenômeno social que consiste no deslocamento voluntário das pessoas por motivo de recreação, descanso, tempo livre, saindo do local de residência para outro à procura do lazer. ii

É bem verdade que esse deslocamento pode ocorrer de várias formas e contemplar uma série de objetivos. Via de regra, praticar o turismo não é para todos. Além da condição inicial necessária (vontade), passando por uma condicionante intermediária (possibilidade), temos também a questão econômica, variável que não pode ser descartada.

A Organização das Nações Unidas classificou o turismo de acordo com o propósito principal da seguinte forma: 1. Pessoal 1.1 Feriados, lazer e recreação 1.2

Visitar amigos e parentes 1.3 Educação e treinamento 1.4 Saúde e cuidados médicos 1.5 Religião/peregrinação 1.6 Compras 1.7 Transito 1.8 Outros 2. Negócios e trabalho.[ii]

Especificamente tratando sobre o Turismo de Saúde e cuidados médicos, tal categoria inclui, por exemplo, recebimento de serviços de hospitais, clínicas, casas de repouso, e, normalmente, instituições sociais e de saúde, visitação de *spas*, *resorts* e outros locais especializados para recebimento de tratamentos médicos quando estão de acordo com indicações médicas, incluindo cirurgias cosméticas usando serviços e instalações médicas. Esta categoria inclui somente tratamentos curtos pois longos tratamentos requerem a permanência por um ano ou mais, o que não faz parte do turismo. [2]

> *Health and medical care. This category includes, for example, receiving services from hospitals, clinics, convalescent homes and, more generally, health and social institutions, visiting thalassotherapy and health and spa resorts and other specialized places to receive medical treatments when they are based on medical advice, including cosmetic surgeries using medical facilities and services. This category includes only short-term treatments because long-term treatments requiring stays of one year or more are not part of tourism*. [2]

Acerca do Turismo de Vacina pode-se dizer que é uma dimensão do Turismo de Saúde, que foi conceituado pelo Centers for Desease Control and Prevention[ii] como o ato de "viajar para outro país para cuidados médicos", o que, com a chegada das vacinas, fez com que os turistas começassem a viajar para países que as ofereceriam, tendo em vista a escassez em seu país de origem.

Pode-se dizer então que o conceito de Turismo de Vacina é o ato de viajar para outro país para ser vacinado uma vez que a vacina esteja indisponível no país de origem.

Atinente ao Turismo de Vacina, observa-se que os países que estão ofertando as vacinas para os turistas, são exatamente aqueles que as possuem já em quantidade suficiente ou mesmo que experimentam um excesso de vacinas para os seus cidadãos, enquanto há em muitos outros locais, escassez vacinal que, em última análise, poderia dificultar o tão almejado retorno à normalidade tanto social, quanto econômica.

Há nesse processo a apresentação de outra realidade: de um lado quem vai viajar para se vacinar deverá dispender de um valor financeiro alto; de outro, o giro da economia faz com que empregos possam existir e, com eles, renda e tributação.

Foram relatados casos de viagens com objetivo de realizar a vacinação para os Estados Unidos da América, já havendo, inclusive, oferta de pacotes de viagem por agências de turismo brasileiras, conforme segue:

> Agências de turismo em Santos, no litoral de São Paulo, estão lançando pacotes de viagem para dois países com o objetivo de vacinar brasileiros contra a Covid-19 no exterior. Com preços a partir R$ 15 mil, o pacote consiste em uma quarentena em um país na América Central e, em seguida, um voo para os Estados Unidos, onde a vacina é aplicada em turistas.[ii]

Com isso, nota-se que o público alvo desses pacotes de viagem são, invariavelmente, pessoas que vivem em um patamar econômico acima da média e têm condições financeiras altas, posto que, para realizar a viagem é necessário cobrir custos com as passagens, estadia, alimentação e demais custos correlacionados.

Se de um lado o número de pessoas que podem realizar tais viagens não é expressivo (comparado com a enorme quantidade de pessoas que necessitam ser vacinadas), de outro podemos questionar a respeito do quão ético é este ato, posto que não está sendo disponibilizado o mesmo direito para todas as pessoas, flagrantemente privilegiando uns em detrimento de outros.

Em entrevista à CNN[ii] o médico e advogado brasileiro Daniel Dourado, pesquisador do Instituto de Direito e Saúde da Universidade de Paris e da USP (Universidade de São Paulo) declarou que o turismo da vacina é um dos sintomas da desigualdade.

"Temos 75% das doses concentradas em 10 países. E mais de 100 países têm uma quantidade ínfima de vacinas; cerca de 70 países sequer têm doses. Ou seja: podemos dizer que metade ou quase metade do mundo tem pouquíssimas vacinas", critica Dourado.

Não há um mecanismo de direito internacional que possa impedir um país ou uma cidade de promover o fenômeno, explica o pesquisador. "Avalio como um movimento, uma expressão da desigualdade", diz ele, que aposta que a OMS, líder do consórcio Covax para garantir o acesso global à vacina, se posicionará contrária à tendência.

> "Isso escancara uma espécie de divisão de nível de cidadania que ultrapassa a questão nacional, de fronteira. É uma questão de corte de classe. A gente tem uma sociedade em que os mais ricos, independentemente de onde forem, têm acesso, enquanto o grosso da população fica vulnerável", afirma.[ii]

O médico estadunidense William Moss, diretor executivo do centro de acesso à vacina da *Johns Hopkins Bloomberg School of Public* Health afirmou que países ricos compraram uma quantidade desproporcional de vacinas e que o turismo de vacina reflete desigualdades subjacentes no acesso a elas.

> O médico americano William Moss, diretor-executivo do centro de acesso à vacina da Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health, conta que países ricos compraram uma quantidade desproporcional das vacinas. "Não culpo ninguém por querer vir até aqui [nos EUA] para se imunizar", pontua, "mas é importante lembrar que esse tipo de turismo reflete desigualdades subjacentes no acesso às vacinas, tanto dentro de um país quanto globalmente". [ii]

Mesmo com essa reflexão, devemos observar que, com as restrições de viagens para os Estados Unidos, encontrou-se uma alternativa para que os brasileiros possam entrar naquele país:

> 1 - Viajar do Brasil para outro país aberto para brasileiros, com entrada permitida nos EUA.
> 2 - Passar 15 dias/14 noites nesse país

> 3 - Depois voar direto para o tão amado Estados Unidos[ii].

Os países sugeridos para cumprir a quarentena e que aceitam brasileiros são: Bolívia, Curaçao, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Paraguai, Panamá e República Dominicana. Após o prazo estipulado e o teste negativo para COVID-19 é permitido o embarque para os Estados Unidos da América.

Uma vez nos Estados Unidos, há um guia para conseguir agendar a vacinação de maneira mais fácil:

> The Easy Way For Travelers In The U.S. To Book A Covid-19 Vaccine
> 1-Go to Vaccine Spotter
> 2-Find the state you are in (ensure residency is not a requirement)
> 3-Choose Your 'Vaccine Type'
> 4-Book an appointment online (Walmart is the easiest)
> 5-Save your email for your appointment which shows the locations, date, time and type of vaccine
> 6-Arrive for your scheduled appointment and bring official government issued ID such as a passport. (It does not need to be a US passport)
> 7-Receive your shot and CDC vaccine card. Then wait 15 minutes in the waiting area before you leave.
> 8-Vaccination complete if it's the one dose Johnson and Johnson.
> 9-For all other vaccines types you will have to remain in the US between 3-4 weeks to receive your second dose. [ii]

O primeiro passo é acessar o site *Vaccine Spotter*, depois indicar o estado em que você se encontra (garanta que não é exigido residência), escolha o seu "Tipo de Vacina", agende um horário online (*Walmart* é o mais fácil), salve seu e-mail com seu agendamento mostrando a localização, data, horário e tipo de vacina, chega no horário agendado e leve um documento de identidade oficial, como o passaporte, receba sua dose e seu cartão de vacinação do CDC e aguarde 15 minutos na área de espera antes de sair. A vacinação estará completa com uma dose se for a vacina da Johnson e Johnson, para todas as outras vacinas deve-se permanecer nos Estados Unidos entre 3 e 4 semanas para tomar a segunda dose.

No que tange as regulamentações internacionais percebeu-se, no decorrer da pesquisa, uma lacuna legal referente ao Turismo de Vacina, sendo compensada internamente pelos países que recebem os turistas, de acordo com o relatado

> O lançamento desse tipo de pacote foi impulsionado pela declaração do prefeito de Nova York, Bill de Blasio, feita nesta semana, sobre a **ideia de vacinar turistas em pontos conhecidos da cidade.** Segundo ele, o plano "está pronto para começar" e **já tem a aprovação do governo estadual para seguir adiante.** [ii]

O Estados Unidos não foi o único país a promover a ideia do turismo de vacina, Cuba, Maldivas e Rússia já acenaram nesse sentido:

Cuba, por exemplo, já divulgou que planeja disponibilizar a vacina a todos os visitantes da ilha assim que sua fórmula for aprovada na terceira e última fase dos testes, que começou em março.

Maldivas, por sua vez, anunciou que pretende institucionalizar o turismo da vacina após imunizar o país inteiro – com 530 mil habitantes, o arquipélago já inoculou quase 57% de sua população com ao menos a primeira dose.

> A Rússia ainda não divulgou oficialmente uma campanha de incentivo ao turismo combinado às vacinas. Em março, o ministro russo Mikhail Murashko descartou a ideia publicamente. Em abril, porém, o perfil oficial da Sputnik V no Twitter, em inglês, informou que há um projeto para vacinar turistas a partir de julho. [ii]

A desigualdade que é explicitada na distribuição das vacinas acaba sendo uma parte de um problema complexo e estrutural que vivemos atualmente. Antes mesmo da humanidade ser açoitada por um vírus, diversos países do globo apresentavam (e ainda apresentam) problemas estruturais básicos gravíssimos.

Por exemplo, uma das atitudes simples e funcionais, que podem ser utilizadas como forma de controle na transmissão (deste ou de qualquer outro vírus), é a higienização das mãos. Mas como podemos aplicar esse sistema simples de controle onde não existe ou é ineficiente o fornecimento de água potável e de saneamento básico?

Dentro do Brasil, a vulnerabilidade social é concentrada nas regiões norte e nordeste do país, conforme destacam os autores:

> Há a permanência de um quadro de disparidades regionais, com a concentração de municípios na faixa da muito alta vulnerabilidade social na região Norte, nos estados do Acre, do Amazonas, do Pará, do Amapá e de Rondônia; e no Nordeste, especialmente nos estados do Maranhão, de Alagoas e de Pernambuco, além de algumas porções do território baiano. [ii]

Tais áreas carecem de infraestrutura urbana, refletindo “as condições de moradia das pessoas em seus domicílios, por meio de três indicadores: abastecimento de água e esgotamento sanitário adequados, coleta de lixo e o tempo gasto no deslocamento entre a moradia e o trabalho. ” [ii]

O índice leva em conta, também, o capital humano e reflete que as regiões com maior vulnerabilidade acabam preterindo o potencial de construção, com altos níveis de analfabetismo em pessoas com 15 anos ou mais. O capital humano expressa:

> [...] as fragilidades das pessoas, no que diz respeito ao seu estoque de capital humano e ao seu potencial de construção deste capital junto às novas gerações, combinando elementos do capital familiar com o capital escolar. Os indicadores utilizados medem os seguintes fatores: a mortalidade infantil; crianças e adolescentes até 14 anos fora da escola; mães precoces; mães chefes de família, com baixa escolaridade e com filhos menores de idade; baixa escolaridade domiciliar

> estrutural; e a presença dos jovens que não trabalham e não estudam. [ii]

É verificado ainda a vulnerabilidade de renda e trabalho, sendo medida por:

> [...] indicadores do fluxo de renda presente e incorpora outros fatores que, associados ao fluxo, configuram o estado de insegurança de renda das pessoas: a desocupação de adultos; a ocupação informal de adultos pouco escolarizados; a existência de pessoas em domicílios que dependem da renda de pessoas idosas; assim como a presença de trabalho infantil. [ii]

Portanto, percebe-se que, apesar de os índices apresentarem melhora em comparação com os índices de 2000, a desigualdade entre as regiões foi acentuada, deve-se aguardar novos estudos comparativos para analisar, inclusive, o impacto da pandemia da COVID-19 nos Índices de Vulnerabilidade Social e a desigualdade entre os Estados.

As realidades globais são igualmente desafiadoras. Países limítrofes, não raramente, possuem disparidades gritantes no quesito saúde e saneamento. Então como esperar que um país promova a imunização de seus nacionais e isto por si somente venha garantir o controle do vírus, se o país vizinho não tem nem como armazenar vacinas provenientes de doação?

A mídia global tem relatado o descarte de testes e vacinas que perderam a validade por não terem sido utilizadas em tempo, ou não armazenadas adequadamente. Do mesmo modo, há notícias de recusa na vacinação por um imunizante determinado, sendo dada "preferência" para outro. Realidades tão díspares quanto tristes, posto que revelam o despreparo cultural e psicológico global.

> O acesso aos imunizantes não é a única desigualdade que vem se aprofundando. Com a intermitência de prestação de serviços, a paralisação de algumas atividades econômicas, o colapso na saúde em vários países e os efeitos políticos da gestão da pandemia, nações se encontram afundadas em crises, com níveis altíssimos de desemprego e de fome – grandes causadores de conflitos, guerras e migrações. [ii]

Para fazer um paralelo histórico, evoca-se o clássico de Jorge Amado, em Capitães da Areia:

> OMOLU mandou a bexiga negra para a cidade. **Mas lá em cima os homens ricos se vacinaram**, e Omolu era uma deusa das florestas da África, não sabia desta coisa de vacina. E a varíola desceu para a cidade dos pobres e botou gente doente, botou negro cheio de chaga em cima de cama. Então vinham os homens da Saúde Pública, metiam os doentes num saco, levavam para o lazareto distante. As mulheres ficavam chorando, porque sabiam que eles nunca mais voltariam;
>
> **Omolu tinha mandado a bexiga negra para a cidade alta, para a cidade dos ricos. Omolu não sabia da vacina**. Omolu era uma

> deusa das florestas da África, que podia saber das vacinas e coisas científicas? [ii]

No romance, a doença relatada pelo autor foi a varíola, mas o relato transcende à época e tem a capacidade de fazer refletir nos dias de hoje, na nossa realidade atual da pandemia da COVID-19, em que a cidade alta pode ser associada aos Estados ricos, os quais, por serem possuidores de um poder aquisitivo mais elevado obtiveram a maior parte das vacinas, e a cidade dos pobres associa-se aos países emergentes ou em desenvolvimento.

A clara discrepância entre a cidade alta e a cidade dos pobres reflete, ainda hoje, a realidade vivida pela maioria das populações, uma realidade de desigualdades. Realidade esta que foi exposta pela pandemia da COVID-19, assim como foi exposta pela escassez de vacinas no romance relatado.

Não obstante às mazelas identificadas, não se descarta completamente as vantagens geradas pelo Turismo de Vacina, pois este acaba gerando empregos no setor, o que seria uma faceta do direito à dignidade da pessoa humana:

> Não se nega que também há questionamentos que pesam em favor do turismo da vacina, pois, se é o direito ao trabalho um conteúdo da dignidade e sendo o turismo setor responsável pelo sustento de milhares de pessoas, não estaria o turismo da vacina a assegurar o direito humano ao trabalho? E mais, as divisas tributárias geradas pelo setor do turismo não poderão ser destinadas a realização de outros direitos humanos por parte dos Estados, dentre eles o direito à saúde? [ii]

Mesmo com a existência dessa perspectiva que revela o benefício do trabalho gerado pelo fenômeno do Turismo de Vacina, ainda é necessário pesar tais benefícios em prol da humanidade pois, mesmo não havendo prevalência de um direito sobre o outro devemos fazer a "ponderação destes tendo por base o cenário concreto enfrentado por toda a humanidade" [ii]

No futuro, talvez outro clássico da literatura ou mesmo os anais jurídicos, possam mostrar aos pesquisadores quais foram os reais motivos ensejadores das curvas recrudescentes dos gráficos relacionados com as perdas de vidas em todo o globo, mas, dificilmente poderão esses documentos representar a dor e o sofrimento relacionados com as perdas evitáveis de vidas humanas.

Fica a certeza que, tal qual o sentimento de Santos Dumont quando viu sua invenção ser utilizada para ceifar vidas, assim ficamos nós diante do modo como foi utilizado o conhecimento humano na solução de um problema de saúde global.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao presente cumpria analisar se há no Direito Internacional atual previsão para a autorização ou para a proibição do Turismo de Vacina. O que foi alcançado, concluindo-se pela inexistência de regulamentação internacional para o Turismo de Vacina, sendo esta atividade regulada nacionalmente pelos Estados que recebem os turistas.

Observou-se que países com maior potencial econômico, acabaram por adquirir insumos que foram desaparecendo do mercado mundial, como máscaras, luvas e medicamentos.

Ato contínuo, quando os primeiros estudos a respeito de vacinas foram surgindo, o mesmo fenômeno ocorreu com a aquisição de grandes quantidades por esses mesmos países com potencial econômico diferenciado.

Restou, no final das contas, que embora os países mais abastados tenham cumprido grande parte de suas agendas vacinais, como não ocorreu o mesmo em todo o globo, países que não tiveram acesso (por vários motivos, inclusive o motivo econômico), acabaram por desenvolver tipos de "variantes" do mesmo vírus, o que ocasionou em manutenção e extensão das medidas restritivas, mantendo o abalo gerado inicialmente nas atividades econômicas.

Correlato interessante foi o aparecimento do "excesso" de vacinas em alguns países, fato que possibilitou que, pessoas de países que não tinham acesso aos imunizantes, começassem a buscar em viagens internacionais a imunização, nascendo assim o Turismo de Vacina. Quanto ao objetivo de conceituar o Turismo de Vacina, construiu-se a ideia de que se pode conceituar tal espécie de turismo, como o ato de viajar para outro país para ser vacinado uma vez que a vacina esteja indisponível no país de origem. Analisou-se as práticas atuais do fenômeno e fez-se um paralelo histórico com o romance de Jorge Amado, Capitães da Areia, elaborou-se um histórico das Vacinas, como foi a descoberta da técnica de vacinar e os primórdios do seu desenvolvimento.

Com isso, conclui-se que há lacuna no Direito Internacional quanto ao Turismo de Vacina, que está sendo sanado caso a caso por decisões internas dos países.

5. BIBLIOGRAFIA

AMADO, Jorge. *Capitães da Areia*. 62. ed. Rio de Janeiro, Editora Primor,1986.

BERMÚDEZ, Ana Carla; VEIGA, Edison; ORAZEM, Eloá; BASSETTE, Fernanda; SAYURI, Juliana. *Deslocamentos pandêmicos*: a busca por vacinas e saúde atravessa fronteiras**.** *CNN*. São Paulo. 31 maio 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/05/31/deslocamentos-pandemicos. Acesso em: 30 jun. 2021.

Centers for Disease Control and Prevention (CDC). U.S. Department of Health & Human Services. *Medical Tourism*: travel to another country for medical care. Travel to Another Country for Medical Care. 2021. Disponível em: https://wwwnc.cdc.gov/travel/page/medical-tourism. Acesso em: 09 jun. 2021.

COSTA, Marco Aurélio; MARGUTI, Bárbara Oliveira (ed.). *Atlas da vulnerabilidade social nos municípios brasileiros.* Brasília: Ipea, 2015. ISBN: 978-85-7811-255-4. Disponível em: http://ivs.ipea.gov.br/images/publicacoes/Ivs/publicacao_atlas_ivs.pdf. Acesso em: 02 jul. 2021.

GARBIN, Guilherme Augusto Lippi**.** *O turismo da vacina sob o olhar dos direitos humanos.* 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/346567/o-turismo-da-vacina-sob-o-olhar-dos-direitos-humanos. Acesso em: 01 jul. 2021.

KUCHERAN, Trevor. These U.S. States Will Vaccinate Foreign Travelers For Covid-19. 2021. Disponível em: https://www.traveloffpath.com/these-u-s-states-will-vaccinate-all-foreign-travelers-for-covid-19/. Acesso em: 26 jun. 2021.

Organização das Nações Unidas (ONU). *International Recommendations for Tourism Statistics.* New York: United Nations Publication, 2008. 145 p. ISBN 978-92-1-161521-0. Disponível em: https://unstats.un.org/unsd/publication/seriesm/seriesm_83rev1e.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

SANTOS, A. P. dos; BRANT, D.; BRANT, R. M. Direito Internacional e Turismo: uma introdução. *Revista Turismo em Análise*, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 327-344, 2017. DOI: 10.11606/issn.1984-4867.v28i2p327-344. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rta/article/view/118494. Acesso em: 9 jun. 2021.

STEIL, Juliana. 'Turismo da vacina' faz agências criarem pacotes por R$ 15 mil para brasileiros se imunizarem contra a Covid-19 nos EUA: dono de uma agência explica riscos e afirma que vacinação não é garantida devido a diversos imprevistos que podem acontecer durante a viagem. *G1*. Santos, 15 maio 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/05/15/turismo-da-vacina-faz-agencias-criarem-pacotes-por-r-15-mil-para-brasileiros-se-imunizarem-contra-a-covid-19-nos-eua.ghtml. Acesso em: 09 jun. 2021.

VOLPI, Mariana; GUIMARÃES, Lorena. *Turismo de Vacina*: estados unidos recebe brasileiros. Estados Unidos recebe brasileiros. 2020. Disponível em: https://www.turismodevacina.com.br/post/turismo-de-vacina-estados-unidos-recebe-brasileiros. Acesso em: 26 jun. 2021.

CAPÍTULO 49

O PENSAMENTO JURÍDICO PURO
A AUTONOMIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

Marcia de Oliveira Souza Alberti

*"*A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar*."*

(Eduardo Galeano 1940 – 2015)

Introdução

A teoria da História Cíclica afirma que as forças humanas mais relevantes acabam motivando a ação humana a seguir uma ciclicidade.

Ao longo dos tempos podemos perceber um fenômeno que ocorre reiteradamente, como numa história cíclica.

Perscrutando a origem das leis, possível é notar certa semelhança em muitas delas, em sua razão de existir em determinado momento da história.

A sociedade vive num constante processo de mutação, de modernização e avanços tecnológicos. Isso faz com que o direito caminhe para solução dos novos conflitos da sociedade moderna. Grande parte das pesquisas, dos estudos e até mesmo das decisões judiciais, caminham com olhar sobre os novos acontecimentos, sob a ótica dos novos conflitos sociais, contudo numa certa cilicidade.

Tal ciclicidade é notória não só, mas especialmente quando o tema são as leis criminais, uma vez que despertam maior atenção da população e, consequentemente à mídia na expectativa de maior audiência.

Pretendemos demonstrar tal ideia diante da análise do ordenamento jurídico, trazendo a baila posicionamentos doutrinários, e pontos interessantes da criminologia moderna bem como do direito constitucional, penal e processual, não se preocupando com o exaurimento das informações, utilizando pontos específicos necessários ao cumprimento do objetivo aqui pretendido.

Trazemos a baila, à título exemplificativo, algumas leis, criadas em determinadas situações, e sob certos pretextos inseridas no ordenamento jurídico brasileiro para melhor elucidação do tema.

Caso Daniela Perez

Daniela Perez foi uma famosa jovem atriz de novelas da emissora rede Globo de televisão, casada com outro ator famoso, Raul Gazolla e filha de Gloria Perez, escritora de novelas de grande fama da mesma emissora.

Em 1992, com vinte e dois anos, quando foi protagonista de uma novela “De corpo e alma”, cuja autora era sua genitora, viveu a personagem “Yasmin” fazendo par romântico com o ator Guilherme de Pádua.

Guilherme era casado com Paula Nogueira Thomaz, hoje Paula Nogueira Peixoto.

Em 28 de dezembro de 1992, Guilherme juntamente com sua esposa Paula, após gravações da novela, seguiram o carro de Daniela que, ao parar em um posto de combustível, foi surpreendida pelo ataque repentino do casal e, desacordada, foi levada até um matagal na cidade do Rio de Janeiro. Apunhalaram a vítima diversas vezes até levarem a jovem à morte, deixando o corpo no matagal.

Um advogado que passava pelo local, estranhando a presença de dois carros parados na localidade, anotou as placas dos veículos e acionou a polícia, que encontrou diversos rastros do delito.

Ambos autores foram condenados por homicídio qualificado – por motivo torpe e impossibilidade de defesa da vitima - e presos, sendo condenados a 19 anos de prisão. Após o cumprimento de 7 anos, deixaram a prisão em 1999.

O crime foi considerado um dos casos mais notórios do século XX no Brasil.

A repercussão midiática foi imensa diante do envolvimento de famosos, num delito tão cruel, gerando grande comoção popular.

Por iniciativa de Glória Perez, foram colhidas mais de 1,3 milhão de assinaturas junto à população, com intuito de modificar a lei. Diante da pressão popular e midiática, a lei foi modificada, fazendo com que os homicídios qualificados passassem a ser considerados crimes hediondos, caso em que o cumprimento da pena se dá de forma mais severa, por exemplo, não permitindo o pagamento de fianças, e impondo-se maior tempo de cumprimento depena para obtenção de progressão de regime penal.

No que se refere a Lei de crimes hediondos, foi editada em 1990 no governo do então presidente Fernando Collor de Melo, numa tentativa de resposta à violência.

Tratar certos delitos de forma diferenciada tem previsão constitucional. Nas palavras do professor Flávio Martins, “os incisos XLI a XLIV do art.5º da Constituição Federal estabelecem regras destinadas ao legislador e ao aplicador da norma penal, com relação a crimes considerados pelo constituinte como mais graves”[ii].

A Constituição Federal Brasileira, traz em seu artigo 5º, XLIII, que: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Em suma, em 1990, surgiu a lei contendo o rol de crimes hediondos, classificando como inafiançáveis os crimes de extorsão mediante sequestro, latrocínio e estupro, negando aos seus autores os benefícios da progressão de regime, obrigando-os a cumprir a pena em regime integralmente fechado, salvo o benefício do livramento condicional com o cumprimento de 2/5 da pena em casos de réu primário ou de 3/5 da pena em caso de réus reincidentes. Após a colheita de 1,3 milhão de assinaturas, o Projeto de Lei foi encaminhado pelo Presidente da Comissão Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro. A lei foi alterada em 06 de

setembro de 1994, já sob o governo do presidente Itamar Franco, através da Lei 8.930, incluindo o homicídio qualificado no rol de crimes.

Lei Carolina Dieckmann

Carolina Dieckmann também é uma jovem atriz famosa da emissora Rede Globo de televisão, tendo sido protagonista em muitas novelas da emissora.

Em maio de 2011, um hacker invadiu o computador pessoal da atriz, possibilitando que ele tivesse acesso a diversas fotos íntimas.

Conforme denúncia, houve pedido de resgate pelo hacker no valor de dez mil reais, à época, para não que não publicasse as fotos. Diante da recusa da atriz ao pagamento da exigência, teve suas fotos divulgadas na internet.

O fato gerou grande repercussão e discussão acerca do tema e possível criminalização desta modalidade de conduta.

Mais uma vez, a mídia reagiu fortemente ao fato motivando o clamor público diante do fato ocorrido.

Diante dos avanços tecnológicos, do uso das mídias sociais, e da própria internet, novos conflitos e novos crimes foram surgindo bem como novas maneiras de praticar a conduta delitiva já existente no ordenamento jurídico. A interpretação da lei se tornou mais constante pelo Judiciário. A adequação das leis se tornou medida urgente.

Diante da narrativa exposta, o projeto foi apresentado no dia 29 de novembro de 2011 e sua sanção se deu em 2 de dezembro de 2012 pela então presidente Dilma Rousseff. Esse foi o primeiro texto que tipificou os crimes cibernéticos, tendo foco nas invasões a dispositivos que acontecem sem a permissão do proprietário.

Em consequência, a atriz cedeu seu nome à nova lei.

Importante destacar que muitos dos crimes já existiam no ordenamento jurídico. Contudo, não havia regramento específico sobre o tema, quanto a sua forma de execução, a forma de agir ou o meio pelo qual ou onde o qual o delito é praticado. O ambiente das práticas delituosas mudou. Com o avanço da tecnologia, especialmente pelo uso da internet e mídias sociais, cartas físicas foram substituídas por correio eletrônico, reuniões físicas se tornaram virtuais, o comércio se tornou eletrônico, casas são invadidas por drones, arquivos são guardados em nuvens, relações internacionais aumentaram, entre tantas outras mudanças que ocorrem todos os dias de forma acelerada.

A necessidade de proteção com relação à privacidade sem dúvida é essencial. Porém, a Lei Carolina Dickmann acabou levantando diversos debates especialmente por seu texto vago e carência de aspectos técnicos, deixando a lei de esclarecer diversas questões, abrindo margens à interpretação, como ocorre em muitas leis “imediatas”, criadas num processo acelerado diante de um fato de grande notoriedade pública. Tratando-se de norma penal, ela deve obedecer a diversos princípios, ser clara de modo a não gerar dúvidas sobre o teor do fato típico.

A Lei Carolina Dieckmann foi um marco inicial para a proteção dos dados pessoais dos cidadãos contra criminosos virtuais, porém, carece de amadurecimento.

Desta feita, recorre-se mais uma vez aos estudiosos do direito e ao poder judiciário na tentativa de sanar as lacunas, adequando a lei à realidade e ao ordenamento jurídico vigente, provocando discussões acerca da temática.

Lei Maria da penha

Maria da Penha foi casada com Marco Antônio Heredia Viveros por 23 anos. Durante todo o convívio sofreu violência praticada pelo cônjuge. No ano de 1983 o marido tentou matá-la com uso de arma de fogo, razão pela qual quedou a vítima paraplégica. Ainda no mesmo ano sofreu nova tentativa de homicídio, desta vez com eletrocussão e afogamento. Após o ocorrido, a vítima denunciou o marido. Em decorrência, houve longa batalha junto ao poder judiciário, em busca da condenação penal. O acusado foi julgado duas vezes, tendo sua liberdade garantida por muitos anos, diante de alegações de irregularidades processuais.

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada pela vítima, pelo Centro pela Justiça, pelo Direito Internacional – CEJIL - e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM -, baseada na competência que lhe conferem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – denominada Convenção de Belém do Pará ou CVM. Diante da denúncia recebida, foram feitas recomendações ao Estado Brasileiro, por não dispor de mecanismos suficientes e eficientes para proibir a prática de violência doméstica contra a mulher, sendo acusado de negligência, omissão e tolerância, para que medidas fossem tomadas, como a finalização do processo penal do agressor de Maria da Penha, a realização de investigações sobre as irregularidades e os atrasos no processo, a reparação simbólica e material à vítima pela falha do Estado em oferecer um recurso adequado para a vítima e, por fim, mas não menos importante, a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

O fato ganhou grande repercussão na mídia.

À partir daí, foi criada a Lei Maria da Penha , com nome dado em homenagem a vítima, cujo objetivo principal seria estipular punição adequada e coibir atos de violência doméstica contra a mulher.

Portanto, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art.226, §8º da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

A lei, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, alterou o Código Penal, como a introdução do parágrafo 9, do artigo 129, possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Tratou também da substituição de penas, já que antes da nova lei poderiam ser muitas das penas substituídas por penas alternativas. A legislação

aumenta o tempo máximo de detenção previsto de um para três anos. Prevê, ainda, medidas protetivas que visam garantir a proteção da mulher já na fase inicial, garantindo, mesmo que provisoriamente direitos como guarda de filhos, abrigo provisório para vítima, partilha provisória, distanciamento do agressor em relação à vítima e familiares da vítima, pensão provisória, entre outras estipuladas por lei, deixando ainda a possibilidade de aplicação de outras medidas em caso de necessidade.

Conforme texto legal, ficou determinado, agora por lei, que:

"Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária."

Vale destacar que desde a sua publicação, a lei é considerada pela Organização das Nações Unidas como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres e, conforme dados do IPEA/2015 – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a lei Maria da Penha contribuiu para uma diminuição de cerca de 10% na taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas.

Conforme relatório do IPEA, "Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha", temos que "Os resultados mostraram unanimemente que a introdução da LMP gerou efeitos estatisticamente significativos para fazer diminuir os homicídios de mulheres associados à questão de gênero."ii

Ressalta, por fim, o relatório, que:

"Ao mesmo tempo que esses achados trazem notícias encorajadoras às políticas de contenção à violência doméstica, mostrando que as ações lideradas pela promulgação da LMP estão na direção correta, as diferenças perceptíveis nos padrões de violência Texto para Discussão 2048 35 Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha locais, assim como a dificuldade de se conseguir diminuições mais substanciais e duradouras na letalidade de mulheres, mostram que há ainda uma longa e cansativa estrada a se trilhar. Por ora, os resultados dessa pesquisa reforçam o ânimo, pois mostram importantes vitórias na luta pelo acesso a direitos em uma sociedade ainda dominada pela ideologia patriarcal, que até outro dia admitia que a mulher fosse morta em legítima defesa da honra."ii

A lei sem dúvida foi um avanço no respeito a dignidade feminina. Porém, ainda muito longe de ser a solução de todos os conflitos que envolvem o tema.

Inicialmente houve redução do número de relatos de violência doméstica, mas os números são ainda alarmantes.

Ressalta-se que durante a pandemia houve crescimento significativo do índice de violência doméstica, diante da nova situação de convívio familiar e diversas outras questões, inclusive de ordem econômica, que afetaram as relações familiares.

Neste sentido, destacamos:

"No contexto da pandemia de covid-19, os atendimentos da Polícia Militar a mulheres vítimas de violência aumentaram 44,9% no estado de São Paulo. Em relatório

divulgado hoje (20), o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) informa que o total de socorros prestados passou de 6.775 para 9.817, na comparação entre março de 2019 e março de 2020. A quantidade de feminicídios também subiu no estado, de 13 para 19 casos (46,2%). ”ii

O sistema penal e a política criminal selecionam as condutas e os agentes que sofrerão controle social por parte do aparato estatal, de acordo com estruturas socialmente aceitas, estabelecedoras de desigual distribuição de bens e interesses, a exemplo da desigualdade de classes e de gênero.

A cultura jurídica e as questões sociais

Quando tratamos, verbi gratia, a questão do feminismo, deveríamos pensar, afinal, feminismo de quem? Aos olhos de quem? Estaríamos falando sobre a mulher pobre, negra, religiosa, branca? Entre mulheres existem importantes diferenças de raça, orientação sexual, religião, cultura, que devem ser levadas em consideração, já que usar um aglomerado de características comuns seria rejeitar as reivindicações.

Nesse sentido:

“Se o feminismo se dirige apenas às práticas opressivas que operam contra as mulheres brancas ou privilegiadas, ele poderia reajustar a cota de privilégios, mas falharia tanto em reconstruir a importância social e legal do gênero quanto em provar que suas conquistas têm o poder de iluminar outras categorias de exclusão. Assumir um conceito unificado de ‘mulher’ também implica em adotar uma visão do assunto que provou ser muito problemática.”ii

À titulo de exemplo, trazemos a questão da maternidade no ambiente carcerário.

A professora argentina Graciela Julia Angriman escreve muito bem acerca desses direitos.

Nas palavras da ilustre professora, acerca do espaço carcerário e a maternidade, asseveraii:

“El espacio carcelario es un laboratorio que expone agigantadamente las aristas sociales más aberrantes y, muy efusivamente, la prepotencia de lo masculino. Por eso, poner la lupa en el encierro femenino es un buen ejercicio para visualizar los límites de un sistema penal que no sólo no es inocuo ni inocente para las mujeres sino que, en esa intersección con el poder patriarcal, mediante el uso de un derecho androcéntrico y las prácticas de la administración y del sistema judicial encarna el ejercicio de un auténtico poder de género de especial voracidad contra las mujeres que no reúnen atributos estereotipados de cuño sexista: las indóciles. Si discriminación y violencia machista son un binomio inescindible la cárcel de mujeres evidencia ese maridaje sin disimulos. Las mujeres ingresan a prisión acarreando el peso de grilletes de cuño patriarcal desconocidos para los hombres: violencias sexistas, embarazos adolescentes, menor acceso a la escolarización y trabajo. La mayoría son multíparas y dejan a sus hijas/os libradas/a su suerte ante la falta de una red de cuidados y el abandono paterno. Una franja de ellas entran a la cárcel cargando con sus hijas/os menores de edad o embarazadas. Esta es una realidad inédita para los hombres que sobrepenaliza a las mujeres. Sobrevivir a la cárcel es muy difícil y una proeza si hay que cuidar a algo tan frágil como un/a niño/a.

La maternidad en prisión pasará a operar como un fortísimo disciplinador que inscribirá a fuego a las detenidas quienes terminarán de introyectar una autopercepción como ser sometido, un ser gestante, internalizando que, en la función de cuidado de la cría se agota su proyecto de vida. En la legislación las mujeres sólo aparecerán de la mano de su maternidad. Ser madre en prisión constituye y no serlo excluye, porque en simultáneo, esas designaciones serán propagandizadas como "beneficios". Se abre espacio a una auténtica reeducación para la maternidad que es la fuente de un orden jerarquizado que se manifiesta en: pabellones de madres vs. comunes, traslados para madres vs. comunes que las hace acreedoras de oscuras prebendas.El dominio corporal de las mujeres se objetiva en maternidades impuestas a través de la limitación en el acceso a asistencia médica eficiente, métodos anticonceptivos y educación sexual y reproductiva oportuna y el cercenamiento pleno del señorío sobre su potestad generativa, en medio de mitos orientados a enaltecer el "destino tradicional de la mujer", que incuban la renovación de embarazos, es un espiral irrefrenable. La sobreexaltación de la maternidad dentro de un contexto de impunidad estructural de torturas y tratos crueles exacerba la violencia de género institucional y la promueve con diversas expresiones."

Desta forma, temos que necessário se faz embarcar outros conhecimentos à questão feminina, num processo crítico e transformador, para ir mais afrente de dos conhecimentos parciais, buscando uma maior crítica e entendimento acerca das diferentes situações e necessidades femininas.

O direito não pode se acorrentar a questões específicas que necessitam de respostas imediatas.

Não se trata somente da mulher, dos negros, do homossexuais. Não somos grupos separados por tais características e que demandam os mesmos conflitos e ideais.

Quem define os padrões e conceitos à serem estudados?

Muitos conceitos feministas surgem à partir da mídia, do que esta considera como algo importante. A mulher a ser protegida é definida segundo os critérios de discussão midiática. Mesma sorte levam outras interpretações legais.

Infelizmente nesse contexto há uma outra questão de suma importância relacionada à educação do povo. Para que boa educação possa existir, bons governantes devem surgir, e para que bons governantes sejam eleitos, talvez a educação deva mudar levando informação a maioria. Educação a qual o governo se olvida, sendo este outro tema para discussão apartada diante de sua complexidade.

Contudo, observa-se que esta falta de informação da maioria torna a população mais manipulável pelos interesses da mídia e dos políticos.

Nessa esteira, notória se faz a existência de um sistema de forma a privilegiar certas camadas compostas por uma minoria detentora do poder.

A justiça não serve para atender as demandas do governo ou da mídia, mas para pensar livremente sobre tudo, de forma aprofundada e sem preconceitos e outras limitações. A pureza do pensamento jurídico está diretamente ligada a sua liberdade.

Quem é o ser humano para quem o direito trabalha? Quem merece a guarida do direito? Podemos pensar que temos uma minoria pensando sobre uma maioria. Maioria esta que não possui as mesmas características, os mesmos ideais, as mesmas crenças, as mesmas oportunidades.

Nesse contexto, vemos que questões mais essenciais relacionadas aos direitos humanos e fundamentais, vem sendo trabalhadas de forma globalizada, como se todos os humanos fossem iguais, em suas características, em sua cultura.

Há, podemos assim dizer, um certo egoísmo ocidental na compreensão das demais culturas.

Nos preocupamos com direito dos refugiados e, aos poucos, vamos percebendo que nem todos que necessitam de proteção estão abarcados pela legislação vigente sobre a questão. Então, complementamos com mais leis diante dos novos casos que vão surgindo. Então, temos a DUDH de 1948 com seu artigo 14 e, posteriormente, Estatuto dos Refugiados de 1951, Protocolo de 67, a proteção dos africanos pela Organização da Unidade Africana de 1969, Declaração de Cartagena de 1984. Após, houve outro caso importante, na Síria, em 2015, quando a Turquia, saturada de refugiados sírios pediu proteção aos países europeus, acarretando a declaração, em março de 2016, da União Europeia com a Turquia, no sentido de pagar por cada refugiado sírio que a Turquia recebesse. Assim, os sírios que chegavam à União Europeia eram destinados à Turquia, contrariando os compromissos assumidos na comunidade internacional.

A própria erosão democrática que vem sendo discutida, diante dos novos padrões de extermínio da democracia, é algo corroborado muitas vezes pelas mídias diante de anseios políticos. Afinal, não são poucas as pessoas, ao menos no Brasil, que acreditam, diante das informações incompletas ou errôneas que recebem e são levadas à crer, que a ditadura seria uma solução para o país, querendo escolher inclusive quem seria o "melhor ditador", o que é algo totalmente controverso e conflituoso, diante das características intrínsecas do sistema ditatorial com as do regime democrático e de Direito.

Claro que podemos trazer à tela legislações inovadoras e bastante respeitáveis e eficazes. Contudo, trata-se da minoria legal dos sistemas vigentes.

À título de exemplo, temos a lei portuguesa acerca do conteúdo cultural subaquático, leis bastante interessante e inovadora para seu tempo, uma vez que se antecipou às demais legislações internacionais, como bem lembrado e brilhantemente esclarecido pelo ilustre professor Ruben Miranda, em sua tese de doutoramento.

Ou seja, diante de tantas pressões e imediatismos, temos sempre trabalhado no sentido de "apagar o fogo", restando pouco espaço ao pensamento livre.

O desenvolvimento da justiça e do direito dependem da liberdade de pensamento e pesquisa, que permitam prever situações e não se limitar a ser braço político de atuação imediata para questões insurgentes, sob a influência midiática.

Eugênio Raul Zaffaroni e o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, muitas vezes alertaram sobre a questão da influência da mídia nos processos.

O Poder Judiciário se vê constantemente abarrotado de conflitos em que, para solução, necessária se faz uma interpretação das normas legais, muitas vezes construindo um novo regramento.

Importante se faz esclarecer sobre a forma de interpretar as leis, sobre os limites da interpretação, uma vez que o direito não pode ser mutante à luz do pensamento de cada juiz. Tais leis midiáticas e conflitos modernos vem exigindo

Bibliografia

ANGRIMAN, Graciela Julia. Derechos de las Mujeres, Género y Prisión. Buenos Aires: Ed Cathedra Jurídica, 2017.

BARATTA, Alessandro - Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal por la pacificación de los conflictos violentos. Buenos Aires: Ed. BdeF, 1989.

BARATTA, Alessandro, Criminilogía y sistema penal. Reimpresión. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal. 2ª ed. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARTLETT, Katharine T. "Feminist Legal Methods". Harvard Law Review, v. 103, n. 4, p. 829-888, 1990. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1119&context=faculty_scholarship.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Bauru: Edipro, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schimitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: RT, n.1, jan-jun.2003.

BITENCOURT, Cear Roberto. Tratado de Direito Penal. 9ª edição. São Paulo. Saraiva, 2015.

BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia. Direito Penal: Aspectos Jurídicos Controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEAKIN, Simon; GINDIS, David; HODGSON, Geoffrey; KAINAN, Huang; PISTOR, Katharina. "Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law", Journal of Comparative Economics, Volume 45, Issue 1, February 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601035

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón – Teoría del garantismo penal. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GARCIA, Maria. Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; GOMES, Alice Bianchini. Curso de Direito Penal. Salvador: Juspodivm, 2015.

HESPANHA, António. *Justiça e litigiosidade*: *História* e prospectiva- Lisboa: FCG, D.L. *1993*.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

KENNEDY, David. "The 'Rule of Law,' Political Choices and Development Common Sense," in David M. Trubek & Alvaro Santos (Eds). The New Law and Economic Development, Cambridge University Press, pp. 95-173 (2006). Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/ruleoflaw.pdf

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constiuição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHAPIRO, Scott. "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", in Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper n.º. 77, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657

TAMANAHA, Brian. "The Third Pillar of Jurisprudence", 56 Wm. & Mary L. Rev. 2235 (2015). Disponível em: https://wmlawreview.org/sites/default/files/11-Tamanaha.pdf

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Enrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O *Inimigo* no *Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CAPÍTULO 50

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A DELIMITAÇÃO E A SUBVERSÃO DO INSTITUTO

Matheus Prestes Tavares Duarte

1 INTRODUÇÃO

Em conformidade com o que preceitua o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), documento jurídico-normativo máximo de nosso ordenamento, todo o poder emana do povo, que o exerce ora diretamente, ora por intermédio de seus representantes eleitos.

A noção de que a soberania do Estado advém, imprescindivelmente, do exercício da vontade geral e da consecução do bem comum, preconizada desde o século XVIII pelo filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau (2014), constitui, de fato, a tônica do Estado Democrático de Direito em que nos inserimos.

Incursão ao retromencionado dispositivo constitucional permite concluir que o constituinte originário, ao empregar o vocábulo "poder", buscou utilizá-lo em sua mais ampla acepção, isso porque são diversas as formas pelas quais se manifesta a soberania popular. Uma dessas manifestações é, certamente, a soberania financeira.

Assevera Ricardo Lobo Torres (2005, p. 63-64), nesse tocante, que "a soberania financeira, que é do povo, transfere-se limitadamente ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe tributar e gastar". Depreende-se da presente preleção que o poder de tributar, cuja titularidade primeva pertence à coletividade, a despeito de sua indispensabilidade, visto que é por meio dele que o Estado capta recursos materiais fundamentais à sua manutenção e ao alcance dos objetivos dele esperados, não é absoluto, possuindo, como é cediço, limites à sua incidência.

A Magna Carta de 1988, incorporando a premissa da imperiosidade de limitação do poder, existente, por sua vez, desde a derrocada do absolutismo monárquico, disciplinou, então, em seus artigos 150 e seguintes, as denominadas limitações constitucionais ao poder de tributar. Sobre a temática, dispõe Regina Helena Costa (2014, p. 52) que "as limitações à competência tributária são traduzidas, essencialmente, na repartição de competências tributárias, bem como na indicação de princípios e imunidades".

Extrai-se da lição acima colacionada que as imunidades constituem uma espécie do gênero limitações ao poder de tributar, que são, em verdade, limites impostos pela própria Carta Fundamental à invasão patrimonial tendente à percepção estatal do tributo (SABBAG, 2015, p. 52), notadamente dos impostos, espécie tributária sobre a qual recaem, preponderantemente, as normas imunizadoras.

Destaca-se, entre as hipóteses de imunidade, pelo próprio escopo deste trabalho, a imunidade tributária partidária, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", *in limine*, da CRFB/1988. De acordo com o aludido dispositivo, é vedado aos entes federados instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos.

Trata-se de norma imunizante que visa à preservação de valores políticos essenciais ao regime, pelo que não serão, então, perturbadas pela tributação determinadas situações ou pessoas, físicas ou jurídicas, o que se operacionaliza por meio de uma dispensa constitucional de tributo (SABBAG, 2015, p. 291).

Presente em nosso ordenamento desde a Constituição de 1946, a imunidade tributária partidária possui como sustentáculo teleológico a tutela do pluralismo político, consagrado no artigo 1º, inciso V, da CRFB/1988, na medida em que os partidos políticos se apresentam como entidades indispensáveis à manutenção do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2018, p. 26), imiscuindo-se as finalidades desses entes com a própria noção de soberania estatal (SABBAG, 2015, p. 361).

Verifica-se, nesse sentido, conforme será oportunamente exposto, que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem emplacado uma interpretação teleológica ampliativa no que tange às imunidades em geral (DIAS, 2011), estendendo-a, inclusive, àquela relativa aos partidos políticos, de modo a maximizar sua extensão e enfatizar o *status* de direito fundamental e, por via reflexa, de cláusula pétrea ostentado pelo instituto.

Ocorre que, não obstante a essencialidade dos partidos políticos, o alargamento do âmbito de incidência da imunidade tributária partidária pode se revelar, muitas vezes, indevido. Isso porque a ampliação do alcance da retromencionada benesse, sobretudo num contexto de desconfiança generalizada em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, pode conduzir a um desvirtuamento, por parte dos entes imunes, dos objetivos constitucionais que justificam sua existência, de modo a subverter, assim, a própria finalidade do instituto imunizador, cuja razão de ser reside no fortalecimento do sistema partidário e, por via reflexa, da própria cidadania, pedra de toque do Estado Democrático de Direito, pelo que se descortina, assim, a importância de se empreenderem estudos sobre a aludida temática.

Assim, apresentados o tema e a problemática a serem examinados, cumpre mencionar que o presente trabalho possui como objetivo precípuo analisar como a imunidade tributária partidária tem sido interpretada no ordenamento jurídico brasileiro, isso para que, ao fim, possam ser tecidas críticas às compreensões lançadas sobre o tema, de modo a se fixar, à luz do referencial teórico adotado, ora firmado na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2002), a interpretação mais

consentânea com o Estado Democrático de Direito e os valores primordiais dele decorrentes, sobretudo a igualdade.

Para tanto, adotar-se-ão como procedimentos metodológicos a revisão bibliográfica, a ser realizada por meio da análise de livros, artigos científicos, periódicos especializados e demais obras que versem sobre o regime das imunidades tributárias e os princípios tributários aplicáveis à espécie, bem como sobre os partidos políticos e suas finalidades no Estado Democrático de Direito; e a consulta à legislação e jurisprudência pátrias.

2 INCIDÊNCIA E INTERPRETAÇÃO DO INSTITUTO

Assevera Eduardo Cambi (2016, p. 22) que "a Constituição é um instrumento limitativo do poder". As limitações ao poder de tributar, entre as quais se encontram as imunidades, enquanto normas constitucionais por excelência, não fogem à racionalidade desse mecanismo restritivo, porquanto impõem "freios que limitam o poder de tributação do Estado" (HARADA, 2020, p. 432), isso para preservar valores reputados como essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, inaugurado – ou melhor, retomado – por ocasião da promulgação da CRFB/1988, também conhecida como a Constituição Cidadã.

Nota-se, assim, que as imunidades se erigiram, na nova ordem constitucional, ao *status* de garantias fundamentais, isso porque se constituem como instrumentos de realização de outros direitos e liberdades fundantes (SOARES, 2016, p. 282). Assim, focalizando a análise na imunidade tributária dos partidos políticos, considerando-se que visa ela à tutela dos direitos políticos, de modo a evitar seu esvaziamento pela fiscalidade, inegável que avoca, para si, extensivamente, a mesma fundamentalidade, o que, por sua vez, reveste o instituto de especial importância, já que os direitos fundamentais, cuja observância condiciona todos os ramos do Direito, ocupam a cúspide normativa do ordenamento jurídico pátrio.

Debruçando-se sobre o instituto das imunidades, o Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, tem sido responsável por emplacar interpretações excessivamente ampliativas a seu respeito, as quais, inclusive, culminaram na edição da Súmula Vinculante n. 52, cujo enunciado, *in verbis*, bem evidencia a extensão conferida ao instituto, de modo a abarcar situações não dispostas na literalidade do texto constitucional:

> Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas (BRASIL, 2015).

Entre as instituições mencionadas no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da CRFB/1988, encontram-se, como é cediço, os partidos políticos, de modo a revelar que a imunidade tributária partidária também está abarcada por tal interpretação extensiva, que, por sua vez, tem alargado o âmbito de incidência da dispensa constitucional do

tributo para além das hipóteses expressamente previstas pelo constituinte originário, de modo a alcançar, assim, atividades atípicas dos sujeitos imunes – isto é, desvirtuadas das finalidades essenciais, para as quais foram eles instituídos.

Em se tratando dos partidos políticos, depreende-se do artigo 1º da Lei nº. 9.096 de 1995 que se destinam eles "[...] a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal" (BRASIL, 1995).

Observa-se, nesta senda, que as missões institucionais das retromencionadas entidades se encontram intrincadas à tutela do pluralismo político, da autonomia e igualdade partidárias, bem como à própria noção de cidadania, compreendida, por seu turno, como o "conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo" (DALLARI, 2004, p. 26). Nesse sentido, preleciona, ainda, José Jairo Gomes (2018, p. 26):

> Os partidos políticos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo contemporâneo. Constituem canais legítimos de atualização política e social; captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em bandeiras de luta as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo legitimamente constituído.

Nota-se, assim, que a imunidade tributária partidária se reveste de um caráter de acessoriedade na medida em que não se constitui como um fim em si mesma, mas, ao revés, como um instrumento empregado para que se resguardem valores e direitos outros que lhes conferem suporte, esses, sim, essenciais e caros à sociedade (JORGE, 2014, p. 5).

A imunidade tributária dos partidos políticos deve ser concebida, portanto, como uma garantia fundamental – e não um direito fundamental –, isso porque, em consonância com os ensinamentos de Paulo Bonavides (2005, p. 526), os direitos fundamentais são normas de conteúdo declaratório, enquanto as garantias fundamentais são normas de conteúdo assecuratório, visto que pretendem as últimas assegurar o exercício do direito por aquelas declarado. Nesses termos, assevera Rafael Morgental Soares (2016, p. 284-285):

> Não há imunidade por si só, pois inexiste um direito fundamental a não ser tributado, pura e simplesmente. A imunidade não é instituto finalístico, mas instrumental, existe para algo: para proteger ou promover algum direito fundamental, algum objetivo do constituinte; é uma salvaguarda. Observado de perto, o suposto direito fundamental a não ser tributado é vazio de conteúdo. O que há, em termos de fundamentação jusfilosófica, é o oposto: um dever fundamental de pagar impostos (Nabais, 1998). Afinal, todos estão convocados a contribuir para o pagamento das despesas estatais, na medida de suas possibilidades (capacidade contributiva), sob o risco de

> falência do Estado. O ônus fiscal deve recair sobre todos, indistintamente, salvo as exceções justificáveis.

Denota-se, assim, a existência de um dever fundamental de pagar impostos (DANILEVICZ, 2014, p. 40-47), o qual apenas pode ser afastado ante a incidência de alguma justificativa razoável. E para que determinada exceção seja considerada razoável, imperioso se afigura analisar se os direitos a que visa tutelar estão sendo satisfatoriamente resguardados pela norma imunizante – fator que a atual interpretação jurisprudencial parece ter olvidado –, sob pena de se emprestar às imunidades uma existência autopoiética, "como se a mera enunciação da imunidade e de seu caráter protetivo constituísse razão suficiente para aplicá-la ampliativamente" (SOARES, 2016, p. 282).

Constata-se, nesta toada, que os partidos políticos, não obstante sua indispensabilidade – até mesmo porque sequer existe, no sistema brasileiro, exercício do poder estatal sem sua intermediação em face da vedação de candidaturas avulsas – e as suas imprescindíveis funções ao regime democrático, têm se valido, muitas vezes, da imunidade tributária partidária de forma indevida, de modo a utilizá-la em prol da consecução de interesses privados, sobretudo econômicos, acumulando riquezas por meio de uma interpretação demasiadamente ampliativa da desoneração tributária que lhes é assegurada pelo ordenamento jurídico pátrio.

E isso acaba por subverter o próprio instituto imunizante, fazendo-lhe sucumbir diante de interesses escusos que não visam à tutela dos direitos fundamentais, mas tão somente à obtenção de lucro e ao acúmulo de poder, em uma lógica que beira o abuso de direito pelos entes imunes (CALDAS, 2017), que, a pretexto de cumprirem seus objetivos constitucionais, acabam por se valer do privilégio fiscal em comento para, além de ampliarem indiretamente seu patrimônio, introduzir à ambiência política uma lógica mercadológica com ela manifestamente incompatível.

Isso porque a imunidade em tela acaba por servir a um condicionamento da esfera política pela esfera econômica, de modo a estimular, indevidamente, a profissionalização da atividade política na medida em que contribui, ainda que reflexamente, para a maximização de aportes financeiros aos partidos políticos.

Além de gozarem da fruição aos robustos recursos provenientes do fundo partidário – instituído pelo legislador infraconstitucional – e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, valem-se, ainda, tais entidades, da dispensa de pagar impostos, que faz as vezes de um financiamento público indireto, culminando na obtenção de vantagens econômicas que as tornam um *locus* mais que conveniente à capitalização por meio da mercantilização da política.

Observa-se, nesse contexto, a celebração, pelos partidos políticos, de negócios e transações muitas vezes divorciados dos objetivos constitucionais a serem perquiridos por tais instituições e, até mesmo, acobertados pelo manto da invisibilidade fiscal, decorrente, por seu turno, do desincentivo à atuação dos órgãos de controle – sobretudo de fiscalização contábil – em virtude da jurisprudência consolidada relativamente à matéria das imunidades, demasiadamente benevolente aos entes imunes, de modo a fomentar a desconfiança já existente frente aos noticiados, reiterados e sistémicos episódios de corrupção (BARROSO, 2018, p. 09), *lobby* e desvirtuamento institucional protagonizados pelos partidos. Nesse sentido, explana Soares (2016, p. 297-298):

> [...] é possível verificar que esse estímulo promovido pela imunidade não induz o cidadão a participar mais e melhor da política. Ao contrário. Na medida em que a imunidade contribui para o aumento do volume de investimentos na política, o cidadão se torna um agente "menor" numa disputa de grandes. Ora, se o drama atual da política (e mais especificamente do sistema representativo baseado em partidos) é justamente o excesso de dinheiro combinado com a falta de transparência, é forçosa a conclusão de que o ordenamento jurídico deveria perseguir a reversão dessa realidade, e não o seu agravamento.

Nesse sentido, ao invés de concorrer para a promoção da democracia, a aplicação extensiva da norma imunizante contribui sobremaneira para a profissionalização da atividade política, na medida em que se torna um meio conveniente para a consecução de vantagens financeiras, já que, não sendo permitida a cobrança de tributos, as autoridades fiscais se veem desestimuladas a exercer o controle das atividades financeiras partidárias (SOARES, 2016, p. 298), o que, evidentemente, aumenta as chances de desvirtuamento do aludido instituto.

Verifica-se, pois, o atual descompasso existente entre os desígnios constitucionais atribuídos ao instituto da imunidade tributária partidária e os efetivos impactos dela decorrentes.

Quando de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, por ocasião da Constituição de 1946, o contexto da época, marcado pela ausência de vultoso financiamento privado dos partidos políticos e, também, da inexistência de aportes públicos a eles destinados, demonstrava ser razoável a não perturbação dessas entidades pela incidência dos impostos, o que, todavia, em face das substanciais mudanças sociais operadas, inclusive no tocante ao financiamento dessas instituições, não mais se justifica.

E evitar discussões acerca da efetividade da imunidade tributária dos partidos políticos relativamente ao alcance das missões constitucionais dela esperadas sob o argumento de que o instituto assume o caráter de direito fundamental e, por conseguinte, se reveste da intangibilidade de cláusula pétrea aparenta incitar o influxo que a doutrina lusitana tem denominado narcisismo constitucional.

De acordo com Catarina Santos Botelho (2018), o narcisismo constitucional pode ser definido como "uma tentativa, consciente ou inconsciente, de perpetuar *ad aeternum* os traços (essenciais) de uma Constituição, desencorajando renascimentos do poder constituinte". Segundo a catedrática portuguesa, trata-se de um fenômeno psicológico que identifica determinada Constituição como perfeita e acabada, motivo pelo qual exsurge uma proteção exacerbada, e quase que paternalista, do texto constitucional que, a pretexto de orientar as gerações vindouras pelos caminhos que o constituinte originário reputou mais acertados, acaba, em verdade, por tolher das

gerações presentes e futuras seu poder de autodeterminação e a capacidade de tomar suas próprias decisões.

Soma-se a isso o fato de que, não raramente, a imunidade tributária dos partidos políticos pode, ainda, colidir com outras normas de idêntica hierarquia e assento constitucional, de modo a se confrontar com direitos fundamentais e valores primordiais ao Estado Democrático de Direito, sobretudo a igualdade, conforme pretende expor no tópico subsequente.

3 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A imunidade tributária partidária, na medida em que desonera os partidos políticos, em determinadas situações, do dever genérico de pagar impostos, pode ser vislumbrada como uma forma indireta de financiamento público, isso porque os recursos que seriam destinados ao recolhimento desses tributos são, na prática, direcionados a outras finalidades, contribuindo para a manutenção de tais instituições.

Ocorre que, na esteira do que preconizam Stephen Holmes e Cass R. Sustein (2019, p. 23-26), todos os direitos são positivos, o que equivale a dizer que não há direitos negativos, de modo que mesmo aquelas garantias que não dependem de uma prestação estatal, mas tão somente de sua abstenção tal qual a imunidade tributária partidária –, possuem, igualmente, custos à sua implementação.

E esses custos se evidenciam pelo fato de que um direito concedido a alguém denota, indispensavelmente, a diminuição do direito de outrem, mormente em se tratando de exonerações tributárias, que implicam, *ipso facto*, a repartição daquele ônus fiscal com sujeitos não abarcados por determinada imunidade, entre os quais os cidadãos individualmente considerados.

Descortina-se, assim, um flagrante contraste: de um lado, os partidos políticos, instituições de personalidade jurídica privada e que têm, cada vez mais, acumulado patrimônio e riquezas; de outro, a população, carente e empobrecida, fato que escancara as intensas disparidades socioeconômicas e as mazelas de que padece o Brasil[ii].

E a imunidade tributária conferida aos partidos políticos, sobretudo quando vista sob um aspecto ampliativo, ao invés de contribuir para a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais – objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos expressamente no artigo 3º, inciso III, da CRFB/1988 –, acaba por impor justamente aos mais pobres o insustentável ônus do qual foram exonerados tais entidades, de modo a violar o conteúdo do princípio da igualdade, direito fundamental disposto no preâmbulo e no artigo 5º, *caput,* da Magna Carta de 1988.

A igualdade, por seu turno, repercute por todos os ramos do Direito, tratando-se de valor fundante que, mormente após a Revolução Francesa de 1789, orienta todo agir estatal, tanto em seu aspecto formal quanto substancial ou material. Na disciplina tributária, a igualdade se desdobra no constitucional princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da CRFB/1988), de acordo com o qual devem ser levadas em consideração as características pessoais de cada contribuinte para o fim de graduação dos impostos a serem prestados. Preleciona Kiyoshi Harada (2020, p. 440)

que “o princípio tem por escopo o atingimento da justiça fiscal, repartindo os encargos do Estado na proporção das possibilidades de cada contribuinte”.

Considerando-se, portanto, que o sistema tributário nacional repousa sobre um complexo sistema normativo, composto, por seu turno, de uma dualidade de normas que se subdividem em regras e princípios (ALEXY, 2002), bem como que os princípios são naturalmente colidentes entre si, necessário se afigura que compatibilizemos, em nosso ordenamento, o princípio da imunidade genérica de impostos (HARADA, 2020, p. 446) e o princípio da capacidade contributiva.

Essa compatibilização deve ser alcançada por meio de uma interpretação mais restritiva do instituto imunizante, de modo a considerar a tributação enquanto um fenômeno sistêmico, que envolve não apenas o direito, mas também a política e a economia (SILVEIRA, 2009, p. 185-186), diretriz que se coaduna, outrossim, com a reconciliação entre o direito e a moral encampada pelo Pós-Positivismo jurídico, o que implica repensar a repartição do ônus tributário no Brasil, em observância aos ditames de justiça tributária. Sobre o tema, preleciona José Luís Saldanha Sanches (2010, p. 3):

> O conceito de justiça fiscal pode ter diversos significados: o primeiro é o da justiça fiscal no sentido de justiça tributária, que se limita a proceder a uma avaliação quantitativa do modo como são distribuídos os encargos tributários entre os cidadãos e as empresas, ou melhor, entre várias categorias de contribuintes. Perante uma carga fiscal, trata-se de saber como é que ela é partilhada entre todos, particularmente na perspectiva de sua incidência entre os contribuintes com maiores e menores rendimentos.

A solução à colisão principiológica vislumbrada não comporta solução apriorística, devendo ser invocado, para tanto, o princípio da proporcionalidade, em seus três subníveis – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – , instrumento do qual devem se valer o Legislativo e os operadores do direito para ponderar, argumentativa e concretamente, qual valor veiculado por cada um daqueles princípios prevalecerá: se a desoneração fiscal dos partidos políticos ou a isonomia tributária, harmonizando-se, assim, as normas vigentes, sem que a aplicação de uma resulte no aniquilamento do outro – princípio da concordância prática.

E nesse processo de ponderação, para além de se levar em consideração a efetividade dos direitos a que visa tutelar a imunidade tributária partidária, não se pode olvidar, outrossim, que a tributação exerce não apenas uma função arrecadatória, mas também uma função humana na medida em que não pode ser ela instrumento de submissão do homem, “mas de sua plena libertação, pois que sua única razão de ser, na contemporaneidade trimilenar, é o respeito e o atendimento do homem, verdadeiro titular e destinatário dessa fundamental e indispensável atividade” (NOGUEIRA, 2008, p. 171).

Tal concepção revela a centralidade ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, erigida, inclusive, ao *status* de princípio fundamental da República – artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988 –, a qual possui reflexos também na tributação e, por conseguinte, na imunidade dos partidos políticos, que

somente deve subsistir se cumprir a missão para a qual foi instituída: favorecer a soberania popular.

Todas as retromencionadas diretrizes apontam para a necessidade de que se opere um verdadeiro rearranjo institucional que confira ao homem, em detrimento dos partidos políticos, o protagonismo no exercício da cidadania, o que implica revisitar criticamente a interpretação exacerbadamente ampliativa conferida aos institutos das imunidades, em especial àquela dos partidos políticos, porquanto, além de se revestir de um caráter instrumental, necessita de se compatibilizar à isonomia e aos ditames de justiça tributária, de modo a não impor aos cidadãos o dever de arcar com um privilégio que não cumpra com as finalidades para as quais foi instituído.

Faz-se imperioso, portanto, afastar-se essa interpretação irrestrita ao alcance da norma imunizadora afeta aos partidos políticos, isso porque as imunidades configuram instituto excepcional e, como tal, devem ser interpretadas restritivamente, revertendo, ou ao menos freando, o atual mecanismo de financiamento político, direto e indireto, dessas entidades, que, às expensas da população, têm acumulado bens e haveres, em uma lógica inversamente proporcional ao que têm experienciado os cidadãos, que têm assistido, prostrados, à espetacularização das campanhas eleitorais e ao exagerado dispêndio de recursos públicos de sua parte, inclusive no desempenho de atividades atípicas, não abarcadas pelo texto constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado no presente trabalho, as imunidades tributárias, pertencentes ao gênero limitações ao poder de tributar, visam resguardar os contribuintes da utilização, pelo Estado, do tributo com efeito de confisco, isto é, com a intenção de se apoderar indevidamente do patrimônio dos indivíduos. Dentre as aludidas imunidades, destacou-se a tributária partidária, que veda a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos. A aludida benesse, como restou evidenciado, foi instituída com a finalidade de se tutelar o pluralismo político e a soberania popular, mormente diante da indispensabilidade dos partidos no processo democrático.

Verificou-se, todavia, que o Supremo Tribunal Federal tem alargado demasiadamente a interpretação do artigo 150, inciso VI, alínea “c”, da CRFB/1988, abarcando sob o manto da imunidade tributária atividades atípicas dos partidos políticos, o que, por sua vez, tem culminado no desvirtuamento do instituto imunizante, que, ao invés de assegurar o exercício pleno da cidadania, passou a ser utilizado, pelos entes imunes, como meio de avultar seu patrimônio.

Nesta senda, evidenciou-se que a problemática então exposta não tem sido debatida sob o argumento de que o instituto assume o caráter de direito fundamental e se reveste da intangibilidade característica das cláusulas pétreas. Em razão disso, o aludido afastamento da discussão sobre os limites da imunidade tributária dos partidos políticos tem incitado o influxo do narcisismo constitucional, que tolhe de gerações presentes e futuras a possibilidade de adequar a norma constitucional à sua realidade.

Sustentou-se, ademais, que a ampliação da desoneração tributária dos partidos políticos tem contribuído, ainda que indiretamente, para o agravamento da pobreza da

população e dos níveis de desigualdade econômica, uma vez que aos cidadãos cabe arcar com o insustentável ônus fiscal do qual foram exoneradas aquelas entidades, o que viola flagrantemente o princípio da isonomia.

Assim sendo, denotou-se a necessidade de que seja realizada a compatibilização entre os princípios da imunidade genérica de impostos e o da capacidade contributiva, baseando-se, para tanto, nos ditames de uma tributação justa, que leve em consideração precipuamente a esmagadora parcela da sociedade brasileira que se encontra em situação de hipossuficiência financeira.

Nesses termos, resta evidente a necessidade de que haja um rearranjo institucional no que diz respeito ao financiamento político, sobretudo porque, como evidenciado no presente artigo, a ampliação acrítica dos efeitos do instituto da imunidade tributária dos partidos políticos não vem servindo à proteção do exercício da cidadania, mas sim à concretização de interesses econômicos e particulares.

Deve-se, portanto, perquirir, o que se apresenta como sugestão para futuros estudos, até que ponto a desoneração fiscal dos aludidos entes contribui para a promoção da cidadania, sendo certo que a ampliação ou não da interpretação da imunidade tributária dos partidos políticos precisa sempre se pautar no aprimoramento da democracia.

Em sede de conclusão, destaca-se, por fim, que somente ao tomar como parâmetro a efetiva materialização dos propósitos partidários por meio dos institutos imunizantes é que poderá ser fixada uma interpretação mais adequada e consentânea aos valores fundantes de nosso Estado Democrático de Direito e conformada com os ditames de Justiça Tributária que o regem.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 14 Ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 1056 p.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 288 p.

BRASIL. *Constituição.* República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União*. Seção 1, p. 14.545, 20 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 52. Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas. DOU de 23/06/2015, p. 2. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2610. Acesso em: 24 maio 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Constitucional*. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

BOTELHO, Catarina Santos. *Narcisismo Constitucional* (Mude-se a Constituição II). Observador, Lisboa, 02 dez. 2018. Disponível em: https://observador.pt/opiniao/narcisismo-constitucional-mude-se-a-constituicao-ii/. Acesso em: 24 maio 2021.

CALDAS, Filipe Reis. O abuso da imunidade tributária. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 28 junho 2017. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50373/o-abuso-da-imunidade-tributaria. Acesso em: 24 maio 2021.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. 727 p.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*: Constituição e Código Tributário Nacional. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania.* Moderna, São Paulo, 2004. 112 p.

DANILEVICZ, Thiago. *A livre concorrência e as imunidades subjetivas de impostos:* reflexões sobre o problema do alcance dessas imunidades. Porto Alegre, f. 114, 2014. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4270. Acesso em: 24 maio 2021.

DIAS, Paulo Vitor Coelho. *Imunidades tributárias à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=259668&key=UDRNVGd4TVRNd05qSTJOVGcyTXpjM09URTFNemd5TXpZeU5UQT1aMg=. Acesso em: 24 maio 2021.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral Essencial*. São Paulo: Método, 2018. 336 p.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 896 p.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos:* por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. 220 p.

JORGE, Carolina Schäffer Ferreira. *Interpretações das imunidades do artigo 150, VI, da Constituição Federal.* 2014. 160 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-01022016081426/publico/Dissertacao_Interpretacao_das_Imunidades_do_Art_150_VI_da_Constituicao_Federal.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

MELLO, Elizabete Rosa de. *Direito fundamental a uma tributação justa*. São Paulo: Atlas, 2013. 183 p.

NOGUEIRA, Alberto. *Teoria dos princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 342 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. ***Do contrato Social*.** Traduzido por Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014. 176 p.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1264 p.

SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Portugal: Ensaios da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Direito Tributário e análise econômica do Direito: contribuições e limites. *Revista da FESDT*, Porto Alegre, p. 185-205, jan./jun. 2009. n.3. Disponível em: https://fesdt.org.br/docs/revistas/3/artigos/11.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. A imunidade tributária dos partidos políticos: aspectos polêmicos. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 20, n. 117, set/out, 2017, p.35-43.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da; RIBAS, Juliana. A imunidade tributária dos partidos políticos: proteção da liberdade política ou promoção da organização partidária? *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 19, n. 105, set./out. 2017, p. 153-168.

SOARES, Rafael Morgental. A imunidade tributária dos partidos políticos. *In*: KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito eleitoral contemporâneo:* 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral. Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2016. p. 277-304. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5116. Acesso em: 24 maio 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito financeiro tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 460 p.

CAPÍTULO 51

O USO DO MEIO VIRTUAL NAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: VANTAGENS, DESVANTAGENS E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS POR CONCILIADORES E MEDIADORES

Monai Kelem Barbosa Angelo

1. A ORIGEM DOS INSTITUTOS DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO E SUAS BASES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para compreender a origem dos institutos da conciliação e da mediação, ressalta-se o estudo de Raíra Tuckmantel Habermann. Segundo Habermann, "a gênese dos institutos da mediação ou conciliação ainda não foi precisamente definida na história, contudo, acredita-se que foram as primeiras formas de dirimir e pacificar os conflitos sociais"[ii]. Além disso, é possível perceber a presença dos institutos durante alguns períodos históricos, como no Direito Romano, "com a nomeação de intermediadores, que atuavam nas províncias buscando solucionar as demandas através de acordos, e no Direito Chinês, voltados aos ideais de Confúcio, com o uso da conciliação para concretizar a paz"[ii].

A partir dos estudos de Oswaldo Peregrina Rodrigues[ii], entende-se que a vida em sociedade como se conhece, ou seja, formada por relações entre diferentes indivíduos, ligados por motivos distintos, pode resultar em conflitos. Para solucionar essa situação – comumente marcada pela falta de diálogo entre os envolvidos –, opta-se por buscar um terceiro sujeito.

Nesse sentido, por muitos anos, o Poder Judiciário preencheu o papel de terceiro nessa relação, colocando a cultura da sentença acima da do consenso, isto é, da pacificação. Buscava-se o término do conflito com o acionamento da Justiça, sem atentar para quais seriam suas consequências. Com isso, percebeu-se, então, dois pontos relevantes. Em primeiro lugar, os processos levavam anos até sua finalização. Em segundo, as soluções apresentadas não contemplavam o real interesse das partes envolvidas.

Além de acabar com os conflitos, era preciso que as conclusões fossem efetivamente aplicadas na prática. Assim, com as decisões incompatíveis com o objetivo principal da lide, percebeu-se o surgimento de preocupações antes inexistente. Diante disso, passou-se a utilizar outros métodos de resolução de conflitos baseados em novas técnicas, dessa vez pautadas na conciliação e na mediação.

Segundo Kazuo Watanabe, “Tivemos no passado, por exemplo, a Constituição do Império (1824), que em seu art. 161 dispunha expressamente que: “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”[ii]. Deste modo, entende-se que tais institutos estão presentes há anos na sociedade, mas não é possível saber o momento exato de seu surgimento.

Cumpre ressaltar que, com fulcro em Kazuo,

> O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na **formação acadêmica dos nossos operadores de Direito**, que é voltada fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma **sentença**, que constitui a solução imperativa dada pelo Juiz como representante do Estado[ii].

Observa-se, então, que alguns operadores de Direito optam por deixar o processo seguir o seu curso e aguardar a sentença. Muitos não se apoiam em outros métodos, como, a conciliação e a mediação, retomando a ideia apresentada anteriormente de gasto de tempo e de solução incompatível na finalização do conflito. Nesse sentido, destaca-se os dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

> De nada vale criar-se legislativamente um procedimento democrático e justo, se os encarregados de sua aplicação não são preparados para sua adequada aplicação e se os organismos de atuação não são equipados com os recursos humanos e tecnológicos indispensáveis[ii].

Com isso, entende-se a atual necessidade de transformar o pensamento dos profissionais de Direito no que diz respeito à atuação essencial dos Conciliadores e Mediadores. Ressalta-se, ainda, que tais profissionais não devem ser vistos como concorrentes em relação aos outros especialistas da área. Pelo contrário, devem ser considerados como auxiliares da Justiça em busca do ideal comum, objetivando a solução pacífica dos conflitos.

Recentemente, após constantes discussões a respeito do tema, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015, os institutos da conciliação e da mediação ganharam mais espaço no ordenamento, passando a fazer parte da primeira etapa do processo de conhecimento. Assim, com base na Lei 13.105/2015[ii], denominada de Código de Processo Civil, em seu Art. 3º, § 3º, pode-se constatar a importância do uso da conciliação e da mediação, bem como outros métodos de solução consensual de conflitos, devendo ser incitados por todos.

Nesse sentido, o Art. 319, inciso VII[ii], do mesmo diploma, determina que na petição inicial deve estar incluída a escolha do autor pela concretização ou não da audiência de conciliação ou de mediação.

Também prevê o Art. 334, caput, do CPC, *in verbis*:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com

> antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência[ii].

Destarte, é importante observar que mesmo diante da via judicial, o ordenamento conservou um espaço para a tentativa de solucionar o conflito por meio dos métodos consensuais.

Assim, resta evidente a importância desses institutos, reforçada pela Lei que também destinou o capítulo III, dos Auxiliares da Justiça, seção V, para tratar dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.

Diante do exposto, reforça-se a necessidade de mudança em relação ao assunto, sendo necessários dois esforços para tal situação. Em primeiro lugar, trabalhar para modificar o modo de pensar dos profissionais de Direito, bem como de todos os indivíduos que fazem parte do processo. Em segundo lugar, orientar quanto à seriedade do uso dos métodos consensuais de conflito, mais precisamente, a conciliação e a mediação, reforçando seus benefícios e a importância da atuação dos Conciliadores e Mediadores nesses procedimentos.

2. A DEFINIÇÃO DE MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO E OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A FUNÇÃO DO CONCILIADOR E DO MEDIADOR

Inicialmente, é importante explicar a função do Conciliador e do Mediador, esclarecendo o significado de cada instituto.

Segundo Adolfo Braga Neto,

> A mediação de conflitos significa atender a pessoas e não a casos. Em outras palavras seu foco de ação visa privilegiar as pessoas com base em suas próprias perspectivas pessoais. Ela parte do pressuposto da existência de dificuldades e limitações momentâneas das pessoas em administrar seus conflitos e, em razão disso, um terceiro poderá lhes auxiliar na sua gestão[ii].

Assim, é possível afirmar que a mediação é um método consensual de resolução de conflito. Seu desenvolvimento ocorre a partir do desempenho de um terceiro, ou seja, o Mediador. Este, por sua vez, utiliza técnicas e princípios para conduzir o diálogo entre as partes, objetivando promover a concordância entre elas.

Nesse diapasão, expõe Fredie Didier Jr. que,

> O mediador exerce um papel um tanto diverso, cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos[ii].

Também aduz Raíra Tuckmantel Habermann o seguinte:

> O mediador atuará nos conflitos em que há um vínculo pessoal entre as partes, que envolve aspectos emocionais acentuados, e será justamente o ponto a ser trabalhado: a neutralização dos aspectos subjetivos, na tentativa de se discutir apenas a solução para o conflito em questão[ii].

Deste modo, a figura do Mediador pode ser compreendida como um terceiro sujeito. Ele trabalhará em conflitos em que há uma relação particular entre os envolvidos, auxiliando e promovendo uma conversa entre as partes. O intuito deve ser chegar a um denominador comum, conforme apontado no art. 165, § 3º do CPC, *in verbis*:

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
> [...]
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos[ii].

Com base no art. 3º e seus parágrafos, da Lei 13.140/2015, tem-se o que pode ser objeto da mediação, reforçando os argumentos anteriores:

> Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.
> § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.
> § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público[ii].

Assim, conforme já mencionado, a mediação e a conciliação são institutos utilizados para a resolução consensual de conflitos pautados em princípios e técnicas, aplicados a casos distintos.

Ao contrário da mediação, a conciliação volta-se para casos em que não há uma relação particular entre os envolvidos no conflito. No tocante ao Conciliador, pode-se pontuar igualmente sua ação como um terceiro sujeito, promovendo a conversa entre as partes. Porém, ao contrário do Mediador, é cabível propor sugestões, conforme exposto no art. 165, § 2ª, do CPC:

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
> [...]
> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem[ii].

Assim, com fulcro no Art. 166, caput do CPC, tem-se que: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”[ii]. Logo, pode-se afirmar que os princípios orientadores dos Mediadores e dos Conciliadores estão fixados no dispositivo do Código mencionado anteriormente, bem como no Art. 2º da Lei 13.140/2015[ii]. Este também menciona, em seu arcabouço, os princípios que norteiam a mediação, ressaltando a importância de seus empregos durante a atuação dos profissionais nas audiências.

Por fim, cabe revelar que os Mediadores e os Conciliadores são profissionais preparados, com formação específica para atuação. Sua jornada acadêmica determina o cumprimento de uma extensa carga horária de estágio, a fim de vislumbrar na prática a rotina de trabalho. Seu apoio está nos princípios da imparcialidade durante o desenvolvimento de sua função e na isonomia quanto ao tratamento das partes; na utilização da oralidade para o desenrolar das audiências, atentando-se para a informalidade do procedimento em alguns pontos; na conservação, sempre, da vontade das partes na busca do consenso; e em manter a confidencialidade dos assuntos tratados e desenvolvidos, pautado na boa-fé.

3. AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS COM A ADOÇÃO DO MEIO VIRTUAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS POR CONCILIADORES E MEDIADORES

Com a pandemia da covid-19, a rotina de trabalho da maioria dos profissionais passou por mudanças. Rapidamente, precisou-se adaptar ao formato de trabalho a distância, não sendo diferente para Mediadores e Conciliadores.

Sob pena de grandes prejuízos para todos os envolvidos nos processos, o sistema judiciário do estado foi repensado. As audiências de conciliação e de mediação do Tribunal de Justiça de São Paulo tornaram-se virtuais. Com isso, Conciliadores, Mediadores, servidores, partes e advogados tiveram que se adaptar à nova realidade de forma quase instantânea.

Apesar das dificuldades anteriormente mencionadas, é possível observar que o trabalho de modo virtual trouxe algumas vantagens tanto para o sistema, quanto para os Conciliadores e os Mediadores. Para o primeiro, pode-se destacar a continuidade dos processos e a diminuição de gastos com manutenção do local de trabalho, por exemplo, quando sustentados pelo Tribunal ou Instituição a que prestam auxílio. Enquanto para os Mediadores e Conciliadores, pode-se pensar em economia financeira e temporal, visto a ausência de deslocamento e de uso de meios de transporte.

Ainda que se note a diminuição de custos em relação ao formato de trabalho presencial, é importante ressaltar outros gastos para manutenção do trabalho de Mediador e de Conciliador. Segundo o Art. 12, § 2º da Resolução do CNJ 125/2010[ii], os Conciliadores e Mediadores devem se aperfeiçoar, fazendo cursos de atualização. Além disso, salienta-se que consta no Art. 7º da Resolução 125/2010 do CNJ, a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), possuindo atribuições definidas nesta Resolução, sendo uma de suas funções, conforme

inciso VIII do dispositivo “incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação [...]”[ii].

Em contrapartida, há inúmeros lugares em que essa função essencial à Justiça não é valorizada e ou remunerada. Logo, parte desses profissionais atuam de forma voluntária, sem receber ajuda de custo, ou, ainda, com valores muito baixos.

Durante a pandemia, a atuação dos Conciliadores e dos Mediadores passou a ser ainda mais importante para a concretização das audiências, uma vez que se observou um aumento no número de conflitos, principalmente no âmbito familiar. Novamente, ressalta-se que esses profissionais atuam com base em princípios e técnicas, que contribuem para a finalização do conflito de forma mais célere. Desse modo, para além de agilizar os processos, tais profissionais tornaram as audiências mais dinâmicas. Sua atuação cria oportunidades para conversas e resoluções de forma consensual, em que os próprios indivíduos constroem a solução para o problema apresentado, sem transferência para um terceiro. Apesar disso, a maioria desses profissionais enfrenta dificuldades.

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito à ausência de suporte estatal aos Conciliadores e aos Mediadores. Não há contratação e manutenção de serviços de melhor qualidade dos provedores de *internet* e seus altos custos financeiros mensais, aquisição de *hardware* atualizado e assistência técnica regular compatível e com capacidade suficiente para suportar os novos aplicativos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades remotas do trabalho, culminando no aumento, também, do consumo privado de energia elétrica, por exemplo.

Em segundo lugar, nota-se a atuação de mais de um Conciliador ou Mediador durante as audiências. Isso ocorre justamente como precaução de problemas frequentes, como, as corriqueiras interrupções no fornecimento de energia elétrica e as constantes instabilidades dos provedores de sinal digital de *internet*. A medida adotada visa a continuidade nos atendimentos às partes e a seus patronos, de modo que as audiências não sejam inviabilizadas. Com isso, criou-se outro ponto de atenção. Ainda que o objetivo seja contribuir para o bom andamento dos trabalhos, a medida adotada, por outro lado, prejudicou a remuneração dos Conciliadores e dos Mediadores. Houve uma redução no valor recebido por cada Conciliador ou Mediador, pois antes da pandemia as audiências eram realizadas por apenas um profissional. No entanto, atualmente, trabalha-se com dois Conciliadores, e sendo um valor fixo por audiência, este passou a ser dividido em partes iguais.

Desse modo, resta cristalino a necessidade de adequação do valor recolhido a título de remuneração aos Conciliadores e aos Mediadores. Sugere-se duas opções: fixação em patamares de forma progressiva ou estabelecimento de valor a ser pago por Conciliador e não por audiência, como ocorre atualmente.

Ressalta-se, ainda, a Resolução nº 809/2019[ii], datada de 20 de março de 2019, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em seus artigos 7º e 8º, que estabelece aos Conciliadores nomeados a remuneração por sua atividade profissional em alguns patamares, com alicerce em seu grau de experiência, qualificação e excelência dos serviços prestados.

Além das dificuldades apresentadas quanto à falta de auxílio com o custeio de equipamentos e energia, há, ainda, a falta de acesso e despreparo das partes para utilizar os mecanismos virtuais. O que, por sua vez, pode prejudicar as audiências, por conta dos problemas técnicos para acesso à plataforma de trabalho.

Diante desse cenário, foram necessários longos meses para que tais profissionais se adaptassem à nova rotina de trabalho. Sob esse ponto, inclui-se a confecção dos termos de audiência, disponibilização para a leitura das partes, assinatura, entre outras questões a serem aprimoradas.

Destaca-se, ainda, uma preocupação que aumentou durante este período a respeito da remuneração desses profissionais. Alguns advogados têm ingressado com recurso – denominado de agravo de instrumento –, em face das decisões de primeira instância, que reconhecem que o pedido de gratuidade de Justiça, quando deferido, não se estende à remuneração dos Conciliadores. Isto é, uma vez definido que o indivíduo possui direito aos benefícios da gratuidade, estes não se aplicam a remuneração do Conciliador, logo, não há isenção, sendo devido o recolhimento do valor.

Cabe revelar nessa ocasião, que os Artigos 98 e 99 do Código de Processo Civil de 2015[ii], podem comprovar o posicionamento da não extensão da gratuidade, pois a remuneração do Conciliador não está envolta em nenhum de seus incisos ou parágrafos. Assim, a gratuidade não pode ser aplicada, pois não há previsão legal para tanto. Caso estivesse contemplada em tal dispositivo, com fulcro no § 5º do Art. 98 do CPC, vale avultar que "a gratuidade pode ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais[ii]".

Por conseguinte, segundo apreciação de documentos e preenchimento das condições para a concessão da gratuidade de Justiça, o juiz não deve ceder tal benefício se tiver fundadas razões, assim como aduz o §2º, do Art. 99, do CPC[ii], podendo concedê-lo, inclusive, de forma parcial.

Assim, dispõe a ementa que ratifica o ponto informado acima:

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2185311-69.2019.8.26.0000**
> RELATOR: DESEMBARGADOR VITO GUGLIELMI
> AGRAVANTE: RAFAEL MATEUS DE CARVALHO
> AGRAVADOS: JOÃO VICTOR SOARES DE CARVALHO E OUTRO (menores repr.) COMARCA: TATUÍ 2ª VARA CÍVEL
>
> **AGRAVO DE INSTRUMENTO.** DECISÃO AGRAVADA QUE, CONQUANTO CONCEDENDO JUSTIÇA GRATUITA AO REQUERIDO, DETERMINOU-LHE O PAGAMENTO DE METADE DA REMUNERAÇÃO DO CONCILIADOR JUDICIAL, NA QUANTIA DE R$ 30,00. INCONFORMISMO MANIFESTADO. INADMISSIBILIDADE. CASO EM QUE A JUSTIÇA GRATUITA NÃO FOI, EM VERDADE, CONCEDIDA DE FORMA INTEGRAL, MAS APENAS PARCIALMENTE. DECISÃO QUE, AO CONCEDER A GRATUIDADE, RESSALVOU EXPRESSAMENTE QUE NÃO SE ESTENDERIA À REMUNERAÇÃO DO CONCILIADOR JUDICIAL, ARBITRADA EM QUANTIA MÓDICA. JUSTIÇA GRATUITA QUE PODE SER CONCEDIDA PARCIALMENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 98, § 5º DO CPC. AUTOR, ADEMAIS, QUE SEQUER FEZ PROVA DA ALEGADA POBREZA, NÃO TRAZENDO AOS AUTOS QUAISQUER DOCUMENTOS PARA COMPROVAR A SUA TESE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO (grifo nosso)[ii].

Outra questão que serve de supedâneo está disposta no Art. 4º, § 2º da Lei 13.140/2015[ii], que menciona a gratuidade da mediação, não englobando o procedimento da conciliação.

Ressalta-se que são procedimentos distintos, com princípios e metodologias de trabalho diferentes, conforme demonstrado em argumentos anteriores do presente artigo.

A Resolução 809/2019, dispõe em seu Art. 14, o seguinte: "É assegurada aos necessitados, beneficiários da assistência judiciária gratuita, a gratuidade da mediação e da conciliação[ii]". Entretanto, conforme a hierarquia das normas, uma lei ordinária está acima das Resoluções, restando assegurado o que dispõe a Lei 13.140/2015 e o CPC.

Insta esclarecer que os Conciliadores do estado de São Paulo não são funcionários do Tribunal, não possuem vínculos com o mesmo, assim, não há recebimento de remuneração deste, já que esta - quando devida - é recolhida pelas partes envolvidas no feito. Por fim, cabe revelar que, em alguns estados, tais profissionais são remunerados pelos próprios Tribunais de Justiça, como, por exemplo: TJCE, TJMS, TJPI, TJRJ, TJRN, TJRR e TJTO.

Portanto, a remuneração dos Conciliadores não está compreendida no campo da gratuidade de Justiça, isto é, no Art. 98 do CPC. Desse modo, essa situação não pode ser acobertada, pois há hipóteses taxativas, e não meramente exemplificativas. Toma-se como ponto de atenção, então, sua não extensão à remuneração do Conciliador, uma vez que não há previsão legal a respeito. A remuneração não pode ser vista como nenhum tipo de taxa ou custa vinculada ao processo, pois o Conciliador atua como um terceiro imparcial.

Em suma, diante do que dispõe o Art. 2º, § 8º, da Resolução 809/2019:

> Os conciliadores e mediadores das categorias previstas nos incisos II a V do § 1º, em contrapartida à sua inscrição no Cadastro deste Tribunal de Justiça, deverão atuar a título não oneroso em 10% (dez por cento) dos casos encaminhados pelo Poder Judiciário, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade, cabendo ao CEJUSC ou ao NUPEMEC a indicação dos casos que serão atendidos nesta modalidade, respeitada a correspondência entre a complexidade do caso e a categoria do mediador e do conciliador[ii].

É possível afirmar que o referido artigo alude aos Conciliadores que fazem parte das categorias referidas no § 1º, incisos II a V, com a fixação da remuneração em patamares. No entanto, sabe-se que isso não ocorre na maioria das Comarcas, pois foi definido um valor fixo, mínimo de remuneração devida ao Conciliador. Assim sendo, a aplicação de tal dispositivo fica inviável na maioria dos casos. Entretanto, quando utilizado, ressalta-se que os Conciliadores atuantes de modo *pro bono* nos procedimentos do Juizado Especial Cível, cumprem o percentual exigido.

Cabe revelar ainda que, a remuneração desses profissionais ainda é muito discutida. Entretanto, falta compreensão ou interpretação detalhada desses institutos pelos próprios operadores do Direito. Assim, indaga-se o seguinte: como avançar com o uso do meio virtual para a realização de audiências de conciliação e mediação, ante a falta de acesso e o despreparo das partes para lidar com este novo cenário, além dos pontos discutidos nesse artigo?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia da covid-19 trouxe tristeza e desespero para a maioria da população, tornando-se um período de mudança significativas. As reinvenções foram inevitáveis e constantes, repensando rotina e planejamentos diário e de vida.

Ao longo do presente artigo, apontou-se pontos relevantes para esse cenário no âmbito do Direito, em relação aos Conciliadores e Mediadores. Localizou-se os institutos da conciliação e da mediação no contexto histórico e as suas bases no ordenamento jurídico brasileiro. Expôs-se o significado de cada instituto e os princípios que orientam a função dos Conciliadores e dos Mediadores. Por fim, apresentou-se as vantagens e desvantagens com a adoção do meio virtual como ambiente de trabalho, além das dificuldades enfrentadas por estes profissionais.

De posse de todas essas informações, também se notou que não há um marco histórico para o surgimento da conciliação e da mediação como método consensual de resolução de conflitos. No entanto, observou-se períodos no decorrer da história que demonstram sua utilização, reforçando cada vez mais a importância da cultura do consenso.

Vale ressaltar a existência de artigos, leis e resoluções no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de arcabouço para confirmar a importância de tais institutos. Estes, por sua vez, auxiliam em sua compreensão, bem como na afirmação dos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade e boa-fé, aspectos que norteiam a função dos Conciliadores e Mediadores no desempenho de seus trabalhos.

Em relação às vantagens e às desvantagens com a adoção do meio virtual para a realização das audiências, é importante ressaltar os benefícios para o sistema, isto é, a redução nas despesas dos Tribunais ou Instituições, com o custeamento de alguns gastos dos locais de afazeres.

No que diz respeito às vantagens para os profissionais, tem-se a economia de tempo e de gastos, com o deslocamento para o sítio de trabalho, por exemplo. Entretanto, como desvantagens e dificuldades, nota-se a carência de auxílio no custeio de equipamentos e energia elétrica, bem como a falta de acesso e despreparo das partes para utilizar o meio virtual. Sob esse último ponto, resulta no cancelamento das audiências ou em seu prolongamento, devido às dificuldades técnicas dos envolvidos em acessar a plataforma de comunicação.

A atuação de mais de um Conciliador ou Mediador durante as audiências para viabilizá-las também foi discutida ao longo do artigo. Notou-se que esse modo de trabalho prejudica sua remuneração, uma vez que a quantia fixa é recolhida por audiência e não por Conciliador. Com isso, tornou-se evidente a necessidade de remanejamento quanto ao valor a título de remuneração dos Conciliadores.

Além disso, ainda existe a questão da interposição de recurso por advogados, mais precisamente o agravo de instrumento em face das decisões de primeira instância, que deferiu os benefícios da gratuidade de Justiça aos seus clientes. Porém, como visto, não se estende à remuneração do Conciliador. Deste modo, não há dispositivo válido no ordenamento jurídico brasileiro que compreenda a remuneração como taxa, custa ou qualquer outra categoria que autorize a incidência da gratuidade,

Ainda que o futuro esteja distante e intangível, é importante destacar algumas medidas úteis para amenizar os problemas tratados no desenvolvimento do presente artigo, como: disponibilização de equipamentos em locais, como Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), Fórum, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Defensoria, com profissionais capacitados para orientar as partes no acesso da plataforma, além de servidor para fazer contato entre os envolvidos. Além disso, reforça-se a importância de que os advogados estejam comprometidos em providenciar o contato prévio com seu cliente, a fim de verificar se ele possui acesso e equipamentos para atuar no ambiente virtual.

Por fim, com a efetivação dos procedimentos apresentados acima, é possível revelar que eles podem contribuir para o bom andamento das audiências, bem como na atuação dos Conciliadores e Mediadores. No entanto, resta saber qual indivíduo, órgão, associação, entidade ou autoridade se incumbirá da responsabilidade, dando o primeiro passo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 13.105/2015. *Código de Processo Civil Brasileiro.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

BRASIL. *Lei 13.140/2015.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

BRASIL. *Resolução do CNJ 125/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 10/04/2021.

BRASIL. *Resolução 809/2019*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Resolucao809-2019.pdf>. Acesso em: 11/04/2021.

BRASIL. *TJ-SP. Agravo de Instrumento n. 2185311-69.2019.8.26.0000*. Relator: Vito Guglielmi. Data de julgamento: 02/10/2019. 6ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 02/10/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/904524530/agravo-de-instrumento-ai-21853116920198260000-sp-2185311-6920198260000/inteiro-teor-904524802>. Acesso em: 11/04/2021.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 17 ed., v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na Prestação Jurisdicional. Guia Prático para instalação do setor de Conciliação e Mediação.* São Paulo: Atlas, 2007.

HABERMANN, Raíra Tuckmantel. *Mediação e Conciliação no Novo CPC.* Leme, São Paulo: Habermann, 2016.

OSWALDO, Rodrigues Peregrina. *Os Novos Tipos Familiares em face da Lei em vigor – As relações jurídicas privadas e a dignidade das pessoas humanas que a integram.* São Paulo: Claris, 2016.

SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves. (Coordenadores); BRAGA NETO, Adolfo; ZAPPAROLLI, Célia Regina; GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda; GUERRERO,

Luis Fernando; PELAJO, Samantha; ALMEIDA, Tania. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem.* Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo.* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo: jan/fev., 2012.

CAPÍTULO 52

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Naiara Aparecida Lima Vilela

INTRODUÇÃO

Com a evolução histórica surgem novas demandas a serem enfrentadas no âmbito das necessidades sociais. Junto ao cenário atual, da era da informação, viu-se crescer o reconhecimento à proteção dos dados pessoais. Novo direito que faz imprescindível o resguardo a ele, haja vista que a proteção às informações pessoais vai muito além do direito à intimidade e vida privada.

Categorizado como direito de primeira geração, o direito à privacidade retira do olhar alheio as ações de uma determinada pessoa e faz com que o Estado não interfira no seu delinear, sendo assim um direito negativo. Derivado desse direito, a proteção aos dados pessoais determina um agir oposto, ou seja, positivo, diferente pois do que a privacidade delineia. A proteção aos dados pessoais assenta um agir ativo na busca de fiscalizar quais informações são recolhidas, tratadas e até vendidas. Trata-se assim de um direito intimamente ligado à autodeterminação informativa que oferece transparência no tratamentos dos dados pessoais acerca das finalidades e motivos de coleta, bem como controle efetivo do titular desses dados.

A positivação desse direito foi se fortalecendo ao longo de décadas e encontra-se respaldo em vários países por ser cada vez mais fácil de se prejudicar uma pessoa com seus próprios dados pessoais, por exemplo usando-os para crimes como estelionato e até análise psicológica com possível manipulação mental. Por esse motivo surge o debate acerca da possibilidade da inserção da proteção de dados pessoais como direito fundamental, haja vista que essa categoria de direitos é moldada de acordo com as necessidades apresentadas socialmente e, além disso, possui prerrogativas interessantes para eventual descumprimento via legislação ou mesmo entre particulares.

Dessa forma, o tema ora estudado apresenta-se relevante uma vez que se trata de uma matéria discutida mundialmente. Por meio da metodologia da revisão bibliográfica através da literatura mais atualizada presentes em livros, artigos científicos, dissertações de mestrado, colunas jurídicas e dos noticiários, a possibilidade, ou melhor, a necessidade de se resguardar as informações pessoais merece análise criteriosa ainda mais no cenário brasileiro em que está em debate o Projeto de Emenda Constitucional para a inserção do direito à proteção dos dados pessoais como direito fundamental.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O modo como são classificados as gerações dos direitos fundamentais mostra que com o passar do tempo surgem novos horizontes no campo das liberdades públicas que impõe a necessidade de serem positivados para uma melhor salvaguarda dos direitos. Não significa, no entanto, que um antigo direito se extinga quando outro nasce. O que ocorre na verdade é uma junção harmônica entre todas as gerações que amplificam os direitos do homem e retratam as necessidades do momento em que se vive.

A organização dos direitos fundamentais em gerações foi inicialmente defendida por Kasel Vasak com uma proposta de triangulação desses direitos pautado nos ideais franceses de liberdade, igualdade e fraternidade. Porém, hoje já se fala de no mínimo seis gerações para os direitos fundamentais conforme passaram a existir imperativos sociais para construção de novas garantias. O termo gerações representa divergência e crítica entre doutrinadores, preferindo alguns a nomenclatura dimensões dos direitos fundamentais, uma vez que gerações poderia dar a impressão de que um novo direito encerraria a vigência do direito anterior. De todo modo, gerações, dimensões ou até famílias são cognomes que representam as etapas de evoluções dos direitos fundamentais.

A primeira geração, que surgiu no século XVII, floresceu os direitos e garantias individuais clássicos que se encontram no alicerce da limitação do poder estatal. Buscou preservar nessa linha os direitos à vida, à religião, à expressão, entre outros que impunham ao Estado um dever de não agir e ao indivíduo uma noção de liberdade. A segunda geração, formada a partir do século XX, trouxe para Estado o papel da prestação positiva, ou seja, após a Primeira Guerra Mundial, pleiteava-se os direitos sociais, econômicos e culturais, buscando o bem-estar e a igualdade em favor do homem na sociedade. Exemplos dessa dimensão são os direitos à educação, saúde e seguro social. A terceira geração relaciona-se com os direitos de solidariedade ou fraternidade, com a busca ao meio ambiente equilibrado, a autodeterminação dos povos, entre outros. Nessa terceira geração se vê instalado também os direitos difusos em geral.

A partir da quarta geração encontra-se divergência sobre quais matérias são vinculadas à essa dimensão. Por exemplo, para Paulo Bonavides[ii], a representação dos direitos fundamentais da quarta geração seriam o direito à democracia, pluralismo político e informação, ou seja, direitos ligados à globalização. Já na visão de Norberto Bobbio[ii], essa seria a geração da bioética, ou melhor, da manipulação sobre a engenharia genética.

A quinta geração corresponde ao direito à paz por uma necessidade dos dias correspondentes e conturbados que ainda insistem em se fazer presente com guerras políticas e por território.[ii] Na sexta geração, alguns doutrinadores como Bernardo Gonçalves Fernandes[ii] e Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva[ii], colocam o direito à água potável como o cerne dessa geração haja vista ser necessário para toda a existência humana, como também para outras formas de vida que convivem e dão suporte à vivência humana.

Assim, como Francisco Carnelutti afirma, o Direito representa “Um conjunto de leis que regulam a conduta dos homens.”[ii], e nessas gerações encontra-se o mandamento de proteção que assegura direitos e importa deveres horizontais frente aos próprios indivíduos e verticais entre o Estado e as pessoas. Esse conjunto que determina condutas sociais são constituídas a partir do momento histórico da

necessidade de se autoafirmar um direito. Por isso, existem várias gerações dos direitos fundamentais, em cada época foi preciso regular as liberdades individuais ou públicas. Como esclarece Terezinha Schwenck, "Os novos direitos objetivam assegurar a todos garantias antes não reconhecidas, dentro da indispensável convivência social, necessárias à sobrevivência da sociedade organizada."[ii].

Mas, para se tornar um direito fundamental é preciso mais do que o momento histórico, até porque a questão da exigência pode ser temporária. Para ser um direito fundamental, do ponto de vista ético ou material, é preciso que os direitos sejam valores básicos que garantam o viver dignamente em sociedade, o que remete à ideia de dignidade da pessoa humana. Já na visão jurídico-normativo, os direitos fundamentais são os valores escolhidos pelo povo (poder constituinte) e positivados na Constituição de um país.

Desse modo, em regra, os direitos fundamentais são os direitos humanos com vestimenta especial para respaldar valores eternos e universais. Os direitos humanos são normas primárias com valores inerentes dos seres humanos, não é preciso dizer qual é o direito ou criar um direito, já se nasce com essas garantias. A diferença entre esse direito e os direitos fundamentais constitui-se de ser estes organismos com a finalidade de defesa e instrumentalização. Significa dizer que os direitos fundamentais confere proteção a bens com mecanismos de tutela, proíbe ações estatais na esfera particular do indivíduo e consagra princípios ao ordenamento jurídico como um todo.

Assim, os direitos fundamentais nascem com a característica de meio social essencial podendo ser ampliados ou limitados e, às vezes, extintos. Eles possuem o propósito de ultrapassar fronteiras para beneficiar os indivíduos e pode ter mais de um direito fundamental em exercício ao mesmo tempo, contudo nem todo direito é exercido em sua forma absoluta. Esses direitos são ainda de caráter inalienável, imprescritível e irrenunciável. Sendo assim, estar revestido por esse rótulo representa uma vantagem para as pessoas que precisam recorrer ao instituto estatal para o exercício pleno de seu direito.

Em observação ao momento atual, nota-se que a respeito das alterações na vida e nas relações perante o ambiente digital também se encontram novos direitos se formando com a possibilidade de se tornarem um dentre os direito fundamentais. No setor tecnológico, encontra-se a proteção às informações pessoais nos já escritos direitos no ordenamento jurídico. Na verdade, quando se minuta um direito a intenção é que esse perpetue no tempo independente das profundas alterações sociais. Porém, hodiernamente aparece algumas situações que necessitam de maior estudo e possivelmente respaldo constitucional. Na era digital há direitos humanos ainda não positivados constitucionalmente e que precisam ser previstos para construir um arcabouço que efetivamente assegure a vida digna, a convivência pacífica e a liberdade individual.

2. A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Com a crescente utilização do *Big Data*[ii], as informações pessoais ganharam um novo papel com valor econômico significativo. Atualmente, não se consegue mais desvincular o acesso a uma plataforma digital sem a inserção dos dados de quem a utiliza. Assim, com a economicidade das informações dos indivíduos, a proteção aos dados pessoais nunca se fez tão relevante como agora.

Shoshana Zuboff[ii] descreve o capitalismo de vigilância como a constituição de uma nova ordem econômica que ameaça a natureza humana no século XXI tanto quanto o capitalismo industrial foi em sua época. Segundo ela, o capitalismo de vigilância significa:

> [...] A origem de um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado; 7. Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada em certeza total; 8. Uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser mais bem compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos."[ii]

Os dados pessoais são coletados em diversos lugares, tanto no ambiente digital quanto real, o que gera preocupação no sentido de como são armazenados, onde eles são fornecidos e como são aproveitados. Por exemplo, é possível encontrar o Cadastro de Pessoa Física (CPF) brasileira de um indivíduo na internet e por meio dele solicitar cartão de crédito ou abrir uma conta bancária online. Assim, nesse meio, os dados pessoais não estão totalmente seguros e não basta apenas a proteção à privacidade para cobrir o indivíduo de segurança contra ataques à sua pessoa ou raptar a identidade de outra. Não quer dizer que não haja respaldo normativo para assegurar o direito à proteção de dados pessoais. Pode haver princípios constitucionais e até leis que resguardem o bem tutelado, porém, à vista das novas possibilidades de utilização dos dados pessoais, não seria necessário que o direito à proteção de dados pessoais também se fizesse presente como um direito fundamental?

Para George Marmelstein:

> [...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.[ii]

Os dados pessoais se apresentam como extensão da própria pessoa e por esse motivo merecem um resguardo para que não corra o risco de suas informações se voltarem contra ela própria. Embora esteja em vigor no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados e haja norma regulamentando a proteção aos dados pessoais no mundo, esse direito possui uma definição em específico que necessita de maior atenção. Colocar a proteção aos dados pessoais como direito fundamental permite a tutela não apenas no sentido da privacidade, de ocultar um fato aos olhos alheios, mas de cuidar das informações coletadas e assegurar o seu fim em específico em nível constitucional. Segundo George Marmelstein, "[...] o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo."[ii]. Ainda, "[...] nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais."[ii]. Sendo assim, caso uma ação passe a violar o direito à proteção aos dados pessoais, se este

estiver dentro do rol dos direitos fundamentais, seria incompatível com todo o sistema de direito, ainda que haja lei ordinária autorizando tal ação. Segundo a teoria criada pelo jusfilósofo Hans Kelsen[ii], o ordenamento jurídico estaria disposto como uma pirâmide com normas de maneira hierarquizada em que leis, decretos, medidas provisórias, entre outros, devam respeito a norma maior que estaria no topo, sendo essa a Constituição Federal. Por isso estar previsto com a roupagem de direito fundamental garante proteção às futuras tentativas de violação, até mesmo contra novas legislações que abrandariam o mandamento da proteção aos dados pessoais.

A função dos direitos fundamentais possui algumas teorias, nesse estudo, destaca-se a teoria dos quatro *status* de Jellinek que se divide em *Status* passivo, *Status* negativo, *Status* positivo, *Status* ativo. O primeiro *status* diz respeito a subordinação do indivíduo em relação ao Estado, este possuindo um dever em face desse. O segundo *status* entrega certa liberdade ao indivíduo, por possuir personalidade, à vista da ingerência dos Poderes Públicos. O terceiro *status* constitui de um direito de o indivíduo exigir atuação estatal, com realização de prestações a seu favor. E o quarto *status* abarca a possibilidade dos indivíduos de influenciar a formação da vontade do Estado.[ii]

Os direitos fundamentais possuem um grande valor que auxilia na sua proteção e efetivação judicial a partir de suas características. No Brasil, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata em razão do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. São também cláusulas pétreas devido o artigo 60, §4º, IV, da Carta Magna, e possuem hierarquia constitucional. Isso significa que eles não precisam de regulamentação para se efetivarem, não podem ser abolidos da Constituição nem por emenda constitucional e possuem alto grau de respeitabilidade em relação a leis.[ii]

Por essas razões foi proposto uma emenda constitucional no Brasil, nº17/2019, que visa inserir o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, passando a vigorar o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação:

> Art. 5º..... ..... XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

Para o autor da proposta, diversos países, inclusive o Brasil, adotaram leis que visavam garantir a proteção de dados pessoais pelos riscos à liberdade e garantia individuais do cidadão, mas mesmo assegurando a privacidade, há outro ponto a se considerar em razão das peculiaridades que é a autonomia valorativa, merecendo estar entre direitos constitucionalmente assegurado.[ii] Dessa forma, surge a questão se seria realmente necessário a inserção desse direito no rol dos direitos fundamentais.

Embora não expressamente inserido como direito fundamental, nas constituições portuguesas e espanholas há presente a proteção aos dados pessoais. Na Constituição portuguesa de 1978, o artigo 35 dispõe sobre a utilização da informática da seguinte forma: “1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados

informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei."[ii]. Percorrendo os sete incisos desse artigo, observa-se que a proteção constitucional informa que a lei conceituará os dados pessoais, as condições aplicáveis de tratamento automatizado, conexão, utilização e transmissão. Igualmente protege o acesso aos dados pessoais de terceiros, salvo casos excepcionais previstos na lei e informa que "7. Os dados pessoais constantes de ficheiro manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei."[ii]. Na Espanha, a Constituição assegura no artigo 18, inciso 4, que a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos.[ii]

Exemplos como esses demonstram que já em outros ordenamentos jurídicos há uma preocupação maior em relação à proteção aos dados pessoais tanto os presentes em meios físicos quanto nas vias digitais. Outrossim, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia encontra-se outro exemplo em que desde 2000 no artigo 8º[ii] encontra-se expresso a proteção ao direito da proteção dos dados pessoais, bem como seus valores defendidos, o processamento justo, com propósito específico e permitido por meio de consentimento dos titulares ou nos casos previstos em lei, garantindo ainda o direito de acessá-los e retificá-los a qualquer momento, e uma autoridade independente como agente fiscalizador.

Dessa forma, não basta apenas a proteção à privacidade, até porque existe diferença em se proteger esse direito e proteger os dados pessoais. Embora os dois sejam direitos de personalidade, sua origem, seu objeto, a esfera de proteção e a comunicação com outros direitos divergem. O direito à privacidade surge da necessidade de um local escondido do público, é um direito ao desenvolvimento individual à vista de ataques a esse círculo particular. O objeto da positivação da privacidade como norma constitucional visa defender a integridade moral, sua vida íntima e o sigilo de informações. Constitui-se, ainda, de um direito negativo, nem o Estado nem os indivíduos congêneres podem invadir a esfera da privacidade de uma pessoa. Já o direito à proteção dos dados pessoais vem após o direito à privacidade, porém de maneira independente. Sua origem se deve à sociedade da informação e aos bancos de dados que passaram a agregar valores monetários a esse tipo de conhecimento. O objetivo é cuidar de que não apenas garanta a possibilidade de sigilo, mas uma forma especial de cuidado aos dados já coletados e tratados. Mostra-se uma forma de ação positiva por parte do Estado bem como daqueles que detêm em mãos os dados pessoais de terceiros.[ii] É assim um direito autônomo, como demonstrado no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF contra a Medida Provisória 954 de 2020 que versa sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Nessa ação, a Relatora Senhora Ministra Rosa Weber, a fim de resguardar informações como nomes, números de telefones e endereços, não se referiu ao art. 5º da Constituição Federal do Brasil que assegura a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, mas apresentou o direito fundamental autônomo da proteção de dados:

> Nessa linha, afirma que se pode extrair do texto constitucional, em particular das garantias expressas de proteção à dignidade da pessoa humana, à privacidade, à intimidade e ao sigilo dos

> dados pessoais, uma “tutela constitucional do direito à autodeterminação informativa”. Afirmando assegurada, na Constituição da República, “uma tutela autônoma aos dados pessoais e não apenas ao conteúdo das comunicações” [...] Nesse contexto, assevera constituir dever de um Estado democrático de direito garantir, em face da realidade tecnológica, “adequada e efetiva proteção dos cidadãos, da sua privacidade e da autodeterminação em relação aos seus dados pessoais.”. [ii]

Dessa forma, estando constitucionalmente previsto a proteção aos dados pessoais ocorre a chamada algema constitucional que impede a modificação no sentido de excluir tal direito com a cláusula pétrea ou cláusula de eternidade aos direitos fundamentais que, segundo Uadi Lammêgo Bulos, é “aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição.”[ii]. Nesse sentido, a nova realidade vivida precisa refletir na Constituição, necessitando a proteção aos dados pessoais estar entre os direitos fundamentais para um respaldo efetivo e contínuo.

Porém, para alguns juristas a inserção no texto da Constituição não se justifica. Por exemplo, no Brasil e em Portugal a dignidade da pessoa humana não está elencada no rol dos direitos fundamentais, mas isso não impede que ela seja tutelada. É vista como norteador de qualquer direito e caminho na busca de justiça social, além do mais, existem outros direitos que presentes no ordenamento jurídico fazem assim a resguarda esperada. Dessa forma os dados pessoais possuem proteção em outros direitos positivados na Constituição. Para Anderson Schreiber:

> A Constituição não é um espaço de afirmação de todas as pautas jurídicas do nosso tempo, mas sim um repositório dos valores fundamentais da sociedade brasileira. Alterar o texto constitucional é algo que deve ser feito com extrema cautela, e apenas em caso de real necessidade à luz do panorama doutrinário e jurisprudencial. Não é o caso da proteção dos dados pessoais, especialmente neste momento em que o tema vem de encontrar proteção adequada por meio da legislação ordinária.[ii]

Assim, seria apenas um enfeite a inserção do direito à proteção dos dados pessoais como direito fundamental, o rol estabelecido no artigo 5º da Constituição brasileira não é taxativo, pode-se encontrar direitos fundamentais entre outras normas do ordenamento jurídico, bem como tratados internacionais. Conforme o autor, esse caminho é perigoso uma vez que já existem leis ordinárias que extraem a proteção decorrente do direito à privacidade e também da própria cláusula da dignidade da pessoa humana amparado normativamente em vários países, incluindo o Brasil. Emendar a Constituição para uniformizar entendimentos jurisprudenciais não deveria ser tarefa do constituinte derivado. Segundo os tribunais superiores:

> Os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por

> bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e encontram guarida constitucional no art. 5º, X, da Carta Magna, que deve ser aplicado nas relações entre particulares por força de sua eficácia horizontal e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.[ii]

Outrossim, pensar que tudo estaria resolvido se constasse na Constituição não se mostra um argumento válido. Como Catarina Botelho[ii] explica, no século passado, Rogério Ehrhardt Soares advertiu sobre a "ideia mágica da constituição" e a "psicose coletiva constitucional" em que se compelia à Constituição cometimento de modo que esses ultrapassassem as forças provenientes dela. Ou seja, seria como a ideia de Santo Graal da Constituição, mas que não passa de tentativas falhas de se capturar os princípios imutáveis e essenciais que rege todos os indivíduos na sociedade. É preciso que a matéria estabelecida constitucionalmente seja realmente de cunho essencial. Segundo o princípio da essencialidade só se deve estar na Carta Magna o que for fundamental à harmonia social, não é todo momento que inescusável seja a modificação.

Assim, para se estar na Constituição como direitos fundamentais, primeiramente, as matérias devem ser as de cunho geral para que se consiga proteger e abranger qualquer infortúnio que porventura venha a se instaurar. Em um sentido político, para Carl Schmitt, matéria da Constituição apenas seria decisão política fundamental, como direitos fundamentais, organização, exercício, competência e separação dos poderes: "A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política."[ii], as demais matérias seriam apenas Leis Constitucionais. Desse modo, o cuidado para com os temas da Constituição é imprescindível para que não acabe por se estender e se tornar prolixa.

Existe igualmente outras maneiras para se proteger os dados pessoais na via constitucional, por exemplo, por meio de interpretação constitucional. Segundo Catarina Botelho, esse caminho "[...] oferece algumas particularidades quando comparada com a interpretação das demais normas ordinárias, porquanto as normas constitucionais têm uma maior densidade normativa, são rígidas e tendem a ser configuradas com elevados níveis de abstração."[ii].

Ademais, a Constituição brasileira é viva, ela consegue percorrer as gerações sem precisar de profunda modificação, nela se encontram as cláusulas aberta de constitucionalidade. Tem-se assim a possibilidade de se interpretar a Constituição de forma evolutiva, de forma que, com o decorrer do tempo, o conteúdo presente nela seja enxergado e interpretado de modos diversos conforme as mudanças ocorridas na sociedade. "Por isso, o conceito de *Living Constitution*, pelo qual a Constituição deve ser interpretada como um sistema vivo, com disposições abertas a novos significados, e não como um parâmetro estático."[ii]. Sendo assim, não haveria necessidade e nem explicação razoável de se colocar entre os direitos fundamentais a proteção aos dados pessoais, uma vez que se encontram positivados constitucionalmente outros direitos que tutelam essa carestia atual.

No entanto, Gabriela Machado Vergili discorrendo sobre Danilo Doneda articula que mesmo que

> [...] exista na Constituição Federal o direito à privacidade, este não possui o mesmo alcance do direito à proteção de dados pessoais. Embora este último trate de questões de privacidade, são atingidos também o direito à igualdade, a liberdade (enfatizada a liberdade de escolha) e o direito à não discriminação.[ii]

Stefano Rodotà[ii], no livro A vida na sociedade da vigilância, refere-se ao direito fundamental à proteção de dados pessoais como não sendo uma discussão ociosa. Enquanto o respeito a vida privada por meio do direito à privacidade diz respeito a um componente individual, a proteção aos dados pessoais constitui em processamento de informações pessoais e legitimidade de medidas necessárias à sua promoção.

> Estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados – não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental autônomo, mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio.[ii]

Como direito de extensão do corpo físico ao digital, já que os dados pessoais moldam uma pessoa, constitucionalmente garantido, amenizaria os constantes ataques cibernéticos que ocorrem todos os dias. Em 2020, por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro foi alvo de *hacker*. O sistema de tecnologia da informação da Corte sofreu ataque durante as sessões de julgamento dos colegiados das seis turmas, o que só com o direito à privacidade não sustentaria a proteção a todo arcabouço de informações pessoais atacado nas dependências dessa Corte que possuía o papel de vigilante, visto que não se trata de apenas ocultar aos olhos alheios os dados, mas sim de protegê-los contra tentativas de sequestro, roubo ou manipulação.[ii]

Outrossim, com previsão legal, a proteção de dados pessoais, em regra, não pode ser limitada em razão de outros direitos fundamentais presentes na Constituição Federal. Sem trazer ao debate a questão de normas em mesmo grau de hierarquia que poderia ser resolvido pelo princípio da concordância prática ou harmonização, caso continue a proteção aos dados pessoais com segurança em forma de lei ordinária, direitos constitucionalmente previstos tem a possibilidade de minar a garantia de proteção dos dados pessoais. Por exemplo, empresas que tenham como mercadoria os dados pessoais ou as utilize para fins econômicos poderiam utilizar a norma constitucional de fundamento da livre iniciativa e superar, em parte, os mandamentos da legislação de proteção de dados pessoais, que segundo a pirâmide de Han Kelsen é totalmente possível, haja vista que leis estão subordinadas ao mandamento constitucional.

A total proteção aos dados pessoais parece utopia, mas a cada momento se mostra necessário o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, haja vista que os indivíduos estão se tornando transparentes e uma vez no sistema digital é quase

impossível saber onde seus dados estão e como estão sendo tratados. Apenas a legislação não assegura a salvaguarda da onda tecnológica e da coleta de informações mercantilizada. É preciso uma nova dimensão dos direitos humanos positivados.

> O direito à proteção de dados tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade. Isto significa que certas categorias de dados, especialmente os de natureza médica e genética, não podem ser utilizados para fins negociais.[ii]

Por fim, como David A. Strauss explica: "[...] uma Constituição imutável não serviria aos seus reais propósitos. Ela seria ignorada ou, pior, seria um entrave que afastaria a sociedade americana do progresso e a privaria de seu desenvolvimento."[ii]. Assim, para que se acompanhe o desenvolver econômico, social e cultural da sociedade é preciso modificações, podendo até para tanto ter procedimentos rígidos, mas que em certa forma apresente maleabilidade para se evoluir.

Sendo assim, a proteção de dados pessoais como direito fundamental mostra-se relevante. Por ser um direito natural decorrente do próprio homem e sendo positivado com status de direito fundamental asseguraria não só para esta geração, como também para as próximas, um direito cada vez mais mitigado. Muito além do pensamento de governança por pensamentos e anseios da geração passada, a modificação constitucional traria para a atual geração a proteção necessária que apenas em lei ordinária não se efetivaria. Com essa roupagem seria muito difícil a violação ao direito à autodeterminação informativa, ainda que outros dispositivos a amparassem parcialmente no meio digital atual em que vivemos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente utilização de dados pessoais com valor econômico e transnacionalismo mercadológico trouxe para o cenário jurídico preocupações no sentido de proteção ao tema das informações pessoais. Seguindo a onda do mundo de se resguardar mediante lei essa matéria, outra possível solução seria a inserção dos dados pessoais como um direito fundamental.

Para ser considerado direito fundamental é preciso passar por alguns critérios como historicidade, necessidade social e positivação do direito humano em Constituição. Porém, nem tudo é bom e agradável estar contido na Constituição Federal. Como Carl Schmitt assevera, há matérias específicas para estar dentro de uma Constituição, as demais são apenas Leis Constitucionais.

Assim, a proposta brasileira de emenda à Constituição trouxe ao debate jurídico reflexão acerca do que se pode, ou se deve, constar nela. Como se trata de uma Constituição viva, a interpretação à vista de novos tempos pode ser uma saída para novas tutelas que necessitam de proteção, uma vez que quase tudo já está resguardado nessa norma e nem tudo deve ser previsto nesse meio, pois não se trata de uma fórmula mágica onde tudo se resolve por estar constitucionalmente previsto.

Entretanto, com o meio digital, a proteção aos dados pessoais mostra-se hodiernamente imprescindível pela necessidade de não apenas salvaguardar a privacidade, mas como axioma de ser os dados pessoais extensão da própria pessoa, ou

seja, protegendo suas informações se está na verdade protegendo a autêntica pessoa. Assim, necessário pode ser a previsão como direito fundamental na Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCANTARA, Larissa Kakizaki. *Big data e internet das coisas*: desafios da privacidade e da proteção de dados no direito digital. São Paulo, 2017. Livro digital.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BOTELHO, Catarina Santos. Mude-se a Constituição! (I). In: *Observador*. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/mude-se-a-constituicao-i/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6837. Medida Provisória 954/2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora: Min. Rosa Weber, 24 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf.>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTI, Francisco. *Como nasce o direito*. Tradução Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwir9d_Umd7xAhUCq5UCHSZ3AJsQFjAAegQIBBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fcharter%2Fpdf%2Ftext_pt.pdf&usg=AOvVaw0Yi-nkQFOCx_XAATaijgRx>. Acesso em 12 jul. 2021.

Constituição Espanhola. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjXptaAoabvAhW-HrkGHWJdC-oQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fwww.tribunalconstitucional.es%2Fes%2Ftribunal%2Fnormativa%2FNormativa%2FCEportugu%25C3%25A9s.pdf&usg=AOvVaw0tW-yJMmFhznLkN9t6kJfS> . Acesso em: 10 mar. 2021.

Constituição Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art186>. Acesso em: 10 mar. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão.* Campinas, SP, ed. Millennium, 2011.

HIRATA, Alessandro; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. 39 dias após o ataque cibernético ao STJ: reflexões e desafios. In: *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/337701/39-dias-apos-o-ataque-cibernetico-ao-stj--reflexoes-e-desafios>. Acesso em: 11 mar. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1987.

LIMA, Christina Aires Correa. Análise jurídica da inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais. In: *Atuação Jurídica*. Disponível em:

<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/atuacao-juridica/boletim/7-edicao/protecao-dados/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17 ed., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro digital.

RIBAS VIEIRA, J.; LUNA DE CARVALHO, C.; CESAR DA SILVA ANDRADE, M. (2019). A constituição brasileira está viva? Living constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas. *Revista Da Faculdade De Direito Da UFG*, *42*(2), 48–75. Disponível em: <https://doi.org/10.5216/rfd.v42i2.49168>. Acesso em: 09 de jul. 2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* – a privacidade hoje. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda, Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución***. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932.

SCHREIBER, Anderson. Pec 17/19: Uma análise crítica. In: *GenJurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. In: ***Revista Jus Navigandi,*** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2566>. Acesso em: 25 jun. 2021.

STJ, EDcl no REsp 1.630.659, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661802805/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1630659-df-2016-0263672-7/inteiro-teor-661802815>. Acesso em: 10 mar. 2021.

STRAUSS, David A. *The Living Constitution.* New York: Oxford University Press, 2010.

VERGILI. Gabriela Machado. Análise comparativa entre direito à privacidade e direito à proteção de dados pessoais e relação com o regime de dados públicos previsto na Lei Geral de Proteção de Dados. In: *Data Privacy BR*. Disponível em: <https://dataprivacy.com.br/analise-comparativa-entre-direito-a-privacidade-e-direito-a-protecao-de-dados-pessoais-e-relacao-com-o-regime-de-dados-publicos-previsto-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-2/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

CAPÍTULO 53

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: ASPECTOS JURÍDICOS

Olivia Zacho Pacheco

1. Introdução

Desde que o mundo é mundo, a filiação socioafetiva está entranhada ao ser humano.

Conta o antigo testamento que Moisés foi colocado por seus pais em um cesto, no leito do rio Nilo, e encontrado pela filha do Faraó; desde então o menino foi criado como príncipe no Egito.

Na mesma esteira, o novo testamento traz a história de que José assumiu o filho de Maria como se seu fosse. Em Mateus, 1:20, José inclusive sonhou com um anjo que lhe dizia para assumir Maria e a criança.

Na Babilônia, o Código de Hamurabi disciplinava a adoção em oito artigos, e o instituto era tão valorado que a conjunto de regras previa severas punições para aqueles que desafiassem a autoridade do até então pátrio poder.

Em parte, por influência da Igreja, a adoção acabou caindo em desuso na idade média, ressurgindo apenas com a edição do Código Napoleônico, em 1.804, na França.

Afeto, segundo o dicionário, substantivo masculino, é sentimento terno de afeição. A filiação socioafetiva oriunda da palavra afeto, quando não há entre as partes o vínculo sanguíneo, todavia o sentimento é o que as une, em um laço tão forte quanto o de sangue.

Filiação socioafetiva é o reconhecimento jurídico da maternidade, paternidade, ou ainda ambas, com base no afeto; quando um homem ou uma mulher cria um filho como seu, ainda que não seja pai ou mãe biológica deste.

Ainda que a conduta seja inerente à história do ser humano, não há previsão legislativa no Direito brasileiro. O reconhecimento é amparado pelas previsões doutrinárias e jurisprudenciais já existentes.

2. Materiais e métodos

Este trabalho tem como objetivo o estudo do instituto da Filiação Socioafetiva e seus aspectos jurídicos. Sua construção foi realizada através de revisão bibliográfica, pesquisas e consultas à julgados dos diversos Tribunais, constantes ao longo do território nacional.

3. Discussão

Filiação, segundo o Direito brasileiro, constitui o vínculo entre filhos e pais. Da análise do parentesco, a filiação pode ser classificada como uma ligação sanguínea, em linha reta de primeiro grau entre determinados indivíduos.

O Código Civil de 1916 previa tão somente a filiação consanguínea, e os filhos oriundos de uma relação extramatrimonial eram considerados ilegítimos, não recebendo a mesma proteção jurídica que os filhos legítimos.

Com o advento do Código Civil de 2002, passou a incorporar o parentesco os filhos nascidos fora do casamento, ou seja, a legislação passou a considerar a filiação natural ou civil, pela consanguinidade ou adoção, todavia, repleto de distinções quanto ao reconhecimento da filiação, não tratando os filhos de maneira isonômica.

Atualmente, compreende-se que o direito à filiação ultrapassa qualquer vínculo matrimonial e sanguíneo existente, e o reconhecimento da filiação não poderia ser prejudicado pelo casamento, ora indissolúvel. Assim, filhos oriundos ou não de um casamento, possuem direito ao trato isonômico e reconhecimento legal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata, em seu artigo 17, dos direitos à liberdade, respeito e dignidade.

> *O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.*[ii]

Ensina Francismar Lamenza:

> *De forma mais ampla, há o direito ao respeito da criança e do adolescente (art. 17 da Lei n. 8.069/90), que abrange o direito de preservação da identidade. Este, por sua vez, agrega o direito a ter um pai e uma mãe, de ter um nome e ostentar perante a comunidade e de ser reconhecido como pertencente a este ou aquele grupo familiar.*[ii]

Neste sentido, é cediço afirmar que tais direitos, sejam de ordem física, psíquica ou moral, são determinantes para o desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente. A filiação é a forma mais íntegra da identidade do ser humano, razão pela qual deve ser preservada e amparada pela legislação.

O direito à integridade moral engloba, em suma, diversos aspectos do direito à personalidade; no caso em tela, o direito à imagem e à identidade pessoal, familiar e social.

Ensina Wilson Donizeti Liberatti, em uma de suas obras:

> *Vale dizer que esses direitos são valores intrínsecos que asseguram as condições que determinam o desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil, e sem os quais o ser "frágil" tem frustrada sua evolução.*[ii]

Todavia, nem sempre a filiação é oriunda de relações sexuais entre dois indivíduos, um do sexo masculino e um do sexo feminino.

As relações atuais preveem, cada vez mais frequentemente, as diversas formas de parentesco, ou a chamada multiparentalidade. Assim surgiu a filiação

socioafetiva. Nascida de um fato social, sendo este, atualmente, os múltiplos formatos de família existentes.

Em suma, o instituto se define pelo reconhecimento jurídico da maternidade, paternidade, ou ainda ambas, com base no afeto; quando um homem ou uma mulher cria um filho como seu, ainda que não seja pai ou mãe biológica deste; constitui-se pela convivência de um adulto com uma criança ou adolescente sem vínculo sanguíneo, sendo assemelhado à figura materna ou paterna através da relação social e emocional. Destaca-se que, diferentemente do instituto da adoção, a filiação socioafetiva não nasce da perda do poder familiar em relação à família biológica.

Ensina Silvio de Salvo Venosa:

> *O afeto, com ou sem vínculos biológicos, deve ser sempre o prisma mais amplo da família, longe da velha asfixia do sistema patriarcal do passado, sempre em prol da dignidade humana. Sabido é que os sistemas legais do passado não tinham compromisso com o afeto e com a felicidade.*[ii]

O advento da Constituição de 1988 trouxe, mais especificamente em seu artigo 227, § 6º, finda-se a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, utilizando como base, para o reconhecimento à filiação, a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, deve-se considerar a filiação socioafetiva.

Em que pese ainda exista lacuna legislativa, cabe ao Poder Judiciário conceder a prestação jurisdicional ao caso concreto pois, assim como a filiação natural, é um direito da personalidade, caracterizando a identidade do indivíduo.

3.1. Do reconhecimento da filiação socioafetiva

Para reconhecimento da filiação socioafetiva, além do vínculo afetivo, é necessária a existência de elemento determinante, a posse de estado de filho.

Trata o Enunciado 519 do Conselho da Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil:

> *Enunciado nº 519: Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.* [ii]

A posse do estado de filho ocorre quando, não existindo vínculo biológico ou legal, o adulto ensina, educa, instrui e alimenta a criança ou adolescente como se seu filho fosse. Importante destacar que, para o reconhecimento da posse do estado de filho, essa relação deve ser pública.

3.2. Do uso do nome

Reconhecida a filiação socioafetiva, cumpre destacar os aspectos jurídicos que esta reflete.

Destaca-se que o nome, em amplo aspecto, é um direito essencial da personalidade; não deve o nome apenas ser compreendido como uma forma de identidade social, mas também como personalidade da pessoa natural. Neste sentido, caberá, quando do reconhecimento da filiação, a inserção do nome do pai ou mãe afetivo no registro civil.

3.3. Do direito à multiparentalidade

Neste sentido, ressalta-se o direito à multiparentalidade. Admite-se o reconhecimento de mais de um pai ou mãe, biológicos e afetivos, inclusive fazendo-se constar nos assentos de nascimento o nome do pai ou da mãe, ou de ambos, afetivos, sem afastar os pais biológicos. Por ser direito da personalidade, destaca-se que tal reconhecimento é irrenunciável, salvo se oriundo de vício.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 SP:

> *EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA.* ***MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE****. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. [...]*
>
> *3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. [...]*

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), ***além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas*** *(art. 227, § 6º). [...]*

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a ***parentalidade pode se manifestar, a saber****: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii)* ***pela afetividade.*** *[...]*

*12****. A afetividade enquanto critério****, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça,* ***reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental****, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).*

13. ***A paternidade responsável,*** *enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal,* ***tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos****. [...]*

15. ***Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade****, por isso que* ***merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana*** *(art. 1º, III) e da* ***paternidade responsável*** *(art. 226, § 7º).*

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: ***"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais*** [ii]

A multiparentalidade, oriunda do fato social de existência de múltiplos formatos familiares, é tendência como novo modelo de arranjo familiar. É a junção

familiar composta pelos filhos do marido, filhos da mulher, oriundos de outros casamentos, e filhos em comum. Da convivência entre enteados e padrasto e madrasta nascem os conhecidos pais afetivos.

Nesta toada, há que se considerar a igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas.

3.4. Das questões patrimoniais

Superadas as questões de reconhecimento, há que se ressaltar o impacto que o ato tem sobre as questões patrimoniais. Isto pois, uma vez que não há distinção entre os filhos, o reconhecimento da filiação socioafetiva surte efeitos jurídicos como um todo, seja na esfera pessoal, seja na esfera patrimonial, inclusive, no que diz respeito à alimentos e sucessão.

No que concerne aos alimentos, destaca-se o princípio da solidariedade entre os genitores e os filhos menores, decorrente do poder familiar, à luz do artigo 1.566 do Código Civil. Neste sentido, tanto pais biológicos quanto afetivos deverão assistir aos filhos.

Ademais, da mesma forma que os pais deverão assistir os filhos menores, os filhos maiores terão o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No que tange aos direitos sucessórios, em virtude do tratamento isonômico entre os filhos biológicos e socioafetivos, há que se considerar a conquista da qualidade de herdeiro legítimo e necessário do filho socioafetivo, pois este se equipara aos demais descendentes na linha reta, independentemente da origem filial.

4. Considerações Finais

Como pôde-se observar, a filiação socioafetiva é oriunda do fato social da existência de múltiplos formatos familiares, tendência como novo modelo familiar, composta pelas mais diversas formas de núcleo familiar, seja pelos filhos do marido, seja pelos filhos da mulher, oriundos de outros casamentos, ou ainda outras diversas formas de reconhecimento da filiação socioafetiva, decorrentes do afeto.

Neste sentido, o afeto surge como fonte basilar para as famílias contemporâneas, nas quais o carinho, o cuidado e o amor sobressaem-se ao simples vínculo biológico.

Sobreveio com a novo arranjo familiar a necessidade de estudo acerca de alguns dos direitos decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva, uma vez omisso o legislador, até então, neste sentido.

Por tais razões, cabe ao operador do direito a prática da interpretação extensiva da filiação natural e filiação legal, uma vez que os filhos socioafetivos possuem os mesmos direitos dos demais, vedada a forma de tratamento desigual.

Reconhecida a filiação socioafetiva, o filho terá direito ao nome, à multiparentalidade, caso seja objeto do caso concreto, à fixação de alimentos e à ordem sucessória, além de outros direitos decorrentes da filiação.

Enquanto não houver previsão legislativa, caberá ao Poder Judiciário, na figura do magistrado, conceder a prestação jurisdicional ao caso concreto pois, assim como a filiação natural, a filiação socioafetiva é um direito da personalidade,

característica da identidade de um indivíduo e, portanto, merecedora de proteção jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Chinellato, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado, Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. 4. Ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

LIBERATTI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 5. Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. v.5. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Conselho da Justiça Federal. **Enunciados**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 17 jul. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 898.060/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento 29/09/2016.

CAPÍTULO 54

A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DE DIREITO CONSTITUCIONAL NA EDUCAÇÃO BÁSICA

Paloma Trindade Motta de Melo Silva

INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta nos últimos anos uma crise democrática, sendo este um senso comum refletido nas manifestações populares, nas eleições populares, nas mídias sociais, na imprensa e confirmado por pesquisadores e cientistas políticos. Steven Levitsky, professor de Harvard e um dos autores do livro "Como as democracias morrem" afirmou em entrevista ao jornalista Fernando Jordão que o atual Presidente do Brasil Jair Bolsonaro se enquadra nos quatro indicadores de autoritarismo previstos em seu livro[ii].

Se formos honestos com a História do Brasil podemos afirmar que a instabilidade política é algo que nos acompanha desde os primórdios da nossa sociedade e sempre esteve presente no nosso país. Contudo, a história da humanidade nos confirma que em tempos de crise os seres humanos usam como forma de defesa o conservadorismo, presente em diferentes sociedade, com diferentes nomes, mas todos apresentam um modus operandi bem similar que é o de se apegar a tudo aquilo que é referência de solidez aquela sociedade e geralmente isto acaba sendo ligado a valores religiosos, uma vez que é comum que isso faça parte da base social e familiar da formação das pessoas.

O mesmo acontece em nossa sociedade, uma vez que, um elemento fortemente enraizado na nossa sociedade é a religião cristã. Ela fez parte da nossa colonização, interferiu e ainda interfere nos rumos políticos e nas legislações brasileiras, e está presente até os dias atuais nas decisões políticas brasileiras. Em contrapartida os valores democráticos trazidos por nossa Constituição são recentes na história brasileira, a nossa constituição vigente foi promulgada apenas em 1988 e grande parte dos brasileiros nem ao menos leram ou conhecem o texto constitucional[ii].

Desta forma, se quisermos fortalecer os valores democráticos e o texto constitucional precisamos difundir o conhecimento sobre o texto constitucional, os deveres e os direitos sociais ali presentes. É algo do senso comum ouvirmos que a sociedade brasileira não se indigna sobre os rumos políticos brasileiros e os recorrentes descumprimentos das normas constitucionais, mas a situação no mundo real é mais preocupante, conforme demonstrado pela pesquisa do Senado supracitada, a maior parte da nossa população nem ao menos conhece a nossa base legal, o que dirá as leis esparsas e os tratados constitucionais. Se levarmos em conta que os dados são de 2013 e que desde então o Brasil apresentou quedas nos rankings internacionais de educação[ii], somando isso aos danos que a pandemia e a falta de planejamento do governo brasileiro em educação causaram, podemos afirmar que se uma nova pesquisa fosse realizada é provável que o percentual de pessoas que não conhecem a Constituição deva ter aumentado.

Para que a população brasileira se importe e lute pela manutenção dos seus direitos sociais é imprescindível que ela conheça, ao menos, tenha uma base do que trata a Constituição Brasileira. No Brasil existem projetos que visam levar os conhecimentos Constitucionais para as escolas brasileiras, destaco aqui dois desses projetos: Projeto Constituição nas Escolas[ii] e o Projeto Direito nas escolas[ii]. E existem outros que poderiam ser citados aqui e que são profundamente importantes para aproximar a sociedade da sua Constituição, mas acredito que é necessária uma previsão do ensino do Direito Constitucional enquanto disciplina regular no ensino básico brasileiro.

1. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, POLÍTICA E RELIGIÃO

A Constituição Brasileira garante ao cidadão o direito de ser livre para escolher e exercer a sua fé ao prever a liberdade religiosa (artigo 5º, VI, CF/88), veda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam vínculos ou discriminem cultos religiosos (artigo 19, I, CF/88) e cria incentivos para diferentes cultos aos instituir isenção de impostos para os templos de qualquer culto (artigo 150, VI, b, CF/88). Além do já citado, o Brasil é signatário de diversas Convenções Internacionais que asseguram a liberdade religiosa como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e se apresenta também em legislações infraconstitucionais, inclusive no âmbito educacional básico.

Desta forma, busca o Estado Brasileiro um exercício democrático da fé e preserva as diferentes culturas e valores religiosos que formaram o nosso país. Além disso, o Estado Brasileiro é considerado um Estado Laico, uma vez que não determina uma religião oficial e apresenta mecanismos para assegurar o livre exercício da fé por diferentes matrizes religiosas.

Ao irmos da análise legal para embarcarmos numa análise político social percebemos o peso da religião no Brasil que se configura como um país majoritariamente cristão[ii]. O uso apenas desse argumento não invalida a laicidade do Estado que ao não assumir uma religião oficial estimula em sua Carta Magna uma convivência harmoniosa entre as diferentes religiões presentes em seu território. Contudo, o que vemos na prática é uma parcela significativa da população buscando uma confirmação de seus preceitos religiosos em instituições públicas, cobrando valores morais baseados em seu livro sagrado e excluindo dos debates democráticos uma grande parcela da população que não seguem os preceitos cristãos.

Na política, Candidatos incluíram em seus slogans frases que remetem a religião, incluíram em seus nomes de registro títulos religiosos[ii] e prometem uma gestão pública baseada em defesa e resgate “moral”. Com a crise democrática vivida pelo Brasil esse padrão se propagou em diferentes esferas do poder público.

A população brasileira se encontra em um ambiente de insegurança profissional, educacional, alimentar, enfim, uma insegurança nos seus direitos básicos e que ainda foi agravado pelo atual cenário pandêmico em que vivemos e pela má gestão

governamental da crise em todos os seus aspectos: sanitários, educacionais, econômicos.

Gilberto Gil diz em sua canção que *"Andá com fé eu vou/ Que a fé não costuma faiá"*. Em cenários caóticos é de senso comum que as pessoas se agarram em esperanças de salvação milagrosas e, em partes, é o cenário atual que se desenha na política brasileira, com isso, grande parte da população transferiu sua crença em Deus para políticos e partidos. Desta forma, essa parcela da população quer ver seus preceitos e ideologias refletidas nas instituições públicas e principalmente no ensino básico infantil, o que é uma grande ameaça a democracia brasileira.

2. AS DIRETRIZES EDUCACIONAIS SOBRE RELIGIÃO E VALORES DEMOCRÁTICOS

Na Lei Nº 9.394/96 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, temos em seu artigo 27, inciso I que:

> Art. 27. Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes:
> I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática;

Embora preveja que os valores de ordem democrática sejam observados como diretrizes para a confecção dos conteúdos curriculares, não há por parte do legislador uma preocupação de se prever a criação de uma disciplina que trabalhe durante os anos educacionais os valores que, em tese, regem o nosso país. Na prática esses valores acabam não sendo repassados para os alunos.

Enquanto que o ensino religioso de matrícula facultativa é previsto na lei supracitada e prevê que:

> Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)
>
> § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)
>
> § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

Ambas previsões se encontram na mesma lei, o destaque e a importância dado a eles já é visível na redação dos artigos e se torna ainda mais crítica no mundo real. Uma rápida consulta ao site do MEC podemos ver que amplas medidas foram tomadas para assegurar a presença do ensino religioso na educação básica[ii]. Infelizmente, não podemos dizer o mesmo do ensino dos valores de ordem democrática.

O principal aspecto problemático do ensino religioso não é a sua previsão legal, uma vez que se a legislação fosse cumprida a religião enquanto disciplina poderia ser uma forma de se ensinar a tolerância religiosa e como diferentes religiões podem coexistir no mesmo território. Contudo, a realidade se mostra bem diversa da vontade expressada pelo legislador em sua redação, já que na maioria das escolas brasileiras em que o ensino religioso é ofertado não se segue as previsões legais, por esse motivo, acaba sendo uma doutrinação cristã e, ao invés de promover o respeito à liberdade religiosa contribui para a formação da intolerância religiosa.

3. A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DE DIREITO CONSTITUCIONAL NAS ESCOLAS

Parece irreal a necessidade de defender o ensino de Direito Constitucional, e principalmente a Constituição Brasileira de 1988 nas escolas. Afinal, nossa Constituição que é apelidada de Constituição Cidadã apresenta em seu preâmbulo que:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.

Embora não tenha valor normativo, e os valores constitucionais estejam realmente no corpo da Constituição acredito que analisar esse preâmbulo nos permite entender a contradição de não ser ensinado nas escolas o Direito Constitucional. Ele afirma que foi instituído um Estado Democrático criado por representantes do povo, então como o povo que é detentor real do poder não o conhece?

Os artigos 21 e 26 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens destacam os importantes direitos que estão em pauta neste artigo. Eles afirmam que:

> Artigo 21
> 1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
> 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

> 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.
>
> Artigo 26
> 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
> 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Está nela assegurado ao homem participar dos rumos do seu país e o direito à instrução elementar, inclusive sobre os direitos do ser humano. Com os dados já apresentados sobre o baixo desempenho educacional brasileiro frente a outros países, podemos afirmar que o Brasil não cumpre os requisitos básicos da Declaração e da nossa Constituição.

Acontece que segunda a pesquisa anteriormente citada do Senado metade da população Brasileira não faz ideia de que essas regras não são cumpridas porque as desconhecem. Outro problema decorrente da ausência desse ensino nas escolas são as Fakes News que são um grande problema no Brasil e no mundo. Um exemplo recente foram as declarações do atual Presidente da República que afirma para a população que o Superior Tribunal Federal havia determinado que as ações diretas de combate a pandemia que precisavam ser desmentidas por páginas de verificação de fatos e pelos próprios ministros do STF. Se torna muito conveniente a um governante brasileiro declarações deste tipo que poderiam ser facilmente desmentidas se o estudo da Constituição fosse regulado nas escolas, as pessoas saberiam que ações de saúde pública são de competência concorrente entre os três poderes federativos previsto no artigo 24, inciso XII, da CF/88.

No âmbito educacional aprendemos que educação e sociedade caminham juntos. As mudanças sociais interferem nas salas de aulas e nas experiências que os próprios alunos levam dos aprendizados escolares que tiveram. Ana Lúcia Cardoso dos Santos no livro Didática, voltado para o ensino da pedagogia, afirma que:

> A Educação, do ponto de vista social, é a interferência que a sociedade, com o objetivo de se manter e se reproduzir, exerce no desenvolvimento dos indivíduos e dos grupos por meio de um conjunto de estruturas, influências processos, ações.
> .

.
.
Da mesma forma, por ocasião da Revolução Francesa, houve um cuidado com a "Educação para Todos", pois foi um momento de mudança na ordem social. Passava-se do Feudalismo para o Capitalismo. Foi preciso que a grande massa, na sua maioria constituída de servos, tornasse cidadãos para garantir a consolidação do Capitalismo.
Mas, ao mesmo tempo que a Educação tem a função de manter e reproduzir a sociedade, ela colabora com a sua transformação, pois vai permitindo que os indivíduos se desenvolvam e ampliem a capacidade de pensar e, individualmente ou em grupo, reflitam melhor sobre a realidade que os cerca e realizem modificações nessa mesma realidade. (2005, p.10 e 11)

Como bem pontua a escritora, não podemos pensar numa profunda mudança social sem o envolvimento da educação neste processo. Assim como foi necessário transformar servos em cidadãos, é necessário transformar a nossa sociedade fruto de ditaduras e representações indiretas, em plenos detentores de seus direitos.

Afirmar que nossa população é cidadã brasileira sem dar uma educação básica que permita a ela realmente assumir o seu papel de protagonista democrático é o mesmo que dar livros a uma criança sem ensiná-la a ler, pode ser que ela aprenda sozinha, mas a probabilidade é baixíssima ou que no fim ela interprete o livro como bem entender. Não existe democracia sem educação.

Desta forma, o primeiro passo para assegurar a nossa democracia é permitindo que ela seja ensinada para a população. E, no nosso cenário real, o melhor lugar para isso é nas escolas através da capacitação de profissionais para fazer esse ensino multidisciplinar.

4. PROJETOS DE LEI SOBRE A INCLUSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NAS ESCOLAS

Em 2015 o Senador Romário apresentou o Projeto de Lei do Senado de nº 70 que prevê a mudanças nos artigos 32 e 36 da Lei nº 9.394 que passariam a ter a seguinte redação:

"Art. 32.
.....
II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, do
exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores morais e
cívicos em que se fundamenta a sociedade;
.....
.....

§ 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, a
disciplina Constitucional, além de conteúdo que trate dos direitos das
crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de
julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção
e distribuição de material didático adequado.
.....
..” (NR)
“Art. 36.
.....
IV – serão incluídas a disciplina Constitucional, a Filosofia e a Sociologia
como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.
.....
..” (NR)

Nas justificativas do projeto de lei é ressaltado a necessidade de ensinar os estudantes “sobre seus direitos constitucionais, como cidadão e futuro eleitor, e, em contrapartida, aprenderem sobre seus deveres”. O texto foi analisado no Plenário e ainda no ano de 2015 foi remetido para a Câmara dos Deputados com muitas alterações e, infelizmente a versão final do projeto que foi remetido não faz referência expressa ao ensino de Direito Constitucional como disciplina e o torna às alterações muito similares ao já previsto no artigo 27 da Lei 9.349/96.

Na Câmara dos Deputados foi renomeado como Projeto de Lei nº 3380 de 2015, o projeto ainda se encontra em tramitação e durante os últimos anos foram apensados diferentes projetos de lei ao que foi encaminhado pelo Senado. No dia 15 de junho de 2021 a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania através do relator o Deputado Júlio Delgado apresentou o seu parecer sobre o projeto inicial enviado do Senado a Câmara, após o parecer da comissão com a correção dos projetos, foram devolvidos para a Câmara e, neste momento, se encontra com o status de Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário.

Ainda que o Projeto de Lei supracitado seja aprovado não haverá a inclusão da disciplina de Direito Constitucional como previsto no modelo inicial e demonstra a resistência parlamentar na inclusão desta disciplina no currículo nacional, uma vez que nos projetos apensados também não existiam referências ao tema. Embora um maior conhecimento populacional da Constituição seja urgente, não há indícios de que a mudança virá por meio dos nossos governantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme amplamente debatido no texto, embora seja um Estado Laico é inegável a presença da religião na sociedade, na política e na legislação brasileira. Isso não precisa ser algo negativo, mas democracias são baseadas na defesa de direitos das minorias e aos termos o silenciamento e agressão das demais religiões pela dominante no país, temos uma crise que abala a nossa democracia. Além de descumprir as normas nacionais e internacionais de Direito Constitucional.

O Direito à Educação tem um histórico triste de descaso público e por vezes estudiosos do tema apontam que isso não é casual ou por falta de conhecimento das falhas na prestação do serviço, mas sim um projeto de governo que permite a manutenção dos interessantes e privilégios da pequena e influente elite brasileira. Nesse jogo de poder, quanto menos o seu adversário conhecer as regras do jogo, menor é a concorrência e os problemas que ele te gera. Ao negarem a implementação do ensino de Direito Constitucional nas escolas enquanto disciplina regular, os representantes do povo contribuem para o enfraquecimento da nossa democracia e o afastamento da população de seus direitos.

O ensino regular de Direito Constitucional permite que a sociedade tenha acesso aos seus direitos e deveres e assim possamos construir, finalmente, uma sociedade realmente baseada nos valores sociais e democráticos previstos na Constituição Federal Brasileira. Somente a educação é capaz de mudar um país, e, embora os projetos existentes hoje sejam de profunda importância do conhecimento populacional da nossa Carta Magna, não são capazes de assegurar uma base nacional que se mostra necessária à manutenção da nossa democracia.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito em que a sua população não conhece seus valores, seus direitos e é impedida por seus próprios governantes de ter acesso ao que é seu por direitos e a uma educação digna que permita a população cuidar do que é seu. Não adianta discursos de que a população tem que estar mais presente nos rumos do país se eles não possuem noções básicas de direito. Ninguém luta para não perder algo que nem sabe que era seu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Natália. *#Verificamos: É falso que STF afastou Bolsonaro do controle de ações estratégicas contra pandemia de Covid-19*. Folha de S.Paulo, Rio de Janeiro, 01 de jul. de 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2020/07/01/verificamos-stf-bolsonaro-covid/>. Acesso em: 30 de jul. de 2021.

BALLOUSSIER, Anna Virginia. *Cara típica do evangélico brasileiro é feminina e negra, aponta Datafolha*. Folha de S.Paulo, São Paulo, 13 de jan. de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/cara-tipica-do-evangelico-brasileiro-e-feminina-e-negra-aponta-datafolha.shtml>. Acesso em: 10 de jul. de 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.>.Acesso em: 15 de jul. de 2021.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB*. 9394/1996.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm>.Acesso em: 15 de jul. de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3380 de 2015*. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2024319>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. DATASENADO. *25 anos da Constituição*. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/brasileiros-reconhecem-importancia-da-constituicao-cidada>. Acesso em: 20 de jul. de 2021.

BRASIL. Senado federal. *Projeto de Lei do Senado nº 70 de 2015*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4542639&disposition=inline>. Acesso em: 15 jul. 2021.

JORDÃO, Fernando. *Autor de 'Como as democracias morrem': ''Bolsonaro é um risco, mas é fraco*'. Correio Braziliense, Brasil, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/26/interna_politica,858455/autor-de-como-as-democracias-morrem-bolsonaro-e-um-risco-mas-e-fraco.shtml>. Acesso em: 30 de jul. de 2021.

MAIA,Rodrigo; HERÉDIA,Thais; COELHO, Larissa. *Educação brasileira está em último lugar em ranking de competitividade.* CNN BRASIL, São Paulo, 17 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/06/17/educacao-brasileira-esta-em-ultimo-lugar-em-ranking-de-competitividade>. Acesso em: 30 de jul. de 2021.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*. Disponível em : <http:/www.onu-brasil.org.br/documentos direitos humanos.php.>. Acesso em: 10 de jul. de 2021.

SANTOS, Ana Lúcia Cardoso dos. *Didática v.1* - 2. ed. - Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2005.

VASCONCELLOS, Fábio. *Mais de 8,7 mil candidatos adotam títulos religiosos no nome de urna*. G1, Brasil, 01 de out. de 2020. Disponível em: < https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/eleicao-em-numeros/noticia/2020/10/01/mais-de-87-mil-candidatos-adotam-titulos-religiosos-no-nome-de-urna.ghtml>. Acesso em: 10 de jul. de 2021.

CAPÍTULO 55

BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS FENÔMENOS DOS CONTITUCIONALISMOS "ABUSIVO" E "TEOCRÁTICO" NO BRASIL, SOB UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E TEOLÓGICA

Rodrigo Aparecido Garcia

1. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

O "constitucionalismo abusivo" é um dos fenômenos mais pungentes do Direito Constitucional Contemporâneo e, embora recente em sua atual concepção, tem raízes tão antigas como a demagogia, enquanto degeneração da democracia, ou seja, mau governo do povo, corrompido por governantes voltados aos próprios interesses, em detrimento do bem comum, segundo a lição de Aristóteles[ii].

Não é novo, tampouco incomum, o risco de que pessoas investidas de poder se vejam tentadas a lançar mão de recursos de que dispõem para o bem comum, a fim de patrocinar seus próprios interesses e consolidar sua permanência no poder, evocando ideias que seduzem e conduzem seus constituintes. A manipulação do apoio popular e a manipulação de órgãos de controle vem se revelando mais eficaz do que as armas.

Eis um exemplo cristalino. Se era propósito de Júlio César governar Roma, o fato é que encontrou ao arrostar os aristocratas, vinte e três punhaladas[ii], enquanto seu sobrinho-neto, Otávio, soube manipular interesses, passando à história como primeiro imperador romano, sob o título de Augusto. Aprendeu não só a lição do tio-avô, aniquilado pelo mesmo propósito, como também de Sila que, décadas antes, valeu-se da força em suposta defesa da República, como bem ilustra Montesquieu[ii]:

> Sila, homem arrebatado, foi de maneira violenta que conduziu os romanos à liberdade; Augusto, tirano ardiloso, conduziu-os docemente à servidão. E enquanto, sob Sila, a República recobrava suas forças, todos clamavam contra a tirania; sob Augusto, a tirania se fortalecia, falava-se tão somente em liberdade.

Assim sucede com o "constitucionalismo abusivo", que se manifesta de forma insidiosa, amparado em pressupostos legítimos e valendo-se dos mecanismos da democracia, para miná-la. Aliás, assim o conceitua David Landau[ii], que identificou e nominou tal fenômeno como *"uso dos mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição constitucional - para minar a democracia"*.

1.1. Do Constitucionalismo Abusivo às Democracias Iliberais

Tal procedimento aliado a alterações infraconstitucionais que redesenham o Estado e a sociedade ao gosto do líder ocasional, enseja um modelo disforme de democracia que tem se multiplicado nos últimos tempos, as "Democracias Iliberais", como bem descreve Luís Roberto Barroso[ii], nas quais:

> [...] o processo de subversão democrática se deu pelas mãos de presidentes e primeiros-ministros devidamente eleitos pelo voto popular.
>
> Em seguida, paulatinamente, vêm as medidas que pavimentam o caminho para o autoritarismo: concentração de poderes no Executivo, perseguição a líderes de oposição, mudanças nas regras eleitorais, cerceamento da liberdade de expressão, novas

> constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas maiorias, esvaziamento ou *empacotamento* das cortes supremas com juízes submissos, entre outras. O grande problema com a construção dessas democracias *iliberais* é que cada tijolo, individualmente, é colocado sem violação direta à ordem vigente. O conjunto final, porém, resulta em supressão de liberdades e de eleições verdadeiramente livres e competitivas. Esse processo tem sido caracterizado como *legalismo autocrático*.

Um exemplo mais próximo consta em recente pronunciamento do referido ministro do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 622 /DF[ii], ao deferir em parte medida cautelar, ressaltou os riscos advindos do "constitucionalismo abusivo", consistente, no caso concreto, na mitigação da fiscalização feita pelo Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA, por destituição imotivada de membros no curso de seus mandatos. Descreve as atitudes de líderes que chegam ao poder pelo voto popular e, após, passam a modificar o ordenamento jurídico em interesse próprio:

> [...] O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo. (n. 13) [...] (STF, ADPF 622 MC / DF - Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 19/12/2019)

Observa o ministro que, embora não pareça haver tal risco no Brasil, ao menos de imediato, convém atentar a esses exemplos, e à necessidade de muita atenção das cortes constitucionais a alterações normativas nessa direção.

Tal entendimento se aplica também a atos políticos. Aliás, o mesmo ministro obstou, em decisão liminar, em sede do *Habeas Corpus* 184828 / DF[ii], ordem de retirada de diplomatas e funcionários venezuelanos no curso de pandemia, em razão de diferenças políticas que não têm espaço ante dos direitos fundamentais dos pacientes. Na ocasião, ressaltou que:

> [...] 36. Critérios puramente formais na interpretação da separação de Poderes, com indiferença às consequências que produzirão na realidade, já prevaleceram na jurisprudência em outros tempos. E, não por acaso, permitiram decisões como a que levou à entrega de Olga Benario à Alemanha nazista. A hipótese aqui se afigura menos dramática, mas a ideia subjacente é a mesma: onde há risco grave para os direitos

> fundamentais de quem quer que seja, aplica-se o princípio da precaução. Não há urgência ou emergência na retirada dos pacientes, sendo possível e razoável aguardar até o Congresso revogar o estado de calamidade pública e emergência sanitária que vivemos. 37. Em suma: a decisão do Estado brasileiro é válida e produzirá os seus efeitos tão logo cessem as razões de saúde pública que motivaram a suspensão temporária de sua eficácia. [...] (STF, HC 184828 MC / DF - Medida Cautelar no Habeas Corpus, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 16/05/2020)

1.2. Remédios contra o "Iliberalismo"

Para enfrentar essas tendências, juristas, a exemplo do próprio David Landau, apresentam algumas alternativas, bem sintetizadas pelo brilhante constitucionalista Flávio Martins[ii], a saber: a inserção na Constituição de "cláusulas de substituição", ou seja, um conjunto de regras sobre as hipóteses de alteração ou substituição da constituição, fixando critérios e limites; a atribuição da condição de "chanceladores" a cortes ou tribunais constitucionais, incumbindo-lhes definir a validade de nova constituição e, por fim, a implementação de "instrumentos internacionais" aptos a aptos a identificar e a sanar as rupturas constitucionais, tanto as mais violentas como aquelas mais dissimuladas, como um tribunal internacional.

São soluções viáveis e abalizadas, mas que, como admite o professor Flávio Martins encontram objeções, sobretudo quando se imagina que os agentes do "constitucionalismo abusivo" poderão invocar, para as duas primeiras hipóteses, o argumento de que a nova Constituição não se submete às normas da precedente, tampouco aos órgãos ali indicados. Quanto aos órgãos internacionais, useiros que são tais agentes da ideia de nacionalismo, poderiam alegar afronta à soberania.

Diante dessas circunstâncias, a alternativa que pode, não só assegurar o regime constitucional vigente de eventuais retrocessos e, eventualmente chancelar as soluções supracitadas, é recorrer ao titular do Poder Constituinte – o Povo. Somente ao lhe permitir compreender a riqueza e a imprescindibilidade da Constituição, seu principal destinatário poderá então amá-la e protegê-la.

Tal ideia, defendida pelo professor Flávio, é inspirada na lição de Konrad Hesse que, na obra "A Força Normativa da Constituição" atribui também ao Direito Constitucional a missão de inspirar e de fomentar no povo essa "vontade de constituição". Nas palavras de Hesse, *"compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa"*[ii].

Com base nessas premissas, é possível constatar que há muito trabalho a ser feito, ante os elementos embrionários do "constitucionalismo abusivo" que, por sua vez, parece revestir-se de elementos do denominado "constitucionalismo teocrático".

2. CONSTITUCIONALISMO TEOCRÁTICO

A noção de "constitucionalismo teocrático", advém da ideia de "teocracia", que é antiquíssima e encontra suas raízes na primeira fase do Direito Constitucional, atribuída ao povo hebreu e, portanto, às raízes teológicas de judeus, cristãos e islamitas (religiões abraâmicas). Sobre essa etapa ensina Karl Loewenstein[ii] que:

> [...] o primeiro povo que praticou o Constitucionalismo foram os hebreus. *Flavius Josephus* deu à forma de sua sociedade o termo

> 'teocracia' [...l. Nesse sistema, os detentores do poder na terra são meramente agentes ou representantes do poder divino. [...] O regime teocrático dos hebreus se caracterizou porque o dominador, em vez de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela Lei do Senhor, que submetia igualmente a governantes e governados.

Como ensina Flávio Martins, ao citar o mestre canadense Ran Hirschl, um dos principais estudiosos do fenômeno do "constitucionalismo teocrático" ou da "teocracia constitucional", este consiste na paradoxal tentativa de conciliar a ideia de um Deus Soberano com a de um povo soberano, e impor a primazia das leis religiosas perante o Estado e seus súditos, crentes ou não. Embora se destaquem incidências no oriente médio, tem-se observado um crescimento, mais recentemente, na América do Norte, onde fundamentalistas cristãos alcançaram maior influência política.

Ao contrário do regime teocrático puro, no qual coincidem as figuras do líder religioso e do líder político, tem-se aqui uma distinção entre essas personagens, mas há uma intensa e institucionalizada influência da religião na política e vice-versa. Quando tal influência se consolida, seguem presentes os elementos do constitucionalismo moderno, porém, há uma religião oficial do Estado e a doutrina religiosa se reflete no ordenamento jurídico, além de servir como chave hermenêutica e limite para as leis. Também há vinculação entre tribunais e organismos religiosos[ii].

Deforma-se, em nome da religião, a própria democracia. É obstada a cooperação social que, como ensinam Holmes e Sunstein, *"inclui a capacidade de manifestar um certo grau de tolerância e respeito mútuo"*[ii], e se impõe uma agenda que convém ao grupo mais numeroso e, em tese, mais forte. O líder já não age diretamente o líder, mas por via oblíqua, amparado nas crenças de seus apoiadores.

2.1. A Realidade Brasileira

No Brasil, não há que se falar em regime teocrático puro, tampouco na existência plena de um regime de teocracia constitucional. O Estado brasileiro, enquanto laico, não tem religião oficial, mas são preocupantes alguns sinais, ainda que embrionários, mas que aliados aos sintomas de constitucionalismo abusivo, parecem ganhar força. Afinal, se um modo de consolidar o poder consiste na manipulação de maiorias, é lógica a conclusão de que se podem atrair "maiorias religiosas", atendendo a alguns de seus anseios, em detrimento de "minorias religiosas", ou quaisquer grupos que possam ser classificados como opostos àquelas maiorias ou à interpretação que fazem da fé (geralmente vinculada ao alinhamento político), em verdadeiro desserviço à Democracia e à liberdade de crença.

As referências à religião na Constituição Federal de 1988 são bastante específicas. No preâmbulo, consta que Lei Maior é promulgada *"sob a proteção de Deus"*, mas é pacífico que não possui força normativa[ii]. Ademais, a liberdade de consciência e de crença, sem a indicação de religião oficial, e em consonância com a igualdade substancial, é consagrada ao longo de seus dispositivos.

Da Lei Maior se depreende o grande empenho do Estado Brasileiro em se colocar como um Estado laico (não-confessional), ou seja, sem religião oficial, mas não por isso antirreligioso. Nela são asseguradas a liberdade de consciência e de crença, ou mesmo de descrença e se reconhece a relevância da religiosidade para muitos de seus cidadãos, por meio da proteção aos locais de culto, aos ritos e à própria assistência religiosa. Também, para proteger a dedicação às convicções, não só religiosas, como

também políticas e filosóficas, é prevista a possibilidade de recusa ao cumprimento de determinadas obrigações, incluindo o serviço miliar, desde que se disponha o recusante a cumprir obrigação alternativa. Assegura aos eclesiásticos isenção do serviço militar obrigatório, mediante cumprimento de outros encargos. Constitui o ensino religioso disciplina regular nas escolas públicas de ensino fundamental, o que propicia maior acessibilidade aos que o almejam, sem prejuízo da previsão de sua facultatividade. Atribui efeitos civis ao casamento religioso, atendidas às disposições legais e reconhece, em particular, as crenças e tradições dos primeiros brasileiros, os indígenas[ii].

Tais disposições ratificam, a um só tempo, a independência entre religiões e Estado e a necessidade de respeito mútuo, entre tais instituições, pois impõe àquelas a observância das normas fundamentais deste, sem prejuízo da ponderação de valores em relação a outros direitos, em casos específicos.

Nada impede, porém, que em direção a objetivos comuns, haja conjugação de esforços entre Estado e Igreja. Nesse aspecto, a relevância do art. 19, I da Constituição Federal que, como ensina Flávio Martins, reflete a laicidade do Estado, ao indicar *"o distanciamento entre Estado e Igreja"*[ii] e, concomitantemente, possibilita alianças visando ao "interesse público", que coincide com o objetivo de promover o bem de todos, nos termos do art. 3º, IV da Lei Maior, ou seja, não se admitem alianças que inviabilizem a própria liberdade de crença, conforme lição de Paulo Gonet[ii]. De fato, tanto a vedação a preconceitos e discriminações, como a exceção à atuação das igrejas na promoção do bem de todos são expressas no referido artigo que contempla valores não só acolhidos pelo cristianismo, como com também por muitos credos e também por muitas pessoas que não creem:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos da lei.

A defesa desses objetivos também se impõe às igrejas atuantes no país, seja pela perspectiva de que os que assim procedem buscam algo além desta existência, seja porque a prática do bem, na maioria dos credos, coincide com os anseios dos "entes divinos ou superiores", seja ainda porque a prática desse mister não causa mal àqueles que não creem. Certamente, os valores morais, filosóficos, éticos e religiosos dos constituintes e do povo brasileiro – em toda diversidade – influíram em tais objetivos, e incrustaram, sob a forma do art. 3º, uma das joias mais preciosas da Constituição. Enfim, a liberdade religiosa e a interação entre Igreja e Estado devem ser positivas, para somar e multiplicar, jamais dividir ou subtrair. Há um trinômio que não poderia ser esquecido: tolerância – união – cooperação. É com base nele que Holmes e Sunstein[ii] definem a liberdade de consciência [e de crença]:

> É possível e útil examinar a liberdade religiosa de acordo com essa abordagem. A liberdade de consciência é um direito liberal clássico dotado de muitas justificativas abstratas ou filosóficas e surgiu em grande medida como resultado de um processo de negociação entre grupos sociais particulares que visavam

> assegurar uma união política interdenominacional, a tolerância mútua e a cooperação social.

Lamentavelmente, se o "trigo" (cf. Mt 13, 24-30) da fé pode se manifestar em práticas benevolentes e caritativas, subsiste na sociedade o "joio" do preconceito, da intolerância, e da politicagem, que vem germinando em muitos grupos cristãos, apesar das vedações legais e das lições do próprio Cristo, segundo o Evangelho.

2.2. Sinais de Alerta

O professor Flávio Martins, devotado e abnegado constitucionalista, tem chamado atenção para recentes manifestações desse fenômeno, conforme se extrai de sua *fanpage* na rede social Facebook: (a) a utilização do termo "cristofobia", apesar da maioria cristã (cerca de nove décimos da população) e da inexistência de perseguição violenta (aliás, há relatos de perseguição de pessoas alegadamente cristãs contra representantes de outras crenças), tão somente *"porque algumas pessoas questionam o enriquecimento vertiginoso de certos líderes religiosos, bem como questionam a rápida aproximação entre o Estado e a Igreja, com isenções bilionárias"* [ii]; (b) a necessidade de se enfrentar a intolerância religiosa, diante da atual ascendência do "constitucionalismo teocrático", ante a laicidade do Estado para, sem afrontar a fé, assegurar a todos, crentes e não crentes, a dignidade humana, postura que não se confunde com heresia ou ateísmo[ii]; (c) a aparente reaproximação entre estado e Igreja, diante de recente notícia de que, a par da imunidade tributária dos templos de qualquer natureza (CF, art. 150, VI, b), também haveria estudos do governo para subsidiar contas de energia de grandes templos religiosos, além de elevação da receita de emissora de televisão, vinculada a determinada igreja e simpática ao governo [ii]; e (d) a notícia de que o Congresso aprovou projeto que perdoa dívidas superiores a um bilhão de reais em prol de igrejas brasileiras *"que foram alvo de várias autuações tributárias, por driblarem, distribuindo lucros e outras remunerações a seus dirigentes, sem o devido recolhimento de tributos"*[ii]. Nessa última análise, sobre as isenções concluiu o professor que tal aliança:

> [...] é extremamente vantajosa para as duas partes: as Igrejas, além de verem seus legítimos dogmas religiosos se tornarem valores públicos (muitas vezes previstos em lei), por vezes recebem alguns favores mais mundanos, como isenções tributárias milionárias (ou até bilionárias, no Brasil). O Estado, ou melhor, aqueles que se encontram temporariamente no exercício do poder, recebem o apoio de um grande número de fiéis, que na sua maioria também são eleitores.

Tal realidade, pois não só desafia a Constituição, por fomentar o predomínio de maioria eventual alinhada ao governo, como descaracteriza os objetivos da República e de muitas religiões, cujas doutrinas não amparam o desrespeito aos interesses das minorias e a busca de privilégios mundanos. No exemplo cristão, parece desafiar a lógica do Evangelho, que prioriza os tesouros do Céu, em detrimento dos terrenos (cf. Mt 6, 19-20) e censura a indiferença para com os excluídos, em tempos de materialismo e opulência (cf. Lc 16, 19-31).

3. CONCLUSÃO

Concluímos este breve escrito na esperança de ter abordado alguns dos aspectos essenciais de tão polêmica e triste realidade. A escalada do constitucionalismo abusivo, aliado ao constitucionalismo teocrático, ambos nutridos pelo populismo e pelo

anseio de minar a democracia, sob jugo de uma maioria eventual e, muitas vezes, artificial, que sacrifica os valores da própria forma de governo, como também aqueles que norteiam a maioria das religiões seguidas no país, notadamente a cristã, professada por quase nove décimos da população.

Contra as investidas do constitucionalismo abusivo, o Estado, por meio do Poder Judiciário, exclui normas que condizem com interesses de minorias eventuais. É a função contramajoritária do Poder Judiciário. Contra as investidas teocráticas, desde sempre, os Profetas vêm denunciando as injustiças, e sofrendo perseguições. É uma similar "função contramajoritária" que exercem os profetas, desde os tempos de que trata o Antigo Testamento e, ulteriormente, à Luz do Evangelho e, por vezes, também exercem a "função representativa", assemelhada à do Poder Judiciário, dando voz àqueles emudecidos perante a sociedade.

Esse comprometimento profético, acima exemplificado em São Oscar Romero, convida a desfazer os laços com os poderes estabelecidos, para que a fé não seja manietada, como reza uma linda canção de Thomaz Filho e Frei Fabreti: *"Vejam, eu quebrei as algemas, levantei os caídos, do meu Pai fui as mãos. Laços, recusei os esquemas. Eu não quero oprimidos, quero um povo de irmãos".*[ii]

É necessário destemor. É urgente o reconhecimento de que a preocupação com o aspecto social diz respeito ao Evangelho e de que não se podem escolher virtudes e bandeiras a defender, conforme alinhamento político. É preciso amar por inteiro, como escreveu outro mártir do século XX, cuja estátua ladeia a de São Oscar na Abadia de Westminster, o Reverendo Martin Luther King Junior[ii]:

> Ouvi vários líderes religiosos sulistas exortarem seus seguidores a aquiescer com a decisão de dessegregar porque assim diz a lei. Mas meu anseio é ouvir ministros brancos declarando: "Sigam esse decreto, pois a integração é moralmente correta e porque o negro é seu irmão". Em meio a injustiças tão flagrantes, vi religiosos brancos colocando-se de lado e proferindo irrelevâncias piedosas e trivialidades hipócritas. Em meio a intensa luta para livrar nossa nação da injustiça racial e econômica, ouvi muitos ministros dizerem: "Isso são questões sociais que, na verdade, não dizem respeito ao evangelho" [...] Vi muitas igrejas se comprometerem com uma religião "de outro mundo" que estabelece uma estranha e antibíblica distinção entre corpo e alma, entre o sagrado e o secular.

O mais poderoso antídoto contra o constitucionalismo abusivo é fomentar no povo a "vontade de constituição" de que falava Konrad Hesse, ao passo que, o melhor instrumento contra certos rompantes teocráticos, reportando-nos uma vez mais à tradição cristã, é o maior empenho em seguir os passos de Cristo, que rompeu com o sistema teocrático de seu tempo, ao buscar justamente acolher e amparar os excluídos, as minorias, os descartados.

Nesse sentido, a lição cristã de um dos maiores juristas de todos os tempos, o italiano Francesco Carnelutti[ii]:

> Mas é necessário reconhecer que alguns homens não conseguem mais facilmente amar que julgar. Débil está em nós o juízo, mas frágil também o amor. Se não fosse esta fraqueza, Cristo não teria tido razão de vir à terra. Na melhor das hipóteses

> cada um de nós tem no coração uma dose mínima de amor. Cada um de nós é uma chamazinha de pavio fumegante; antes que nos outros, é em nós que a chamazinha deve ter chegado. Cristo nos ensinou que os pobres vieram ao mundo por isto. Quando, no sermão do juízo final, ele se identificou com eles, dizendo que o bem feito ao faminto, ao sedento, ao despido, ao peregrino, ao enfermo ao encarcerado é feito a Ele, identificou no pobre um enviado de Deus. Enviado para qual fim? Ao fim precisamente, de nos ensinar a amar.

Destarte, parece mais razoável que as igrejas cristãs se empenhem nessa acolhida, em vez de se irmanarem aos poderes estabelecidos contra aqueles excluídos com os quais o Cristo se identificou (Mt 25, 34-46) quando disse àqueles que não praticaram a misericórdia: *"todas as vezes que o deixastes de fazer a um desses pequeninos, foi a mim que o deixastes de fazer"* (v. 45).

Não é possível concluir sem evocar o testemunho do Pe. Júlio Renato Lancellotti por sua vida dedicada àqueles que vivem em situação de rua, em São Paulo e que mantém viva a memória de grandes profetas brasileiros como Dom Paulo Evaristo Arns, Dom Hélder Pessoa Câmara, Dom José Ivo Lorscheiter, Dom Aloísio Leo Arlindo Lorscheider, Dom Luciano Pedro Mendes de Almeida, Dom José Maria Pires e Dom Pedro Casaldáliga, para citar alguns. Esse testemunho vive nesses tempos de perseguição e ataques àqueles que constantemente recordam o exemplo de Jesus, como o Papa Francisco, hoje afrontado e perseguido por se manter firme ao múnus profético.

Essa perseguição faz lembrar o primeiro dentre os Papas, o Apóstolo São Pedro, crucificado em Roma, de cabeça para baixo, na esperança de que o cristianismo se apagasse, sob a perseguição de Nero, mas o Evangelho há de vencer. Como bem descreveu Henryk Sienkiewicz, na conclusão da majestosa obra *"Quo Vadis?"*, referindo-se ao passamento do maior perseguidor de cristãos, até então: *"Assim passou Nero, como passam a tempestade, o fogo, a guerra, a peste... E desde então, das colinas do Vaticano, reina sobre a cidade e o mundo a basílica de Pedro"*.[ii]

Referências:

BARROSO, Luís Roberto. Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, artigo publicado na revista (SYN)THESIS, vol. 05, nº 01, 2012, pp. 23-32, disponível em <https://bit.ly/3jgSI7T>, acesso em 25/05/2021.

BÍBLIA – Bíblia de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2002.

BOFF, Leonardo. Jesus Cristo Libertador: ensaio de cristologia crítica para o nosso tempo. (Vozes de Bolso). Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Teologia do Cativeiro e da Libertação.* 7ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

CANTALAMESSA, Raniero. *Nos Ombros de Gigantes*. São Paulo: Loyola, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal.3ª ed. Leme: Edijur, 2017.

CNN BRASIL. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br>, acesso em 06/06/2021.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Manual de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal.* 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
FRANCISCO, Papa. *Vamos sonhar juntos: o caminho para um futuro melhor*, conversa com Austen Ivereigh. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
GARCIA, Rodrigo Aparecido. *A "Primavera de Francisco" e a incompreensão do Múnus Profético da Igreja diante das vicissitudes da sociedade,* artigo de Conclusão do Curso de Bacharelado em Teologia: Doutrina Católica. Sorocaba: UNINTER, 2020.
_____. Breves Notas sobre Ativismo Judicial e Segurança Jurídica no Direito Público à Luz do Artigo 20 da LINDB e do Mínimo Existencial. Monografia para Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito Público. São Paulo: UNIASSELVI, 2020.
HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatistica). *Censo 2010: Amostra – Religião.* IBGE, através do link https://bit.ly/3v03Njg, acesso em 06/06/2021.
LANDAU, David. *Constitucionalismo Abusivo*, tradução de Ulisses Levy Silvério dos Reis e de Rafael Lamera Giesta Cabral. Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-Árido, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, pp. 17-71. Mossoró: UFERSA, 2020, disponível em <https://bit.ly/3eNDIiw>, acesso em 15/05/2021.
MANZANARES, César Vidal. *Dicionário de Jesus e dos evangelhos*. Aparecida: Santuário, 1997.
MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
_____. *Fanpage* no Facebook "www.facebook.com/professorflaviomartins".
MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
MENEGATTI, Larissa F. Doutrina social da Igreja. Curitiba: Intersaberes, 2018.
MESTERS, Carlos. *Com Jesus na Contramão*. 17ª ed. São Paulo: Paulinas, 2013.
MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*. São Paulo: Edipro, 2017.
MONTORO, Clodoaldo (org.). *Deus Conosco: Juntos Cantemos.* Aparecida: Santuário, 2006.
PEDRO, Aquilino. *Dicionário de termos religiosos e afins*. Aparecida: Santuário, 1994.
RATTI, Achille (Papa Pio XI). *Documentos de Pio XI*. São Paulo: Paulus, 2004.
RICHARD, Pablo. *A força espiritual da palavra de Dom Romero*, tradução de Agenor Brighenti. São Paulo: Paulinas, 2005.
SCAVO, Nello. BERETTA, Roberto. *Fake Pope: as falsas notícias sobre o Papa Francisco*. São Paulo: Paulus, 2018.
SIENKIEWICZ, Henryk. *Quo Vadis*. t. 2. São Paulo: Otto Pierre, 1980.
SUETÔNIO, Caio T. *A Vida dos Doze Césares*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
STF (Supremo Tribunal Federal – Brasil). Website *"portal.stf.jus.br*.
TORNIELLI, André. *As cartas de Romero sobre a injustiça: "A Igreja não pode ficar calada",* disponível em https://bit.ly/3uPmlCW, acesso em 03/06/2021.
TRUESDALE, Al. Heróis da igreja: grandes nomes da história do cristianismo: a era contemporânea. v. 5. 1ª ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2020.
WIEDENHOFER, Siegfried. Eclesiologia in SCHNEIDER, Theodor (org.). Manual de Dogmática, v. 2. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

CAPÍTULO 56

NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO E SUA EFETIVAÇÃO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

Viviane Macedo Costa

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se faz necessário pelo reconhecimento do sensível momento pandêmico da COVID-19 em que fica explícito as desigualdades do acesso à água e ao saneamento básico, e, por meio da lei 14.026/2020 o Estado propõe a universalização do acesso à água por meio da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Esse cenário aliado à falta da participação dos consumidores dos serviços de fornecimento de água potável no planejamento das políticas públicas, somado o afunilamento da oferta d'água (tanto pela poluição ou pelas mudanças climáticas ocasionando diminuição dos reservatórios que concorre com a exploração das atividades econômicas – como na geração de energia, na agricultura ou exploração do minério) é o mote do desfecho da presente análise – na qual se observa a inclinação da privatização da gestão do saneamento básico em toda a federação brasileira sem a construção de uma política inclusiva e participativa dos usuários.

Mesmo sem estar de forma explícita na Constituição de 1988, a universalização do acesso à água e do saneamento básico são direitos fundamentais[ii]. A água é fonte esgotável e por ser indispensável para preservação da vida humana e não humana, ultrapassa a importância das diretrizes legais e dos planos estratégicos políticos dos desenvolvimentos regionais. Portanto, sob o enfoque do novo constitucionalismo como forma de ultrapassar barreiras da complexidade do sistema jurídico brasileiro e da ineficiência das políticas públicas até então investidas no saneamento básico, é alternativa para a efetivação da universalização do acesso igualitário aos recursos hídricos[ii].

2. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA) COMO RECEPTORA DO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Hodiernamente a atenção com a higiene das mãos é salutar no combate ao COVID-19, mas as recomendações de lavar as mãos com água e sabão vem com bastante frequência sendo substituída pelo *álcool gel*. Isso se deve ao fato de que o acesso ao saneamento básico no Brasil – entendido o acesso à água encanada e a cobertura de esgotamento sanitário – atinge 97% e 63% da população, respectivamente, segundo indicadores da ODS6[ii], o que equivalem aproximadamente a 6 milhões de pessoas sem água encanada e outras 78 milhões sem tratamento de esgoto.[ii] No Brasil, a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CNODS), criada através do Decreto nº 8.892, de 2016, para implementação da Agenda 2030, foi revogada no final de 2019 pelo Decreto 10.179. A Comissão, de natureza consultiva, seria responsável por conduzir o processo de articulação, mobilização e diálogo com os entes da federação e a sociedade civil, objetivando internalizar, disseminar e conferir transparência à Agenda 2030.

Possuindo 12% da água doce do planeta[ii], o Brasil tem o gerenciamento dos recursos hídricos regulamentado na Lei 9.433/1997 que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Sua pedra angular está calcada nos seguintes fundamentos do uso da água: a) água como bem de domínio público; b) recurso natural limitado, dotado de valor econômico; c) prioridade ao consumo humano e a dessedentação de animais quando na sua escassez; d) a delimitação da bacia hidrográfica como unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema

Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; e) a sua gestão deve sempre proporcionar o uso múltiplo e através da descentralização contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Passado uma década, tem-se a Lei 11.445/2007 que estabelece as diretrizes do saneamento básico atualizada pela Lei 14.026/2020 como novo marco legal do saneamento básico e que atribui mais competência à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento vinculado à diretriz da universalização do acesso e abastecimento da água, além de estar entre suas competências, estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica, órgão colegiado do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e composto por representantes dos usuários das águas e de entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia. Sem olvidar do marco legal das agências reguladoras, a Lei 13.848, de 25 de junho de 2019, que no artigo nono prevê a consulta pública (dos agentes econômicos, dos consumidores ou usuários dos serviços prestados) antes da tomada das decisões do conselho diretor ou da diretoria colegiada, das propostas de alterações dos atos normativos de interesse geral.

3. A ÁGUA COMO DOMÍNIO PÚBLICO E SUA UNIVERSALIZAÇÃO

O domínio da água no sistema jurídico brasileiro é da competência da União e sua imbricação com a economia foi o vetor das políticas públicas de urbanização e da formalização da estrutura da política nacional de saneamento básico.[ii] A respeito da evolução da proteção da água no ordenamento jurídico, NORONHA (2016, p. 197-222 apud BORGES e FILÓ, 2021, p.90) traça três etapas:

> Num primeiro momento presenciamos a fase da navegação que se estendeu até o ano de 1934 com a vinda do Código das águas; a segunda etapa é denominada fase da hidroeletricidade em razão dos objetivos do país e se prolonga até a vinda da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente em 1981 e a última fase é marcada pela CF/88 e pela Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos, vivenciada atualmente.

O Estado como organização política do poder sobre todas as coisas em seu território, delimita os bens de domínio público afetos ao bem de uso comum e de elevada importância jurídica. Sobre bens de domínio público, Di Pietro (2003, p. 543) afirma que a expressão "domínio público" possui variadas interpretações. A de sentido amplo, abrange todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, a de sentido menos amplo, compreende os bens de uso comum do povo e os de uso especial e de sentido restrito, é utilizada especialmente para os bens que teriam como seu titular o povo. Para Meirelles (1997, p. 433) tal expressão não é uniforme na doutrina, na qual cita como referências Duguit (da afetação ao serviço público); Berthélemy (do uso público); Jèze (da submissão ao poder público); Hauriou (propriedade administrativa); Mayer (propriedade de direito público) entre outros, mas que os administrativistas têm o consenso de: "tal domínio como direito de propriedade, só é exercido sobre os bens pertencentes às entidades públicas e, como poder de soberania interna, alcança tanto os bens públicos como as coisas particulares de interesse coletivo".

Para melhor elucidar tal expressão, o saudoso Hely esmiúça da seguinte forma o domínio público, em sentido amplo, e seus desdobramentos: político (domínio eminente) e jurídico (domínio patrimonial):

> em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*). Neste sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas (...)
>
> Exterioriza-se, assim, o *domínio público* em poderes de soberania e em direitos de propriedade. (...)
>
> O domínio eminente é o poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas de seu território. É uma das manifestações da Soberania interna (...) não encontra limites senão no ordenamento jurídico-constitucional estabelecido pelo próprio Estado. Esse domínio alcança não só os bens pertencentes às entidades públicas como a propriedade privada e as coisas inapropriáveis, de interesse público.
>
> (...)
>
> Esse poder superior (eminente) que o Estado mantém sobre todas as coisas existentes em seu território não se confunde com o direito de propriedade que o mesmo Estado exerce sobre as coisas que lhe pertencem, por aquisição civil ou administrativa. Aquele é um domínio geral e potencial sobre bens alheios; este é um domínio específico e efetivo sobre bens próprios do Estado, o que o caracteriza como um domínio patrimonial, no sentido de incidir sobre os bens que lhe pertencem. (Meirelles 1997, p. 433-434)

No Código de Águas[ii] estão previstas tanto a utilização da água pública, como bem de uso comum e dominicais e das águas comuns e particulares. Cumprindo a legislação de regular o uso racional da água e beneficiando precipuamente sua exploração econômica, verificada especificamente no art. 67 "É sempre revogável o uso das águas públicas". Nessa esteia analisa Millaré (2011: 590-591): "O Brasil ia deixando de ser um país essencialmente agrícola. A indústria expandia-se e era sobremaneira necessário disciplinar os serviços públicos de luz e força, até então concedidos por Municípios e por Estados".

Ainda vigente o Código de Águas e conforme a definição da Polícia Nacional de Recursos Hídricos, da água ser um bem de domínio púbico (Lei 9.433/97, art. 1º, I), na doutrina há muitas dúvidas quanto a tratativa normativa da utilização da água, mesmo porque na Constituição de 1988, a água, de forma dispersa, ora é tratada de forma implícita no que se refere ao saneamento e saúde e ao meio ambiente, e, quando

explícito, como elemento de bem público e cuja gerência depende de ato político. Assim pondera GUEDES (2015):

> Se, por um lado, alguns doutrinadores tomam a lei como referência para afirmar a titularidade da água como bem público, por outro lado, Édis Milaré, em posicionamento bem mais radical, diz que a própria Constituição é que define a água como bem público. Por seu turno, José Affonso da Silva extrai seu posicionamento, também na Constituição, mas, mais ainda, de uma interpretação axiológica, ao afirmar que a "A água é um bem insuscetível de apropriação privada, por ser, como dissemos, indispensável à vida, ainda que na legislação e na doutrina se fale, frequentemente, em águas de domínio particular e água de domínio público". (SILVA, 2020: 120)
>
> Outros autores dizem que a água pode ser pública ou particular, fazendo grande e confusa divisão sobre quais águas seriam bens públicos e quais não seriam, era desta mesma forma que dispunha o antigo, talvez ultrapassado, Código de Águas – Decreto 24.643/34.

O que cabe sublinhar é do direito transindividual do acesso à água e seu saneamento, cuja utilidade é múltipla e indispensável à manutenção da biodiversidade do ecossistema[ii]. E que no sistema de direitos perpassa tanto os direitos público administrativo, civil, consumidor e ambiental. Destarte, a questão vai além da discussão do domínio da água como bem público ou privado, mas da ampliação dos participantes da sua gerência, inclusive nos processos legislativos de temas que envolverão de forma direta e indireta da utilização da água. A dar prioridade do acesso à agua e do saneamento (de modo indissociável) e de forma autossustentável. Nesse diapasão impende citar lição de Canotilho (2002, p.434) a respeito das duas dimensões dos direitos sociais:

> (1) uma subjetiva, configurando-se como direitos inerentes ao espaço existencial do cidadão independentemente de ação positiva do Estado, impedindo que haja agressões a essa esfera de direitos; e (2) uma dimensão objetiva, que se consubstancia por duas formas: (α) pela obrigação do legislador elaborar as normas necessárias para a concretização desses direitos, inclusive para criar as necessárias condições materiais e institucionais, e (β) pelo "fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão substantiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais".

Verifica-se que a construção da norma jurídica do bem água, percorre o caminho reverso da clássica positivação dos direitos: individuais, sociais e difusos. Como analisam EUZÉBIO e MORLIN (2018, p. 67):

> A partir da sua positivação no contexto dos bens jurídicos ambientais (um elemento estruturante do direito ao meio ambiente equilibrado), seguiu-se sua integração como bem

> jurídico necessário à saúde (direito social), para alcançar a valoração do seu acesso como bem jurídico fundamental imprescindível à existência digna (direito socioindividual). É o que podemos denominar de processo de conexão, expansão e concretização dos direitos fundamentais. Apenas com tal compreensão será possível assegurar a integridade do meio ambiente, objeto indispensável para a saúde e bem-estar dos indivíduos.

Fazendo uma comparação, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não há referência à garantia do acesso seguro à água e ao saneamento básico como direito humano. Mas em 28 de julho de 2010, com a Resolução 64/292[ii], pela primeira vez a ONU reconhece formalmente o direito à água e ao saneamento como direitos essenciais para a concretização de todos os direitos humanos, e dentre os Estados Membros, o Brasil foi um dos 122 países que votaram a favor. O que torna necessária a reafirmação do comprometimento a cada gestão pública, como exemplo a nota técnica n° 30/2020[ii] do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos: "4.3.8. O direito à água e ao saneamento são, portanto, direitos humanos com dever de proteção específica e urgente pelos Estados e pelas Sociedades".

4. SOLUÇÃO NA PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O arranjo normativo da gestão hídrica é bastante complexo devido a fragmentação pelo compartilhamento das competências entre os entes federados e pelas inúmeras regulamentações da ANA. Sendo fator preponderante da inexistência da participação dos usuários/consumidores dos serviços de saneamento nas tomadas de decisões das prioridades das políticas públicas de acesso à água.

Com as superações e constantes emendas constitucionais, além de um sistema rígido de controle normativo, são numerosas as normas infraconstitucionais[ii] que cada vez mais atendem aos ideais neoliberais (por exemplo, com as reformas trabalhistas, houve o enfraquecimento dos sindicatos[ii]) concomitante ao aquecimento do mercado de commodity d'água - lançado o *Nasdaq Velez Califórnia Water Index (NQH2O)* em dezembro de 2020 na Wall Street, índice d'água baseado nos preços das principais bacias hidrográficas da Califórnia, onde a escassez de água aumentou[ii] - parece estarmos na contramão do recente episódio no Chile, cuja Constituição autoritária-militar que privatizou a água, será substituída por uma Convenção Constituinte paritária (78 homens e 77 mulheres)[ii] composta por chilenos de diferentes origens demográficas, étnicas e profissionais, com um forte sentido ecocentrista. Para ilustrar, breve retrospectiva num trecho da reportagem *A água é pública? No Chile, reservas são motivo de disputa ferrenha*[ii]

> No Chile, a lei estabelece que a água é um bem de uso público e que o consumo humano deve ser priorizado. Mas a **Constituição também destaca os direitos à água como propriedade privada.** Um estudo do Centro de Legislação e Gestão da Água da Universidad Catolica descobriu que entre 92 constituições ao redor do globo, 31 não mencionaram a água e apenas 10 disseram que a água é um direito humano, sendo o Chile "o único país que consagra explicitamente a propriedade privada

> sobre os direitos de uso da água", de acordo com um comunicado enviado por e-mail.
> Muitos legisladores, especialmente de partidos de oposição, querem mudar isso. Nos últimos anos, surgiram casos de comunidades locais ficando sem água enquanto grandes fazendas próximas continuavam a irrigar as plantações.

Destarte ganha força o movimento neoconstitucionalista[ii] para de fato dar efetividade aos direitos fundamentais constitucionais democráticos. Na qual Barroso[ii] explica que a complexidade inerente à concretização da ordem jurídica somada às patologias crônicas resistentes do autoritarismo e à insinceridade constitucional, fez surgir no Brasil a judicialização democrática. O que tem feito o Judiciário ser mais do que freios e contrapesos dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais vêm se deteriorando com o *déficit* de representatividade, e ser garantidor dos processos e valores democráticos, como a moral e o direito sob a égide da justiça social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 22 mai.2021

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO - ANA. Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2020: informe anual / Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. Disponível em: http://conjuntura.ana.gov.br/. Acesso em: 17 jul.2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 434, apud RIBEIRO, Wladimir Antônio. O saneamento básico como um direito social. Disponível em: https://bit.ly/3kfDfWG. Acesso: 12julho.2021

EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos e MORLIN, Vanessa Teles. Direito à água: um direito humano de três dimensões (pg.67). Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos./Conselho Nacional do Ministério Público – n. 7 (2018). Anual. 260 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1977.

NORONHA, Bernardo Minghelli Schmitt. Proteção de águas subterrâneas transfronteiriças e o caso aquífero Guarani. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 21, v.82, abr./jun.2016, p. 197-222, apud BORGES, Gustavo Silveira e FILÓ, Maurício da Cunha Savino. Água como bem comum, p. 90. Disponível em: https://doi.org/10.20912/rdc.v16i38.140. Acessado em 26 jun.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2003.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. O direito a água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica / editores: José Esteban Castro, Léo Heller, Maria da Piedade Morais. – Brasília: Ipea, 2015.

https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131906.

https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/setembro/SEI_00135.216703_2020_84.pdf

https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf

https://www.oecd.org/cfe/regionaldevelopmente/OECD-Principles-Water-portuguese.pdf

www.correiobraziliense.com.br/mundo/2021/07/4935399-comissao-comeca-a-redigir-nova-constituicao-no-chile-primeira-desde-a-ditadura.html

https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/12/16/ja-e-possivel-investir-em-agua-assim-como-o-petroleo-e-a-soja-em-wall-street

https://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2021/04/02/168820-a-agua-e-publica-no-chile-reservas-sao-motivo-de-disputa-ferrenha.html

https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo